

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0004/13-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AGRIFIRMA CAMPO ABERTO AGROPECUÁRIA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0027-01/15
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 31/07/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-11/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho de Fazenda Estadual é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 1ª Junta de Julgamento Fiscal com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 30.09.2013, para exigir ICMS e multa no valor de R\$98.300,34, em razão do suposto cometimento de 02 infrações, sendo somente objeto do Recurso a infração 2, a seguir transcrita:

Infração 02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. O destaque do imposto teve base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado. O valor correto é o retido pela refinaria conforme planilha demonstrativa em anexo ao Auto de Infração. Total da Infração: 92.662,68 e Multa de 60%.

Houve apresentação de Defesa administrativa às fls. 26 a 53 pugnado pela nulidade e improcedência da infração 2, bem como Informação Fiscal às fls. 324 a 328 rejeitando os argumentos defensivos.

O feito foi convertido em diligência duas vezes (fls. 363 e 371), uma para SAT/COPEC e outra para o próprio Fiscal Autuante, no intuito de que fosse explicado e explicitado a formação da base de cálculo da infração 2.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, de forma unânime, pela Procedência Parcial do Auto de Infração conforme o seguinte voto, *in verbis*:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

A infração 01, diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória, decorrente de falta de registro na escrita fiscal da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis. A multa imposta no valor de R\$5.637,66 corresponde a 1% do valor comercial das mercadorias.

Observe que este item da autuação não foi objeto de impugnação, o que permite concluir que é subsistente, em face do silêncio do autuado (artigos 140, 141, 142, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Quanto à infração 02, o autuado argui a nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de que não foi demonstrada a sistemática pela qual a Fiscalização encontrou os valores que constam do anexo II e sem que fossem indicados os dispositivos legais que determinam como deve ser feito o cálculo do crédito nessa situação. Ou seja, muito embora o autuante afirme que a base de cálculo do crédito deveria ser a mesma base de cálculo utilizada pela refinaria para o cálculo do ICMS antecipado, não há qualquer indicação no Auto de Infração da maneira como foi apurada tal base de cálculo, nem de qual dispositivo ou qualquer outro meio este teria partido para fins de apuração dessa base de cálculo.

Acolho a nulidade arguida. De fato, não há certeza quanto à base de cálculo apurada.

Observo que na informação fiscal o próprio autuante sugeriu que, para maiores esclarecimentos, o processo fosse encaminhado a SAT/COPEC para que esta se pronunciasse a respeito das indagações de que forma fora feito o cálculo para se chegar ao valor do litro de óleo diesel para a antecipação, bem como sobre as fontes de onde foram obtidos os valores constantes da planilha.

Ou seja, apesar de ter realizado o levantamento fiscal, o autuante desconhecia a metodologia e as fontes de onde foram obtidos os valores constantes da planilha, questionados pelo autuado.

Em face disso, por considerar um vício sanável, esta JJF converteu o feito em diligência em duas oportunidades.

A primeira, à SAT/COPEC, conforme sugerido pelo próprio autuante, para que esclarecesse a metodologia de cálculo utilizada para determinação do valor do litro de óleo diesel, para fim de antecipação tributária, assim como sobre as fontes de onde foram obtidos os valores constantes da planilha utilizados na autuação.

A resposta dada pela COPEC não dirimiu a dúvida suscitada pelo contribuinte, assim como não atendeu a sugestão do autuante.

Em decorrência disso, esta JJF converteu o feito em diligência à INFAZ de origem, a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal, para que esclarecesse a metodologia de cálculo utilizada para determinação do valor do litro de óleo diesel, para fim de antecipação tributária, assim como sobre as fontes de onde foram obtidos os valores constantes da planilha utilizados na autuação, em face das alegações defensivas.

O próprio autuante foi designado para cumprir a diligência. Discordou do pronunciamento da SAT/COPEC/GEFIS, quanto a alegação de que a COPEC não deveria se pronunciar a respeito da metodologia de cálculo e sobre a fonte de dados utilizadas pelo autuante para chegar ao valor do tributo exigido, já que os dados que utiliza para chegar a base de cálculo do imposto devido é mesma utilizada pela COPEC no cálculo da antecipação tributária de óleo diesel na refinaria.

Assinala que para ratificar esse entendimento, anexou e-mail datado de 01/06/2012 da própria COPEC, tendo como remetente Auditor Fiscal Rodrigo José Pires Soares, em uma fiscalização anterior, explicando como é feito o cálculo da antecipação de óleo diesel na refinaria utilizando os dados da planilha constante de folhas 18 e 19 deste processo.

Salienta que, neste caso, apurou os valores dos créditos indevidos tendo como base esta planilha e a orientação da própria COPEC.

Verifica-se que o cerne da questão reside em se determinar a metodologia utilizada pela Fiscalização para determinação da base de cálculo, porque alegada pelo contribuinte o seu desconhecimento.

Sobre a questão da necessidade e indispensabilidade de demonstração da base de cálculo, para afastar a possibilidade de cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte, a Câmara Superior deste CONSEF editou a Súmula nº 01, onde ficou firmado que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Diante disso, concluo que a falta de demonstração de como se chegou à base de cálculo do imposto e da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, "a", do RPAF/99, por implicar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Infração nula.

Consoante determina o art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Entretanto, cumpre observar que o autuante na informação fiscal ao contestar a alegação defensiva de que não houve prejuízo ao Erário estadual, admitiu que "... não houve prejuízo ao fisco, até esta data, mas poderá ser utilizado posteriormente causando prejuízos aos cofres públicos.", ou seja, reconheceu que o crédito fiscal não fora ainda utilizado.

Assim sendo, caso confirmado que a utilização indevida do crédito fiscal não resultou em descumprimento de obrigação principal – pagamento do imposto - deverá ser observada a disposição do art. 42, VII, "a", da Lei nº. 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Ao final do seu voto, a 1ª JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF em face da desoneração ocorrida na infração 02 que fora julgada nula.

Da análise dos autos, entendo que reparo algum merece a Decisão discutida.

A infração em lide fora lançada pela suposta utilização indevida de crédito fiscal referente a destaque de imposto em valor superior ao que reputou a fiscalização correto, quanto a operações de compra de óleo diesel com o divergente ao imposto retido na refinaria.

Como bem mencionado pelos Julgadores de piso, há evidente afronta ao art. 18, 'a', do RPAF/BA, por não existir elementos que comprovem o cálculo do imposto, gerando, indubitavelmente, incerteza na base de cálculo.

Em outras palavras, em que pese haver no Auto de Infração explicação de como foi calculada a base de cálculo, entendo que não há documentos fiscais que comprovem valor do litro do óleo diesel que, supostamente, seria o valor utilizado pela refinaria no cálculo do imposto retido.

Nestes termos, o Auto de Infração está eivado de nulidade, consoante a norma insculpida no artigo 18, inciso IV, alínea 'a' c/c o art. 28, §4º, II, ambos do RPAF/BA, bem como o preceito cristalizado na Súmula nº 01 deste CONSEF, por não existir clareza e segurança na determinação na base de cálculo e, conseqüentemente, na infração.

Neste caso, como bem determina o artigo 28, §4º, inciso II do RPAF/BA, antes mesmo do exame do mérito da questão, deveriam ser instruídas as provas e documentos necessários à demonstração do fato argüido pela fiscalização, demonstrando a suposta diferença dos preços.

Impende ressaltar que mesmo após ambas as diligências realizadas pela 1ª JJF, no intuito de esclarecer a base de cálculo, elas não lograram êxito no seu fim, uma vez que, a COPEC não pode elucidar nada sem os documentos fiscais que deveriam basear a autuação, uma vez que, não por não terem sido carreados aos autos, não há como se manifestar. É exatamente pelo mesmo motivo, como reverso da moeda, que a COPEC não teve como inferir qual era a metodologia utilizada pelo Fiscal Autuante (questão de preliminar/nulidade) e, conseqüentemente, não conseguiu esclarecer se houve acerto da fiscalização (questão de mérito/procedência).

Assim, sem o devido esclarecimento quanto à base de cálculo e o correto enquadramento da infração, resultando em inegável prejuízo ao direito de defesa e regras de constituição do Auto de Infração, alinho-me ao entendimento dos Julgadores de primeiro grau e considero também a infração 2 nula.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão que julgou Nula a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269440.0004/13-2**, lavrado contra **AGRIFIRMA CAMPO ABERTO AGROPECUÁRIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.637,66**, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS