

A. I. N° - 02881890/95  
AUTUADO - SISALGOMES INDÚSTRIA COMÉRCIO E LAVOURA LTDA.  
AUTUANTE - JONAS DA SILVA SANTOS  
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA  
INTERNET - 02/04/2002

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0069-03/02**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Matéria sob consulta pendente de decisão. Nenhum procedimento fiscal pode ser instaurado relativamente à matéria objeto de consulta, enquanto não se proceder à decisão final. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 09/12/95, para exigir o ICMS no valor de R\$79.345,63, acrescido da multa de 50%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto incidente no encerramento do diferimento nas aquisições de sisal, por não terem sido atendidas as disposições do artigo 70 do RICMS/89 e da Instrução Normativa 008 de 02/02/88 – exercícios de 1992, 1993, 1994 e 1995.

O autuado apresentou defesa (fls. 10 a 17), através de advogado legalmente habilitado, suscitando a nulidade do Auto de Infração pelos seguintes motivos:

1. o fato de ter sido lavrado na repartição e não em seu estabelecimento, em desconformidade com o artigo 419, § 2º, do RICMS/89, o que prejudicou o seu direito de defesa, uma vez que não pôde acompanhar o trabalho fiscal. Ressalta que esse tem sido o posicionamento do CONSEF, como manifestado no PAF nº 02720950/91, lavrado contra a empresa Deraldo José dos Santos;
2. desobediência à ordem para intimação, prevista no artigo 36 do RPAF/81, haja vista que não houve recusa em assinar o Auto de Infração, o que é comprovado pelo fato de o autuante não ter atestado tal fato;
3. não foi transscrito, em seu livro RUDFTO, o Termo de Encerramento de Fiscalização;
4. exige-se o imposto sobre matéria pendente de decisão (fls. 26 e 27), pois “objeto de consulta eficaz, devidamente formulada sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária, em particular sobre a forma correta para efetuar o recolhimento do ICMS diferido, sem prejuízos para si ou para o fisco estadual, consoante disposição contida ao final do processo de consulta nº 816.285/95, de 09/08/95”, infringindo, assim, o artigo 78 do RPAF/81. Salienta que decisões recentes deste CONSEF, com o apoio da PROFAZ, apontam nessa direção, a exemplo das Resoluções nºs 2721/95, 2723/95, 2737/95, 2726/95, 2733/95 e 2735/95.

No mérito, argumenta que está legalmente habilitado a operar no regime de diferimento do ICMS, com relação às aquisições de fibras de sisal e, a partir desta matéria prima, produz cordas e fios de sisal, ambos na classificação 5601 e 5609 da Lista de Produtos Industrializados, e os destina ao

exterior com manutenção do crédito fiscal, de acordo com o artigo 24 do Convênio ICM 66/88 combinado com os Convênios ICM 09/89 e 10/89.

Aduz que o produto “fio de sisal” é taxativamente excluído da posição 5308, em nota constante do Anexo 7 do RICMS/89 e, portanto, não é produto semi-industrializado, mas produto industrializado constante da posição 5604 do Anexo 8 e o produto “corda de sisal” é também produto industrializado constante da posição 5607 do Anexo 8 do citado RICMS/BA.

Prossegue dizendo que, como os produtos acima mencionados são industrializados, deve ser aplicada a regra do artigo 11, § 2º, inciso III, do multicitado RICMS/BA, que prevê a dispensa do pagamento do imposto referido relativo às entradas que corresponderem às saídas com não incidência, para o exterior, dos produtos relacionados no Anexo 8, o que não foi obedecido pelo autuante nesta autuação.

Alega, ainda, que procede de maneira correta, em consonância com os artigos 25, 28 e 36 da Lei nº 4.825/89, pois ao utilizar, como base de cálculo, valor em muito superior ao fixado na pauta fiscal, efetua a mais o pagamento do imposto e, mesmo que a base de cálculo não estivesse correta, não deixaria de pagar o ICMS na operação subsequente no mercado interno, pois as operações de exportação para o exterior já foram objeto de análise quanto à manutenção do crédito fiscal.

A final, protesta por todos os meios de prova em Direito admitidos, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito e a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 34 e 35) rebate as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado nos seguintes termos:

1. o artigo 417, do RICMS/89 faculta ao fisco retirar do estabelecimento os livros e documentos fiscais do contribuinte e seu artigo 419, § 2º autoriza a lavratura do Auto de Infração em qualquer outro local onde se tenha apurado a infração;
2. o objetivo da intimação é notificar o sujeito passivo do teor do lançamento, com fornecimento da respectiva cópia. Como o autuado impugnou em tempo hábil o Auto de Infração e lhe foram garantidos todos os meios para a mais ampla defesa, inclusive com o fornecimento das cópias dos demonstrativos, entende que não há que se discutir a forma como se deu a ciência;
3. o artigo 77 do RPAF/81 estabelece que não produzirá efeito a consulta formulada quando o ato ou fato estiverem disciplinados em ato normativo publicado antes de sua apresentação ou estiverem definidos expressamente em disposição literal de lei. No caso dos autos, a matéria está claramente expressa na legislação e já foi sobejamente apreciada em respostas a consultas de outros contribuintes da mesma atividade econômica.

No mérito, afirma que no período fiscalizado não houve exportação e o resultado da ação fiscal é “acobertado com precisão pela Instrução Normativa 008/88”.

Aduz que o autuado se equivoca na interpretação de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, uma vez que a citada Instrução Normativa estabelece que, no cálculo do ICM/ICMS devido por responsabilidade solidária, quando do encerramento da fase do deferimento do imposto, computar-se-ão na base de cálculo todas as despesas que onerarem a transação, tomado-se por líquido o valor pago ao vendedor. Afirma que o valor global da operação será determinado tomando-se o subtotal multiplicado por cem e dividido por oitenta e três e, a partir daí, calcula-se o ICM/ICMS à alíquota de 17%.

A PROFAZ, à fl. 37-verso, emite seu parecer pela nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a questão, ora analisada, foi objeto de Consulta pendente de resposta, não cabendo ao autuante, mas à GETRI, dizer se a consulta produz ou não efeitos, pelo fato de a matéria estar claramente disciplinada na legislação.

O processo foi encaminhado à GETRI para pronunciamento e aquele órgão, à fl. 39, informa que o Parecer GECOT/DITRI nº 840/98, reformou o Parecer GETRI nº 1.623/95, reconhecendo o direito, ao contribuinte, à manutenção de crédito relativo às entradas de mercadorias utilizadas como matéria prima, material secundário e material de embalagem, bem como o relativo ao fornecimento de energia e aos serviços prestados por terceiros na fabricação e transporte de produtos industrializados, especificamente a fibra de sisal, destinados ao exterior.

Às fls. 40 a 44, foi acostado o Parecer GETRI nº 1.623/95 que, após historiar a legislação vigente ao longo do tempo, externa o posicionamento, à época, daquela Gerência sobre o assunto, dizendo que:

*Quanto aos créditos resultantes das entradas de mercadorias utilizadas como matéria prima, material intermediário e secundário e material de embalagem, relativos ao período compreendido entre o início de vigência do ICMS – 01/03/89 – até a entrada em vigor da norma que concedeu isenção – 09/02/93 – não existe amparo legal que possibilite sua manutenção, uma vez que somente os produtos industrializados ou semi-elaborados arrolados nos anexos 07 e 08 poderão beneficiar-se de tal tratamento. O que não é o caso da fibra de sisal, a qual, mesmo possuindo o status de produto industrializado, no período mencionado encontrava-se excluída dos referidos anexos.*

*Com a entrada em vigor da desoneração autorizada mediante Convênio nº 164/92, passa a prevalecer o princípio geral de que deverão ser estornados os créditos relativos às entradas que corresponderem a saídas desoneradas do imposto.*

Às fls. 46 a 48, foi juntado o Parecer GECOT/DITRI nº 840/98, que reformou o Parecer GETRI nº 1.623/95, com o seguinte entendimento:

*(...) Assim, em 23 de novembro de 1994, foi encaminhado à Representação do estado da Bahia junto à COTEPE o ofício nº 115/94, o qual constava que os estados questionados consideraram à unanimidade:*

1. *que a lista de produtos semi-elaborados anexa ao Convênio ICM 07/89, ratificada pelo Convênio ICMS 15/91 é EXAUSTIVA;*
2. *que a operação de exportação de produto que, embora se enquadre na definição legal de semi-elaborado, não esteja contido na Lista anexa ao Convênio ICM 07/89, ratificada pelo Convênio 15/91, NÃO É TRIBUTADA pelo ICMS.*

*O posicionamento externado pelos representantes dos Estados na 79ª reunião da COTEPE, coincidiu perfeitamente com o novo entendimento que vinha se esboçando através do trabalho de revisão realizado pela Administração através de seus órgãos participantes. Assim, tendo em vista não haver discordância quanto a natureza da fibra de sisal como produto industrializado semi-elaborado esta Administração entende que no período compreendido entre o início de vigência do novo sistema tributário, em 1º de março de 1989 até a entrada em vigência do Convênio 152/92 em 05/01/93, o qual incluiu este produto na Lista de produtos semi-elaborados, o sisal beneficiado possuía o status de produto industrializado e como tal gozava do benefício da desoneração do imposto estadual em operações de saídas para o exterior.*

*Com a Declaração de Constitucionalidade da Lei Complementar 65/91, por parte do STF, os créditos resultantes das entradas de mercadorias utilizadas como matéria-prima, material intermediário e secundário e material de embalagem não deverá ser*

*estornados, pois que prevalece a norma contida no art. 3º da referida Lei, o qual dispõe in verbis:*

*Art. 3º - Não se exigirá a anulação do crédito relativo às entradas de mercadorias para utilização como matéria-prima, material secundário e material de embalagem, bem como o relativo ao fornecimento de energia e aos serviços prestados por terceiros na fabricação e transporte de produtos industrializados destinados ao exterior.*

O CONSEF, à fl. 52, enviou o processo à Inspetoria de origem para que verificasse a tempestividade da defesa apresentada e, à fl. 54, aquela repartição fazendária informa que, como o envelope foi postado em 21/12/95, a peça defensiva foi apresentada tempestivamente, uma vez que foi protocolada em 19/01/96.

A então Relatora, à fl. 57, tendo em vista a questão abordada no Parecer DITRI nº 840/98, devolveu o PAF à Secretaria do CONSEF para aguardar uma solução definitiva e unânime da Gerência de Tributação.

À fl. 58, foi anexado o Parecer GECOT nº 2704/99 informando o seguinte:

*Conforme o entendimento expressado no Parecer GECOT nº 840/98, bem como no Parecer GECOT nº 848/99, no período compreendido entre a data de vigência do atual sistema tributário, em 1º de março de 1989, até janeiro de 1993, com a entrada em vigor do Convênio ICMS 159/92, que incluiu a fibra de sisal na Lista de Produtos semi-elaborados, o sisal beneficiado possuía o status de produto industrializado, prevalecendo o seguinte tratamento tributário nas operações com o produto: desoneração do ICMS nas exportações, com direito à manutenção do crédito; diferimento do imposto nas operações internas, com encerramento no momento da entrada do produto no estabelecimento industrial ou beneficiador, e possibilidade de utilização de créditos acumulados para compensação com o ICMS devido por diferimento.*

*Finalmente, quanto à fixação da base de cálculo do imposto devido por diferimento nas operações com fibras de sisal, ressaltamos que as disposições da Instrução Normativa nº 08/88 não se aplicam às operações com produtos pautados, entendimento este já expresso por esta Gerência em pareceres anteriores. Isto posto, e considerando que existe pauta fiscal fixada para as operações internas com o sisal in natura, não deverão ser aplicadas as disposições da citada Instrução Normativa a essa operações.*

*Ressaltamos, por fim, que a empresa Autuada, seguindo orientação desta administração, foi submetida à reconstituição de sua escrita fiscal, para fins de compensação dos créditos porventura acumulados com os débitos exigidos nos autos de infração lavrados contra a empresa no período supramencionado, relativos às operações com fibras de sisal, motivo pelo qual sugerimos que seja verificado, por este Conselho, se o presente Auto de Infração consta do levantamento efetuado pela Fiscalização.*

Às fls. 60 e 61 foi acostado o Parecer GECOT nº 848/99 e à fl. 63 consta um despacho da Inspetoria de Fiscalização Especializada informando que o presente Auto de Infração “consta do processo 905.539/99, que foi anexado ao de nº 011.638/99, relativo à reconstituição da escrita fiscal do contribuinte, trabalho já concluído e encaminhado à DITRI”.

A GECOT/DITRI encaminhou este PAF ao CONSEF com a observação de que “o mesmo foi incluído no processo de reconstituição da escrita fiscal do contribuinte, devendo ser objeto de negociação com a SEFAZ.”

A 3<sup>a</sup> JJF deliberou converter o processo em diligência à PROFAZ para que emitisse parecer conclusivo e informasse se, em face das alegações do contribuinte, devia ser declarada a nulidade deste Auto de Infração e, caso fossem ultrapassadas as preliminares de nulidade, se ainda persistia algum débito a ser exigido neste lançamento, em razão da “reconstituição da escrita do contribuinte”.

A PROFAZ, à fl. 68, afirma que o Parecer GECOT nº 840/98, que reconhece ao sisal beneficiado o gozo do benefício da desoneração do ICMS em operação de exportação, trata de “hipótese diversa da situação jurídica em tela (recolhimento do imposto diferido)”.

Argumenta que o sujeito passivo comprovou a elaboração válida e eficaz de consulta perante a repartição fazendária e, “nos termos do artigo 78 do RPAF/81, em vigor à época da autuação, é vedada a instauração de qualquer procedimento de fiscalização acerca da matéria indagada, durante o período de pendência da consulta e até o vigésimo dia após a ciência da decisão final da consulta”.

Conclui dizendo que comunga com o entendimento “de que subsiste nos autos a presença de nulidade absoluta, sendo apropriado o julgamento pela nulidade do auto de infração, inexistindo fundamento legal para exigência de qualquer crédito tributário remanescente”.

## VOTO

Inicialmente, rejeito as três primeiras preliminares de nulidade, suscitadas pelo autuado, pelas razões seguintes:

1. de acordo com o § 2º do artigo 419 do RICMS/89, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator ou em outro local onde se tenha verificado ou apurado a infração”, não se caracterizando o alegado cerceamento do direito de defesa do contribuinte;
2. mesmo que tivesse havido desobediência à ordem para intimação, prevista no artigo 36 do RPAF/81, o contribuinte foi cientificado do lançamento e foi-lhe concedido o prazo legal para exercer o seu direito de defesa, o qual foi plenamente utilizado em sua peça defensiva;
3. foi acostado aos autos o Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 6) e, assim, mesmo que não tivesse sido transscrito no livro RUDFTO, não ficou demonstrado nenhum prejuízo à sua defesa.

Todavia, entendo que deve ser declarada a nulidade deste lançamento, conforme os Pareceres exarados pela Douta PROFAZ, à fl. 37-verso e à fl. 68, uma vez que se está a exigir imposto sobre matéria pendente de decisão em Processo de Consulta válido e eficaz (fls. 26 e 27), infringindo, esta autuação, o disposto no artigo 78 do RPAF/81, vigente à época.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **02881890/95**, lavrado contra **SISALGOMES INDÚSTRIA COMÉRCIO E LAVOURA LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR