

**A. I. Nº** - 206894.0058/06-5  
**AUTUADO** - EBGN – EMPRESA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL LTDA.  
**AUTUANTE** - LÍDIO DE SOUZA TELES  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 10.05.07

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0115-02/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte inapto, enquanto restou comprovado nos autos tratar-se de aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento autuado. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/11/2006, pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação na entrada do território deste estado, de mercadoria procedente de outra unidade da Federação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, baixada ou em processo de baixa. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 1.117,02 e aplicada a multa de 60%;

Constam dos autos o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 179788.0039/06-2, datado de 05/11/2006, fls. 6, apreendendo as mercadorias constantes nas notas fiscais de nº<sup>os</sup> 106522 e 106544, emitidas em 01 de novembro de 2006.

O sujeito passivo, tempestivamente, apresenta peça defensiva, fls. 28 a 34, alegando as seguintes razões:

1. é uma empresa em início de atividade que teve os seus constitutivos registrados na Junta Comercial do Estado da Bahia sob nº 29.202.899947 em 30 de março de 2006 e seu objetivo social inicial e principal seria de “prestação de serviços de compressão de gás natural e comercialização de gás natural”;
2. em nenhum momento, a empresa esteve paralisada, apenas houve atraso no início das suas atividades e que em 31 de outubro de 2006, e que, ao consultar o site da Secretaria da Fazenda, constatou que a sua inscrição estadual do estabelecimento MATRIZ constava como INAPTA, imediatamente deu entrada via internet no Requerimento de Reativação/Reinclusão que recebeu o número de protocolo 1806232006-1;
3. como tinha consciência de que não existia nenhuma irregularidade com a empresa, até porque ainda não havia iniciado suas atividades negociais, autorizou fornecedores a enviar os primeiros produtos adquiridos a partir daquela data, ou seja, 31 de outubro de 2006;
4. as mercadorias constantes das notas fiscais nº<sup>os</sup> 106522 e 106544 emitidas em 01 de novembro de 2006 por Spirax Sarco Indústria e Comércio Ltda. estabelecida no Estado de São Paulo são

- apenas 2(duas) unidades de válvulas redutoras de pressão (uma em cada nota) que não se destinam a comercialização e são usadas para prestação de serviços, conforme prevê as atividades constantes do objetivo social da empresa;
5. está fartamente comprovado que a autuada não é estabelecimento clandestino, exercia suas atividades no dia da lavratura do Termo de Apreensão efetuado pela Secretaria da Fazenda, todos os atos constitutivos e alterações posteriores estão registrados na Junta Comercial do Estado da Bahia;
  6. o próprio Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado pelo preposto fiscal, fls. 6 e 7, cita como Contribuinte a empresa EBGN - Empresa Brasileira de Gás Natural Ltda., ora, se a empresa era considerada INAPTA pelo preposto fiscal, o mesmo não deveria ter lavrado o termo de apreensão contra a autuada, e sim contra o transportador;
  7. o requerimento dirigido ao Senhor Inspetor Fazendário da INFAZ/IFMT/METRO pedindo que seja autorizada a ficar na condição de DEPOSITÁRIA FIEL das mercadorias constantes no Termo de Apreensão nº 179788.0039-06-2 foi deferido pela Repartição Fazendária, fls. 9 e 10, atestando, portanto, que seu estabelecimento estava regularmente inscrito no cadastro estadual, pois, se não estivesse regular cadastro, o Senhor Inspetor não teria liberado a mercadoria e demais documentos para que ficasse como fiel depositária;
  8. ademais, a exigência prevista no item 2 da alínea “a” do inciso II do artigo 125, do RICMS-BA/97 trata de mercadorias destinadas a comercialização por contribuinte em situação irregular, como resta comprovado que não se encontra em situação irregular no cadastro da SEFAZ e que a mercadoria não se destinava a comercialização, não estava sujeita ao pagamento do ICMS, por antecipação.

Conclui asseverando que, tendo em vista o resultado da fiscalização não retratar a realidade dos fatos, incapaz, portanto, de sustentar o lançamento do crédito tributário, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante ao proceder à informação fiscal, fls. 62 a 63, observa que reclamou através do presente Auto de Infração o ICMS relativo à aquisição de duas unidades de válvulas redutoras de pressão, por contribuinte em situação irregular INAPTO, que não fora recolhido na entrada deste Estado, conforme legislação pertinente.

Ressalta que no momento da apreensão e lavratura do auto de infração, presumiu destinar-se a mercadoria a comercialização, uma vez que fora adquirida com a alíquota de 7% porém, após explicação do defendente, admite destinar-se a uso ou consumo ou ativo imobilizado, sendo devida a diferença de alíquota, sem aplicação da MVA, conforme novo Demonstrativo de Cálculos, fl. 64.

Assegura que o contribuinte encontrava na condição de INAPTO desde 17/05/06, fl. 8, e alega só haver tomado conhecimento da situação em 31/10/10, data em que teria solicitado regularização, via internet, sendo que só teve sua inscrição reativada em 08/11/06 fl. 11, argumentando que a mercadoria foi adquirida em 01/11/06, após ele haver dado entrada no pedido de regularização, esta SEFAZ é que não teria processado a tempo, devido à não existência de expedientes no período.

Diz que o autuado deveria saber, no entanto, que o fato de haver dado entrada no pedido de regularização não significa automaticamente que o problema esteja sanado, e que o tempo necessário à tramitação burocrática faz parte do processo.

Prossegue ressaltando que ante o exposto, fundamentou o procedimento fiscal nos seguintes dispositivos regulamentares:

*Art. 5º - Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento: I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

*Art. 47 – O local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável é:*

*[...]*

*XIV - O do estabelecimento que adquira, em operação interestadual, mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, relativamente ao pagamento da diferença de alíquota.(Logicamente, desde que o contribuinte se encontre em situação regular); comentário nosso.*

*Art. 149 - O Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) tem por finalidade o registro dos elementos de identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios, responsáveis legais, condôminos e contabilistas, necessários à verificação do cumprimento da obrigação tributária, além da habilitação das pessoas nele inscritas, tornando-as aptas ao exercício dos direitos relativos ao cadastramento.*

*Art. 191 - Será considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação tributária estadual e, inclusive, à apreensão das mercadorias que detiverem em seu poder, ressalvados os casos em que esteja dispensada a inscrição estadual.*

*Art. 125 – O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:*

*[...]*

*II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior:*

*a) destinadas a ambulante, no caso de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ou a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo, neste caso seja qual fora mercadoria, sendo esta destinada a comercialização ou outros atos de comércio sujeitos ao ICMS, a menos que o imposto devido a este Estado tenha sido retido pelo responsável tributário inscrito no cadastro estadual na condição de contribuinte substituto, dando-se à exigência do imposto o tratamento de pagamento espontâneo;*

Informa o autuante que nos termos do multicitado RICMS (Arts. 47 e 125), o contribuinte na situação de INAPTO (irregular) equivale a não inscrito, por esse motivo, o não recolhimento espontâneo do imposto na entrada deste Estado, como determina a legislação, sujeitou o autuado às cominações dos dispositivos do RICMS, que se seguem:

*Art. 911 - Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915.*

*Art. 913 - Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou que dela se tenham beneficiado.*

*Art. 915 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*[...]*

*II - 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*[...]*

*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares.*

Com base no seu entendimento de se tratar de diferença de alíquota e não da falta de antecipação, o autuante elabora um novo demonstrativo excluindo a MVA utilizada para o cálculo do débito originalmente lançado, reduzindo, assim o valor do imposto a recolher para R\$ 840,62.

Conclui afirmando que, tendo prestado a devida informação fiscal, devolve o PAF a fim de que prossiga seu curso normal.

## VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação na entrada do território deste estado, de mercadoria adquiridas para comercialização procedente de outra unidade da Federação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por contribuinte inapto no CAD-ICMS/BA.

A defesa alega que desconhecia a sua condição de irregular no CAD-ICMS/BA, e que ao tomar conhecimento solicitou imediatamente a sua regularização em 01/11/2006. Acrescenta que ao requerer ao Inspetor Fazendário para ficar com as mercadorias na condição de fiel depositário, fl. 10, em 09/11/2006, sua situação já havia se regularizado, fls. 11 e 12, tanto é assim que a mercadoria fora liberada.

Afirma que o objetivo social de seu estabelecimento é a “locação de equipamentos de compressão e co-geração, industrialização e comercialização de equipamentos de compressão de gases” e que, as mercadorias adquiridas e objeto da autuação tratam-se de duas válvulas redutoras de pressão não destinadas à comercialização, pois são utilizadas na prestação de serviço.

O autuante afirma que o contribuinte encontrava-se, por ocasião da autuação, 06/11/2006, na condição de “inapato” CAD-ICMS/BA, fl. 8, e que reconhece a destinação das mercadorias como sendo material de consumo ou para o ativo permanente.

Refaz o demonstrativo de débito excluindo a MVA utilizada no cálculo do lançamento original, fl. 64, afirmando que neste caso é devido a diferença de alíquota, com base no art. 5 do RICMS/97-BA, reduzindo o valor do débito de R\$ 1.117,02, para R\$ 840,62.

Verifico, depois de examinar as peças que compõem os autos, que restou evidenciado, pela natureza das mercadorias adquiridas - válvulas redutoras de pressão - e do objeto social do autuado, bem como das quantidades, (duas unidades), tratar-se de operação destinada a aplicação na prestação de serviço do contribuinte.

Por isso, entendo que a descrição da infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real e, por implicar em mudança de fulcro da autuação, é impossível, como pretendeu o autuante na sua informação fiscal, dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Quando os elementos do processo fiscal induzem à dúvida quanto à identificação da infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, aliena “a”, do RPAF/99, impõe-se a nulidade do Auto de Infração.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a renovação do procedimento fiscal a salvo do equívoco apontado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206894.0058/06-5**, lavrado contra **EBGN – EMPRESA BRASILEIRA DE GÁS NATURAL LTDA..**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR