

**PROCESSO** - A. I. Nº 110427.0012/05-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL GARCIA PINTO LTDA. (DISTRIBUIDORA DONANA)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 21/08/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

**ACÓRDÃO CJF Nº 0255-11/08**

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta em face de erro na tipificação da infração 1 do Auto de Infração. Pleito de improcedência inviável, porquanto o vício apontado consubstancia nulidade. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** da primeira infração. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação a este CONSEF encaminhada pela Procuradoria Geral do Estado, através de despacho da lavra da Procuradora-Chefe da PROFIS/PGE Dr<sup>a</sup>. Adriana L. Vianna D. Andrade, a qual acolheu o Parecer exarado pela Procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa (fls. 31 a 35), ratificado pela Procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, no exercício do controle da legalidade, com arrimo no artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja julgada improcedente a autuação, em virtude da existência de ilegalidade inequívoca e, conseqüentemente, a suspensão da inscrição na Dívida Ativa do crédito tributário advindo do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto infracional foi lavrado para imputar ao contribuinte a prática de duas infrações, sendo a primeira pela falta de recolhimento do imposto, por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, e a segunda pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.

Intimado e transcorrido o prazo legal, o autuado não se manifestou, razão da lavratura do Termo de Revelia (fl. 16) e remessa do PAF à Procuradoria Fiscal, a qual, em despacho de fl. 23, solicita à Gecob que anexe ao processo o histórico da situação do contribuinte, com a finalidade de avaliar a adequação da multa aplicada ao caso concreto.

Posteriormente, o processo foi enviado à INFAZ de origem, onde o fiscal autuante, conforme informação prestada à fl. 28 dos autos, reconhece o equívoco cometido ao efetuar o lançamento da infração 1, enquadrando o autuado na condição de microempresa, quando, em verdade, o correto seria a autuação pelo não recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial por contribuinte com o regime normal (código 07.15.01).

Naquela oportunidade, o contribuinte, após intimado, não se manifestou, tendo, então, a GECOB elaborado o despacho de fl. 30, representando à PGE/PROFIS, para obter autorização visando alterar a multa referente à infração 1 do Auto de Infração, de 50% para 60%, pois se tratava de falta de recolhimento do ICMS antecipado por Empresa inscrita como normal, cuja infração é prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Na Representação proposta, a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, após análise da competência da Procuradoria, para “*opinar no processo administrativo fiscal, procedendo ao controle de legalidade, inclusive com vistas à inscrição na dívida ativa estadual*”, ressalta que a alteração do débito requerida à fl. 30 não corresponde a uma das hipóteses sujeitas à apreciação e autorização

pela PGE/PROFIS, dentro dos termos do artigo 119-B do COTEB, na medida em que não se trata apenas da aplicação equivocada de uma multa, mas, sim, de erro no enquadramento e descrição do ilícito cometido, sendo necessária a representação ao CONSEF, para julgamento.

Manifesta-se na linha de que o exame dos autos revela a existência de ilegalidade flagrante na cobrança da exação “*sub examine*”, já que no item 1 do lançamento, descreve-se a infração como “*não recolhimento do ICMS, devido por antecipação tributária ou substituição, na condição de microempresa*”, com enquadramento no art. 391-A; art. 371; art. 352-A; art. 125 do RICMS, e multa prevista no art. 42, I, B, da Lei nº 7.014/96, (50% do valor do imposto), contrariando o que se verifica no Histórico de Condição do contribuinte, fl. 24, onde se comprova que o autuado, efetivamente, estava enquadrada no regime normal de apuração do imposto em debate, por ocasião do fato gerador referente à infração 1.

Aduz que o auditor fiscal responsável pela autuação reconhece, à fl. 28, o equívoco por ele cometido, confirmando que se trata de não recolhimento do tributo por antecipação parcial por contribuinte normal (art. 61, inciso IX; 352-A, art. 125, II, §º 7º e 8º).

Salienta que, na espécie versada, é uma Empresa enquadrada como normal que deixou de recolher o ICMS devido por antecipação parcial, sendo autuada pelo não recolhimento de ICMS devido por antecipação na condição de microempresa, o que torna a exação fiscal maculada de ilegalidade flagrante.

Assim, fundamentada no art. 119, II e § 1º do RAPF, e no art. 136, §2º da Lei nº 3.956 (COTEB), propõe a Representação em análise, por entender presente a hipótese da ilegalidade flagrante, a fim de que seja julgado improcedente o item do lançamento *sub examine*. Recomenda, ainda, que seja feita uma nova ação fiscal, para uma correta apuração dos fatos geradores.

A Representação foi ratificada pela Procuradora Revisora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos (fl. 36), com a recomendação de que fosse exigido o valor relativo ao aludido imposto através da lavratura de novo Auto de Infração.

A Procuradora-Chefe da PGE/PROFIS, Dra. Adriana L. Vianna D. Andrade, à fl. 37, proferiu despacho na linha de acolher todos os termos dos opinativos exarados às fls. 31/35 e 36, os quais concluíram pela interposição de Representação ao CONSEF, para julgar improcedente a infração 1 dos autos, com arrimo no art. 114 do RPAF/BA, porquanto errada a tipificação do ilícito apurado pelo autuante.

Concluiu, opinando pela interposição de Representação ao egrégio CONSEF, visando à análise da pretensão de improcedência da infração 1, ofertada pela PGE/PROFIS.

## VOTO

A matéria objeto da presente Representação cinge-se à apreciação, pelo CONSEF, da possibilidade de ser julgado improcedente o lançamento da imputação rotulado como de nº 1 do Auto de Infração em epígrafe, em atendimento ao exercício do Controle de Legalidade, que ocorre antes da inscrição do débito em dívida ativa, amparado, principalmente, na existência de ilegalidade flagrante na apuração do crédito tributário.

Com efeito, pela análise do Auto de Infração, constata-se que no item 1 do lançamento, o autuante descreve a infração como “*não recolhimento de ICMS, devido por antecipação tributária ou substituição, na condição de microempresa*”, enquadrando o fato nos art. 391-A; art. 371; art. 352-A e art. 125, todos do RICMS.

Entretanto, a verificação do Histórico de Condição do Contribuinte, acostado aos autos à fl. 24, comprova, inequivocamente, que o autuado, na época do fato gerador, encontrava-se enquadrada no regime normal de apuração do imposto, fato este reconhecido pelo próprio autuante, consoante documento de fl. 28.

Com efeito, observo que o caso em apreciação versa sobre empresa normal que deixou de recolher o ICMS devido por antecipação parcial, autuada pelo não recolhimento de ICMS na condição de microempresa, configurando a imputação fiscal como maculada de ilegalidade.

Nesse contexto, decorrentemente da análise do Parecer opinativo da PGE/PROFIS (fls. 31/35) e do que se pode inferir dos documentos residentes nos autos, principalmente os de fls. 24, 25 e 28, bem como em estrita consonância com a legislação vigente à época do fato gerador, resta demonstrada a flagrante ilegalidade relativamente à infração de nº 1, tendo em vista o enquadramento equivocado da imputação, aludida no referido lançamento.

Confirmo, portanto, a ocorrência da previsibilidade estatuída no art. 114 do RPAF/BA, ou seja, da existência de ilegalidade inequívoca, flagrante, sem necessidade de investigar sobre provas.

Ocorre que a ilegalidade ora proclamada não conduz à improcedência da autuação, porquanto se trata de vício no enquadramento adotado para tipificação da infração imposta ao contribuinte, inexistindo, por parte deste Conselho de Fazenda, qualquer exame quanto ao mérito da infração que lhe foi atribuída.

Assim, em verdade, a hipótese é de nulidade, a qual, por se tratar de matéria de ordem pública, pode e deve ser conhecida por este CONSEF, independentemente de provocação das partes e dos limites da representação proposta, até mesmo em atenção ao princípio da celeridade processual e da eficiência, evitando-se a necessidade de novo incidente para reapreciação da questão, como também o ajuizamento de execução fiscal fadada ao insucesso, o que implicaria, inclusive, em ônus sucumbenciais a serem suportados pelo Estado.

De outra parte, acato a recomendação da PGE/PROFIS no sentido de que o fisco avalie a plausibilidade de nova fiscalização, para que se apure o valor relativo ao aludido imposto, através da lavratura de novo Auto de Infração.

Ante o exposto, por considerar que o vício apontado pela PGE/PROFIS não enseja a improcedência da autuação, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta, decretando, de ofício, a NULIDADE da infração 1 do presente Auto de Infração, devendo remanescer o débito relativo à infração 2, no valor de R\$3.491,25.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta e, de ofício, decretar a **NULIDADE** da infração 1 do presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVLACANTE - REPR. DA PGE/PROFIS