

PROCESSO - A. I. Nº 232608.1001/10-3
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0025-02/11
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 22/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0196-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Os elementos constantes dos autos indicam que a exigência do imposto não foi precedida de formalização de Termo de Apreensão e Ocorrências. Não há previsão regulamentar de saneamento deste vício. De igual forma, não foi dado conhecimento à empresa da existência da ação fiscal. Decretada, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração nos termos do art. 18, incisos II e III, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em razão da nulidade decretada. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, inconformado com a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 21/10/2010, para fins exclusivos de renovação do procedimento fiscal iniciado com a lavratura do TAO 210671.1007/09-4, no dia 22/10/2009 às 10h44min e que resultou na lavratura do Auto de Infração 210671.1006/09-8, pelo autuante Laércio Arnaldo Teles de Melo – cad. 210.671, julgado “Nulo” pelo CONSEF conforme acórdão JJF nº 0171-05-10 com recomendação do julgador de refazimento do feito, constante na fl. 50 dos autos e com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

O presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$11.259,40, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto devido pelas operações próprias.

A 2ª JJF manteve a acusação imputada ao sujeito passivo após indicar que o presente Auto de Infração decorreu de renovação de procedimento fiscal anteriormente realizado com base na seguinte Decisão.

“A autuação teve como base a mercadoria registrada nos documentos fiscais eletrônicos DANFE's nº 8661, 8662, 8663, 8664 e 8665 emitidas em 20.10.2009, (fls. 15/20/25/30/35), por contribuinte descredenciado COPEC/SEFAZ, correspondente a 30.000 lts. de Álcool Hidratado conforme Termo de Apreensão nº 232608.1001/10-3 (fls.04/05).

O autuante, ao elaborar os cálculos da exigência fiscal, realizou uma operação de adição, somando os valores constantes nos DANFEs acima descritos e exigindo no Auto de Infração, o resultado da referida soma, ou seja, o ICMS Normal, mais o adicional de 2%, do Fundo de Pobreza, no valor histórico total de R\$11.259,40, relativos aos valores destacados pelo próprio contribuinte, não havendo nenhum erro na apuração da base de cálculo por parte da fiscalização, uma vez que foi utilizado o valor da base de cálculo indicado pelo sujeito passivo, conforme demonstrativo de débito anexado à folha 06 deste PAF.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFE's, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição tributária do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias

(*ICMS Normal, objeto da autuação*), conforme determina o Art. 515-B, norma a seguir reproduzida, “*in verbis*”:

Art. 515-B. O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:

...
II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo “Dados Adicionais” da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo “Informações Complementares” do respectivo documento de arrecadação;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

Da interpretação dos dispositivos acima, sem sombra de dúvida, o ICMS Normal - operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possuir autorização do Diretor de Administração Tributária, após Parecer técnico da COPEC, para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos.

As alegações do contribuinte quanto à existência de ação judicial de caráter mandamental e a decorrente concessão de medida liminar que lhe asseguraria o pagamento do ICMS no dia 9 do mês subsequente, não se aplica ao caso concreto ora examinado considerando que a referida ação judicial sob o nº 0030982-33.2010.805.0001, com medida liminar concedida em 15/04/2010 (fl. 69) se concretizou após ocorrência do fato gerador da obrigação cuja ação fiscal se deu em 20/10/2009, portanto anterior à Decisão judicial, e ainda assim, a referida liminar foi cassada em 26/08/2010 conforme cópia tela do Tribunal de Justiça, fl. 190.

Ademais, ainda que o contribuinte possuisse a ordem judicial que menciona, deveria ter apresentado, na peça de defesa, os recolhimentos do ICMS normal, nos prazos concedidos pela legislação para as empresas credenciadas.

Quanto ao pedido de dispensa da multa e dos acréscimos moratórios, tal pleito não pode ser acatado por este órgão julgador. O pedido defensivo, com suporte no art. 159, do RPAF/99, não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência originária é da Câmara Superior do CONSEF, devendo o contribuinte requerer a medida diretamente àquele órgão, se entender ser pertinente, e mediante comprovação de pagamento integral do tributo.

Pelo acima exposto, entendo que o autuante agiu corretamente, em conformidade com o previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC-álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, visto que o autuado não era possuidor de autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, considero a infração subsistente e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de 1º Grau, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 207/211).

Após transcrever a acusação a ele imputada, ressalta ser descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto a ele, Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal. Argumenta que ao exigir que o recorrente recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não-cumulatividade. Explica que em razão do princípio da não-cumulatividade, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS. Deste modo, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS devido pela empresa que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devem ser compensados. Em assim sendo, esta compensação somente é possível quando do “acerto de contas” entre créditos e débitos, o que é feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros. Ora, no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria (e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na nota fiscal, por consequência),

impossível se torna obedecer ao princípio da não-cumulatividade, uma vez que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe e os quais serão compensados no final do mês com o ICMS devido, mas tão-somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não-cumulatividade. Cita e transcrevem o art. 28 e art. 29 da Lei nº 7.014/96 e art. 114 do RICMS/BA para afirmar que a própria Legislação Estadual dispõe sobre a não-cumulatividade do ICMS.

Afirma ser ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio devido pelo contribuinte. Que mesmo absurda tal restrição, uma vez que se estar agredindo direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, inciso I, da CF, atendendo às exigências do Fisco, providenciou requerimento no sentido de obter a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS/BA. Entretanto, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado em 02/12/2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Por todo entendimento exposto e diante da omissão da COPEC em conceder a referida “autorização”, impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, tombado sob o número 0030982-33.2010.805.0001, atualmente em trâmite na 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias. Foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9º) à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito.

Afirma que, diante da ilegalidade da restrição imposta pelo Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS, posteriormente confirmada em juízo pela Decisão liminar favorável aos seus interesses, a presente autuação mostra-se absolutamente improcedente, mesmo que ela tenha sido concedida posteriormente à autuação.

Além disso, diz que, de acordo com o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF/BA, que transcreve, poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade. Assim, caso se entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requer a improcedência do lançamento fiscal.

A PGE/PROFIS (fls. 295/297) emite Parecer jurídico, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

Diz a nobre procuradora que subscreveu o Parecer de que as razões jurídicas expedidas pelo recorrente não são capazes de modificar a Decisão recorrida, pois a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, assim como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/BA.

Observa que todas as arguições de inconstitucionalidades e ilegalidades constantes da súplica recursal devem ser rechaçadas, posto que falece competência a este Colegiado a sua declaração em consonância com os termos do art. 167, I do referido Regimento.

Quanto à existência de liminar que assegura ao recorrente o pagamento do ICMS no dia 09 do mês subsequente, ressalta que a mesma fora concedida em 15/04/2010 e o presente lançamento fora levado a efeito em 20/10/2009, data anterior aos seus efeitos legais. E, mesmo que o sujeito passivo estivesse acobertado pelos efeitos de alguma liminar, deveria colacionar aos autos a comprovação do recolhimento normal de ICMS, dentro do prazo assinado às empresas credenciadas.

Observa, em seguida, que o pedido de dispensa de multa por infração de obrigação principal deve ser dirigida à Câmara Superior deste CONSEF, conforme determina o art. 159, do RPAF/BA.

VOTO

Trata o Auto de Infração de renovação de fiscalização, foi efetuada pela fiscalização do trânsito de mercadorias. A acusação é de que o recorrente não recolheu o imposto relativo às suas operações próprias. O contribuinte comercializa com AEHC.

Antes de adentrar na matéria da presente lide, entendo necessário fazer algumas considerações a respeito de um lançamento de ofício.

O início da ação fiscal marca o momento em que o Estado, por meio de seus agentes, interfere no comportamento tributário do contribuinte, podendo resultar deste ato a apuração de irregularidades e o consequente lançamento de ofício do crédito tributário. E, para o surgimento deste início é necessário que o contribuinte tenha conhecimento prévio da fiscalização. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele possa pesar e propiciar fazer sua defesa, mesmo quando da fiscalização e/ou posteriormente, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV, CF). E mais, ela, de igual forma, é marco inibidor da denúncia espontânea.

A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração. Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN. Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do art. 142, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc. e de rotinas administrativas.

A Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: aquela que exerce suas atividades no trânsito de mercadorias e a outra, exercendo suas atividades dentro do estabelecimento do contribuinte. A Instrução Normativa nº 310/90, que dispõe sobre o Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, previsto no Sistema de Fiscalização do Estado da Bahia, aprovou e especifica os roteiros a serem desenvolvidos pelas duas equipes.

A referida Instrução Normativa ao aprovar o Manual de Fiscalização (art. 2º), indica, entre outras, a necessidade de rotinas de procedimentos iniciais e finais da ação fiscal (lavratura de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Encerramento, etc), bem como, rotinas de fiscalização. Estas rotinas, quando a fiscalização for desenvolvida no trânsito segue procedimentos diversos daquelas desenvolvidas no estabelecimento, vez que na primeira a documentação fiscal deve ser exibida no momento do fato ocorrido, não havendo necessidade de intimação por escrito, nem prazo para atendimento da exigência fiscal. Ressalto, inclusive, que são estas as determinações contidas no RPAF/99, cuja Instrução Normativa citada se submete.

Assim, no trânsito de mercadorias, para se dar início à ação fiscal, o que se exige é a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos (Termo de Apreensão e Ocorrências), conforme dispõe o art. 26, I e 28, IV, do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99, para ficarmos adstritos à norma legal do Estado da Bahia, intimação esta imprescindível ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual, pois de fundamental importância para que não haja qualquer mácula ao princípio constitucional da ampla defesa.

O RICMS/BA ao indicar os procedimentos fiscais a serem seguidos nesta apreensão determina no seu art. 945 que “*a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato*”. Em assim sendo, deverá conter, entre outros requisitos, “a

discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação; o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal e o nome e a assinatura do contribuinte ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar” (art. 940, incisos IV, V e VI).

E, como não poderia deixar de ser, este termo de apreensão tem início de validade, bem como de término, já que o sujeito passivo tributário não pode restar indefinitamente a mercê do fisco.

O art. 28, § 2º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) estabelece o prazo de validade desse termo de apreensão de 30 dias e determina que esta validade perderá efeito se neste prazo não for lavrado o Auto de Infração correspondente. De igual forma, considera encerrada a ação fiscal, podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente. Tais determinações também se encontram expressas no Parágrafo único do art. 945, do RICMS/BA.

Com tais colocações, volto-me ao presente processo.

Em 22/10/2009, o fisco apreendeu 30.000 litros de AECH que se faziam acompanhar pelos DANFE's nºs 8661, 8662, 8663, 8664 e 8665 e de DAE's de recolhimento do ICMS-ST e do valor do imposto relativo ao Fundo de Pobreza. As mercadorias não estavam acompanhadas do pagamento do imposto relativo às operações próprias conforme determinações do art. 515-B, do RICM/BA. Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrência de nº 210671.1007/09-4 e o Auto de Infração nº 210671.1006/09-8 acusando o contribuinte de não ter recolhido o ICMS-ST, infração distinta da realidade constatada no momento da ação fiscal. A 5ª JJF, através do Acórdão nº 0171-05/10 decidiu pela nulidade da ação fiscal e recomendou a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Neste momento, observo de que esse Termo de Apreensão e Ocorrências, diante da norma legal vigente, ao cumprir a função estabelecida na norma legal - marco inicial do procedimento fiscal – extinguuiu-se para qualquer outro procedimento inicial de fiscalização com tal objetivo. Somente poderá ser tomado como dado a ser levado em consideração, e base para consubstanciar outras provas, objetivando outra auditoria fiscal.

Isto posto, o autuante da presente lide, e com este conhecimento, entendeu que ele seria prova suficiente para lavrar novo Termo de Apreensão e Ocorrências, o que fez através daquele de nº 232608.1001/10-3, datado de 21/10/2010, ou seja, um ano depois dos fatos acontecidos. Não deu conhecimento da lavratura deste novo termo ao contribuinte e lavrou o Auto de Infração ora discussão.

Em vista do que tudo ora exposto não tem qualquer valia legal o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232608.1001/10-3 lavrado. Não tendo validade, jamais poderia ser lavrado o Auto de Infração ora em análise, pois inexistente a constituição de prova material do fato, que se dar, no trânsito de mercadorias, no exato momento da sua ocorrência, ou seja, o trânsito de mercadoria sem o pagamento do imposto devido. No Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado após um ano, o fisco não apreendeu qualquer mercadoria. Afora que, pelo lapso temporal existente, o sujeito passivo tributário pode ter exercido seu direito de denunciar espontaneamente o débito. E, mais grave, não se deu conhecimento à empresa do início da ação fiscal. E, para complementar, seria necessário que o fisco apurasse se a mercadoria ainda estava na posse da empresa autuada, pois, quando da lavratura do primeiro termo de apreensão, restou ela como sua fiel depositária.

Pelo exposto, restou comprovado que na lavratura do Auto de Infração não foi obedecido o devido processo legal, não se enquadrando os fatos nas hipóteses de correções que podem ser feitas de acordo com o art. 18 do RPAF.

Com tais colocações, a JJF ao recomendar a renovação do procedimento fiscal, não se reportou que tal renovação se desse através da fiscalização do trânsito de mercadorias e na forma

realizada, mas, sim, em uma fiscalização “a salvo de falhas”, ou seja, para o caso, no estabelecimento da empresa autuada, objetivando resguardar os direitos do Erário estadual.

Por tudo exposto, de ofício, voto pela nulidade da ação fiscal pela inexistência legal de termo de início de fiscalização com base nas determinações contidas no art. 18, II e III do RPAF/99.

Ressalto, neste momento, que, diante de tudo aqui exposto fica prejudicada a análise das razões recursais.

Recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando que esta renovação somente poderá ser realizada através de fiscalização no estabelecimento do recorrente. E, por fim, pode o recorrente, antes do início de qualquer procedimento fiscal, recolher o imposto ora exigido através de denúncia espontânea, se acaso já não o tenha recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº **232608.1001/10-3**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS