

A.I. Nº - 232608.0309/11-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE: - DOMINGOS SÁVIO B. F. FERREIRA
ORIGEM - IFMT/SUL
INTRNET - 04.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0037-02/12

EMENTA. ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, diante da metodologia adotada pelo autuante no lançamento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 16 de setembro de 2011 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$16.644,53, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Falta de recolhimento do ICMS devido na operação própria. Na descrição dos fatos, o autuante informa que *“O presente Termo de Apreensão e Ocorrências é lavrado para fins exclusivos de renovação do procedimento fiscal iniciado com a lavratura do TAO nº. 210541.1001/09-2 no dia 15-10-2009, às 11:46hs, que resultou na lavratura do Auto de Infração igualmente de número nº. 210541.1001/09-2 pelo autuante JOSÉ DAVID PEREIRA DO NASCIMENTO, cad. 210.541, julgado procedente em parte pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF nº. 0159-01/10, datado de 14-06-2010 e posteriormente anulado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal nos termos do Acórdão CJF 0179-12/11, datado de 21-06-2011 e em conformidade com recomendação constante na Resolução contida neste referido Acórdão, todos estes comprovantes em anexo, motivo que resultou no presente labor de renovar o procedimento fiscal do primeiro lançamento, e o fazemos a salvo das falhas até aqui apontadas, ficando todos esses materiais comprovantes inseridos como partes anexas deste Termo de Apreensão e Ocorrência.*

Trata-se de apreensão de 44.627 (Quarenta e quatro mil, seiscentos e vinte e sete) litros de álcool etílico hidratado combustível –AEHC, em trânsito em operação de distribuição entre estabelecimentos descredenciados junto ao órgão COPEC, acompanhados do DANFE 8506, emitido em 14-10-2009 pelo contribuinte acima, sem o recolhimento do ICMS na operação própria nos termos da legislação em vigor, em especial no que estabelece o Art. 515-B, II III, § 1º do RICMS/BA. Anexo, demonstrativo dos cálculos do imposto devido, que inclusive passa a fazer parte deste Processo”.

Tempestivamente, a autuada através apresentou impugnação ao lançamento constante às fls.32 a 37, onde argui em sua defesa que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte da Impugnante, conforme demonstrado.

Ressalta descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto a ele, Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira *normal*, e que, ao exigir que a Impugnante recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco a impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade.

Isso em razão do princípio da não cumulatividade, vez que todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido pela Impugnante. Deste modo, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS devido pela Impugnante, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a

Usina/Refinaria, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS por parte da Impugnante.

Aduz que, para que seja possível à Impugnante utilizar-se do ICMS creditado, é necessário que se proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, o que é feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros, e, no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio da Impugnante seja recolhido quando da saída da mercadoria (e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na nota fiscal, por consequência), é impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade para que se compense débitos com créditos, 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 por ela, mas tão somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade.

Após transcrever os artigos 28 e 29 da Lei Estadual nº 7.014/96, bem como o artigo 114 do RICMS/BA reafirma que a própria Legislação Estadual dispõe sobre a não cumulatividade do ICMS sendo, portanto, ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio pela Impugnante, o que feriria o princípio da não cumulatividade previsto, também, no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Afirma que solicitou a devida e necessária autorização para recolhimento do imposto no prazo regular, sem obter qualquer resposta, o que motivou a impetrar Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, tombado sob o número 0030982-33.2010.805.0001, junto à 10ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, com o objetivo 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, como lhe estava sendo exigido, sendo concedida Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o nono dia) ao da ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como entende ser seu direito.

Desta forma, 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 interesses da Impugnante, a presente autuação mostra-se absolutamente improcedente.

Por tais razões, solicita que caso a infração venha a ser mantida nos termos do artigo 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, seja dispensado do pagamento da multa por infração.

Finaliza, requerendo que o Auto de Infração impugnado seja julgado improcedente, ou, subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da autuação, protesta sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS normal já recolhido nas operações anteriores.

Informação fiscal prestada à fl. 54 pelo autuante sustenta o trabalho realizado argüindo entender que a renovação da autuação se deu em conformidade com a legislação em vigor. De relação à existência de Mandado de Segurança, informa que não pode prosperar a argumentação do sujeito passivo, vez que o deferimento da medida liminar ter sido cientificado à secretaria da Fazenda em 27 de novembro de 2009 e o fato gerador do Auto de Infração 210541.1001/09-2 ter ocorrido em 26 de novembro de 2009. Finaliza, solicitando a procedência do lançamento.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento nada mais é do que o refazimento da ação fiscal que resultou no Auto de Infração nº. 210541.1001/09-2, o qual foi julgado nulo pela Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJP 0179-12/11, o qual recomenda o refazimento da ação fiscal **no estabelecimento** (grifo nosso), e para isso, inclusive, o autuante desentranhou diversas peças que constavam no processo anterior, o que entendo como não sendo a melhor prática, vez que se trata de nova ação fiscal, e o processo anterior já encerrou seu ciclo de vida, estando devidamente arquivado.

Constato, ainda, que foi lavrado um novo Termo de Apreensão e Ocorrência, que na verdade não corresponde à efetiva apreensão de qualquer produto ou mercadoria, o qual afirma sobre trânsito da mesma, inclusive com a eleição de depositário, ainda que a apreensão inicial tenha se dado há

quase dois anos, o que, reconheça-se, é uma situação no mínimo esdrúxula, diante da própria redação do lançamento.

"Trata-se de apreensão de 44.627 (Quarenta e quatro mil, seiscentos e vinte e sete) litros de álcool etílico hidratado combustível –AEHC, em trânsito em operação de distribuição entre estabelecimentos descredenciados junto ao órgão COPEC, acompanhados do DANFE 8506, emitido em 14-10-2009 pelo contribuinte acima, sem o recolhimento do ICMS na operação própria nos termos da legislação em vigor, em especial no que estabelece o Art. 515-B, II III, § 1º do RICMS/BA. Anexo, demonstrativo dos cálculos do imposto devido, que inclusive passa a fazer parte deste Processo".

Há de perquerir onde estavam as mercadorias que o autuante afirma transitarem? E como um documento emitido em 14 de outubro de 2009, poderia estar "transitando" em 16 de setembro de 2011?

Se tal fato não bastasse, diante do decurso de tempo decorrido entre o julgamento do primeiro processo em 2ª instância e o da lavratura do Auto de Infração ora apreciado, não existe nenhuma garantia de que o imposto objeto da presente cobrança tenha sido recolhido pelo sujeito passivo, utilizando a sua prerrogativa de recolher o eventual débito de forma espontânea, diante da decisão da Colenda 2ª Câmara do CONSEF.

E essa possibilidade, que não foi devidamente constatada pelo autuante, é que fulmina o Auto de Infração, fazendo com que se apresente a hipótese prevista no artigo 18, inciso IV, alínea "a" do RPAF/99, que determina ser nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Tal afirmativa se deve ao fato de inexistir qualquer garantia de ainda persistir o débito por parte do sujeito passivo que deu origem ao Auto de Infração 210541.1001/09-2, vez que reitere-se, o melhor procedimento seria o de, no estabelecimento da empresa, à vista de sua escrituração fiscal, em confronto com os documentos de arrecadação, confirmar a existência ou não de eventual falta de recolhimento do imposto devido à Fazenda Pública Estadual, face ao documento fiscal nominado no processo, não pela metodologia adotada pelo autuante, que, inclusive, reitere, não atentou para o inteiro teor da recomendação do ilustre julgador de 2ª instância.

Isso porque o fato de se determinar o refazimento do lançamento, não implica, necessariamente em, de forma mecânica, adotar procedimento fiscal totalmente descabido para a situação fática existente, sem avaliação de possíveis implicações, inclusive de natureza tributária e/ou processual, bem como a impossibilidade de no novo lançamento trabalhar com eventual prova emprestada existente no primeiro processo.

Por tais motivos, a ação fiscal não pode ser mantida, razão pela qual voto no sentido de que o Auto de Infração seja julgado **NULO**, ao tempo em que recomendo o desentranhamento das peças constantes neste processo, e que foram indevidamente retiradas do processo resultante do Auto de Infração 210541.1001/09-2, já devidamente arquivado reapensando-as ao processo original.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232608.0309/11-2** lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**. Encaminhe-se à repartição fazendária competente, para os devidos fins.

Sala de Sessões do CONSEF, 15 de março de 2012.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR