

**A. I. Nº** - 232278.0014/11-2  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**INTERNET** - 13/06/2012

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/12**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Apreensão constante do processo refere-se a outro Auto de Infração. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Recomendação do refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 04/10/2011, exige o ICMS no valor de R\$13.167,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de comprovante de pagamento do ICMS por antecipação tributária devida pela operação própria, referente aos DANFE's nº 20592, 20593, 20589, 20661, 20549, emitidos em 20.10.2009, (fls.12 a 16), por contribuinte descredenciado da COPEC/SEFAZ, correspondente a 35.000 litros de álcool hidratado conforme Termo de Apreensão nº 232278.0020/11-2 (fls.04/05). Consta dos autos que o mencionado Termo substitui o de número 232278.0029/09-8, fls. 06/07.

O autuado na defesa apresentada (fls.21/26), afirma que o auto de infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte da empresa conforme será demonstrado.

Diz que de acordo com o Fisco, a irregularidade se perfaz quando o pagamento do tributo devido deveria ter sido feito antes da saída da mercadoria, em razão de não possuir autorização da COPEC para pagamento do tributo em outro prazo.

Ressalta que o ponto principal, que resultou no auto de infração, consistiu na exigência desarrazoada de que a Impugnante recolha o ICMS normal da operação no momento da saída da mercadoria. Tal prática imposta pelo Fisco a impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, operação que garante 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 imposto devido, mediante o encontro de débitos e créditos, procedimento denominado de "conta corrente". Assim, é concedido ao contribuinte o direito de apenas pagar o ICMS caso haja um saldo positivo remanescente. Ocorre que para que seja possível utilizar-se do ICMS creditado, é necessário que se proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, mês a mês, em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros.

Assevera que 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, é

impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade, ou seja, se compensem débitos com créditos. Isto porque o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS a que faz jus, os quais deveriam ser 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. Reproduz o art. 155 da Constituição Federal, os artigos 28 e 29 da Lei estadual nº. 7.014/96, e o art. 114 do regulamento do ICMS do estado da Bahia.

Aduz que mesmo entendendo ser absurda tal restrição, uma vez que esta agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade previsto também, no art. 155, § 2º, inciso I, da CF, atendendo às exigências do Fisco, providenciou o 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.

Argumenta que apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização por ele formulado o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Alega que em razão da inércia da COPEC, impetrou Mandado de Segurança com pedido de medida liminar para que obtivesse a autorização. Presente os requisitos para a concessão da medida liminar, fora concedida a medida pelo juízo competente.

Dessa forma, encontra-se em pleno vigor os efeitos da medida liminar concedida no bojo do *Mandamus* de nº 0108869-59.2011.805.0001, que excluiu a Impugnante do regime especial de fiscalização e pagamento referente ao ICMS ao qual foi submetida pela SEFAZ/BA, autorizando a Impugnante a recolher o ICMS normal até o dia 9 do mês subsequente. Dessa forma, jamais poderia a autoridade fiscal lavrar o auto ora objurgado, uma vez que a Impugnante está autorizada judicialmente a assim proceder.

Argumenta que diante da ilegalidade da autuação efetuada pelo Fisco, visto que o contribuinte encontra-se amparada por decisão liminar vigente, excluída do regime especial de fiscalização e pagamento, o presente Auto de Infração mostra-se absolutamente improcedente.

Caso ainda assim, seja mantida a infração, o que não se espera, roga pelo recálculo do crédito tributário ora cobrado, com a consideração dos créditos fiscais a que a empresa faz jus, os quais foram desconsiderados quando do lançamento ora impugnado. Cita o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, para lembrar a competência da Câmara Superior do CONSEF na dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Requer que o Auto de Infração impugnado seja julgado improcedente.

O Autuante na informação fiscal prestada às fls.48/53, após descrição dos fatos diz que a apresentação da informação fiscal cumpre o orientado pela 4ª Junta de Julgamento do CONSEF (fl.59) que, preventivamente procurando evitar as longas demandas do processo fiscal, em respeito à Constituição Federal (CF) e ao próprio RPAF-BA, reabriu o direito a ampla defesa ao autuado.

Salienta que a ação fiscal foi devidamente fundamentada com base nos preceitos do Protocolo 17/2004 e no Art. 515-B do RICMS-BA, e que foi concedido novo prazo para a defesa, a fim de apresentar seus questionamentos com base nos dispositivos citados, que disciplinam os procedimentos aplicados à tributação do álcool combustível.

Afirma que a defesa apresentada é inconsistente, inócua, sem exposição de qualquer fato novo aos autos, visto que foi aberto novo prazo para questionamento e nenhuma argumentação ou prova material foi oferecido que pudesse descaracterizar a ação fiscal. Cita e reproduz o art. 126 e o art. 515-B do RICMS/BA.

Aduz que, mesmo que a operação esteja amparada em decisão liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS, o Parecer da PROFAZ de n.º 626/01, constante do PAF de n.º 206986.0011/00-1 de demanda similar, ressalta que o efeito da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento, ao afirmar que “Na realidade, o que a SEFAZ está impedida de fazer é cobrar o imposto relativo a autuação firmada e não de constituí-lo”. No mesmo sentido também foi prolatado Parecer da PROFAZ, em 29/01/03, constante do PAF n.º 917007301.

Argumenta que nada impede que seja efetuado o lançamento de ofício do crédito, através do auto de infração pela autoridade fiscal, no sentido de assegurar sua exigibilidade no futuro, caso a decisão judicial, seja de fato desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária, e que esse entendimento está firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ, a exemplo de julgados que transcreve.

Finaliza dizendo que a ação fiscal questionada encontra-se amplamente amparada em lei, portanto com pleno substrato legal, não encontrando dentro do processo nenhuma procedência a pretensão da autuada em epígrafe e opina pela procedência da autuação.

### VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à exigência de ICMS sob a acusação de que o autuado que se encontrava descredenciado da COPEC/SEFAZ, não apresentou comprovante de quitação do imposto referente à antecipação tributária, operações próprias, correspondente a 35.000 litros de álcool hidratado.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante lavrou o termo de ocorrência fiscal n.º 232278.0020/11-2 (fls.04/05), onde não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal, mencionando que o citado termo substitui o Termo de Apreensão n.º 232278.0029/09-8, fls. 06/07.

Compulsando os autos, vejo que o citado termo de apreensão era parte integrante do auto de infração de n.º 232278.0012/09-8, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 3ª JF, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observe, portanto, que este auto de infração trata-se de um novo procedimento fiscal e como tal deveria obedecer aos ditames legais no que se refere às formalidades requeridas nos termos do art. 28 do RPAF/99. Embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no modelo 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata mais de Auto de Infração de trânsito. O presente auto de infração de n.º 232278.0014/11-2, não substitui o Termo de Apreensão n.º 232278.0029/09-8, que deu respaldo ao auto de infração anterior julgado nulo, conforme registra o autuante na descrição dos fatos. Tampouco o termo de ocorrência, n.º 232278.0020/11-2 o substitui, visto a mercadoria já não se encontra apreendida como prova do ilícito cometido pelo autuado.

Conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do termo de Início da Fiscalização, da intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, o que não se verifica neste processo. Quanto ao início da fiscalização, o art. 28 do RPAF/BA, estabelece:

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*1 - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

Vale salientar que a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal. Neste caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização e não consta que foi efetuada intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do mencionado Termo.

O §1º do art. 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. No caso em análise não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada, a falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, o Termo de Início de Fiscalização, implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, e represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos equívocos apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232278.0014/11-2, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, recomendando-se o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2012.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR