

PROCESSO - A. I. Nº 210413.0015/11-3
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0082-04/12
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 02/05/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-12/13

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO VÁLIDO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O Auto de Infração, modelo 4, far-se-á acompanhar de cópia do Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado na ação fiscal, no qual se fundamentará. O Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado, não possuía mais validade, consoante previsto no art. 28, § 2º, do RPAF, de forma a servir de prova material da infração e de fundamentar o presente Auto de Infração, razão da propositura pela 1ª CJF, à época, de se renovar o procedimento fiscal através da fiscalização de comércio no estabelecimento do recorrente. Ausência de elemento essencial nos autos, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, *junto ao estabelecimento comercial do recorrente*, para a apuração do débito, caso ainda devido. Declarado, de ofício, **Nulo** o Auto de Infração. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 17 de setembro de 2012, com exigência de R\$86.526,00 de ICMS, acrescido da multa de 100%, através do Acórdão JJF nº. 0082-04/12 (fls. 80 a 82), pela constatação da seguinte infração, objeto do Recurso:

Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria referente aos DANFE's nºs 22688, 22689, 22660, 22675, 22672, 22671, 22669, 22677, 22697, 22745, 22744, 22747, 22684, 22685, 22721, 22748, 22746, 22713, 22736, 22680, 22663, 22664, 22686, 22743, 22733, 22682, 22734, 22674, 22528, 22705, 22668, 22683, 22776, 22779 e 22716.

Consta da autuação fiscal no campo destinado à infração: “*Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria*”, bem como a seguinte informação: “*obs.: este termo substitui o de n.º 210413.0001/10-4*”.

A autuação decorreu de fiscalização no trânsito e refere-se aos DANFE's listados no Termo de Ocorrência Fiscal emitidos por contribuinte “DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ”, correspondente a 230.000 litros de álcool hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA.

A Decisão de piso foi a seguinte:

“O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria referente a diversos DANFE's que relaciona.

Também no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade acusada, por ele apurada como sendo a falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante.

Na defesa, o atuado informou que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar para obter autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e

não no momento de saída de suas mercadorias. Informa que obteve o Mandamus nº 0108869-59.2011.805.0001, que o excluiu do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento submetido pela SEFAZ, sendo autorizado a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte (até o dia 9º) à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias.

Analizando os autos, observo que embora o contribuinte tenha informado existência da Medida Liminar Judicial, este documento ou sua cópia não foi juntado ao PAF para conhecimento do teor e efeitos. Caso comprovada fosse a proteção judicial arguida, esta ensejaria a extinção do processo administrativo fiscal, com desistência da defesa a partir do momento do ingresso em juízo, se relação tivesse com a matéria objeto desta lide (artigos 117 e 122, IV do RPAF/BA).

Entretanto, mesmo admitindo que a proteção judicial tenha sido concedida como informado pelo impugnante, o recolhimento do imposto ora reclamado ainda deveria ocorrer até o nono dia do mês subsequente da ocorrência da operação. Deste modo, sendo operações de janeiro de 2010, conforme se vê nos DANFE's de fls. 11 a 43, o ICMS devido e aqui exigido haveria que ser recolhido até 09 de fevereiro de 2010.

Saliento que o Auto de Infração foi lavrado em 17/09/2011, o contribuinte dele foi cientificado em 07/12/2011, e em 21/12/2011, o autuado protocolou impugnação exercitando seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo qualquer prova de que tenha pago o imposto no prazo requerido e que disse concedido judicialmente, contrariando o disposto no art. 123 do RPAF.

Art. 123. *É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.*

Dessa forma, resta indiretamente comprovado que o contribuinte autuado não cumpriu a obrigação tributária principal nem no momento da saída da mercadoria como previsto no art. 515-B c/c o art. 126 do RICMS/BA e Protocolo ICMS 17/04, nem no prazo que alegou ter sido judicialmente autorizado (9º dia do mês subsequente a da operação), com o que, indubitavelmente fica caracterizado o cometimento da infração.

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, cuja competência é da Câmara Superior do CONSEF, deixo de apreciar o pedido de exclusão da multa. O mesmo faço com relação aos juros, por falta de previsão legal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Cientificada do julgamento, o autuado, interpôs Recurso Voluntário (fls. 316 a 326), onde, após fazer breve resumo dos fatos e os principais atos nele contidos, argumenta que a Decisão prolatada não há de prosperar, diante dos motivos que pretende destacar.

Inicialmente, ressalta que o ponto principal, que envolveu o Auto de Infração foi a exigência de que o recorrente 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.

Afirma 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 devido pela Impugnante, mediante o encontro de débitos e créditos do ICMS, 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 à Impugnante 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.

Ora, 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 compensem débitos com créditos. Isto porque o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS a que a Impugnante 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.

Transcreve a Constituição Federal em seu artigo 155, inciso II, 2º, I, bem como o teor dos artigos 28 e 29 da Lei n.º 7.014/96, além do artigo 114 do RICMS/97, para aduzir 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 pela Impugnante. Portanto, não cabe a exigência de recolhimento do ICMS da operação própria no momento da saída da mercadoria, pois este recolhimento antecipado será um óbice à compensação de créditos com os débitos do imposto.

Informa que impetrou Mandado de Segurança com pedido de medida liminar para que obtivesse autorização por parte da Secretaria da Fazenda, para dispor de prazo para recolhimento do imposto, o que foi concedida a medida pelo juízo competente, a qual encontra-se em pleno vigor os efeitos da medida liminar concedida no bojo do *Mandamus* de n.º 0108869-59.2011.805.0001, que excluiu o recorrente do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento referente ao ICMS ao qual foi submetida pela SEFAZ/BA, autorizando-a a recolher o ICMS Normal até o 9º dia do mês subsequente.

Por tal razão, entende que jamais poderia a autoridade fiscal lavrar o Auto de Infração, uma vez que o recorrente está autorizada judicialmente a assim proceder.

Por fim, após transcrever o artigo 159 do RPAF/99, solicita a exclusão da multa e dos juros imputados, diante de sua boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia, bem como a improcedência do lançamento.

Encaminhado para Parecer pela PGE/PROFIS, este órgão exara opinativo de fls. 108 e 109, no qual, expõe o fato do recorrente não ter trazido na peça recursal qualquer prova capaz de elidir o lançamento, realizado ao amparo da norma legal, razão pela qual o Recurso Voluntário não deve ser provido.

VOTO

Antes de adentrar na análise do Recurso Voluntário, abordarei algumas questões preliminares que entendo importantes. Primeiramente, embora não conste na descrição do lançamento, este Auto de Infração foi lavrado, diante do julgamento pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração 210413.0005/10-0, lavrado em 19 de janeiro de 2010, e cuja cópia encontra-se às fls. 06 e 07, o qual decretou a sua nulidade, na forma do Acórdão CJF 0050-11/11, o qual determina:

“NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO APONTADA. A acusação no Auto de Infração diz respeito à falta de retenção do ICMS devido por substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, com fundamento no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, porém, tanto na descrição dos fatos, quanto ao ser prestada a informação fiscal, ficou patente que se trataria do imposto relativo às “operações normais” do contribuinte, e não ao imposto devido por substituição, aduzindo o autuante que o fundamento estaria nos artigos 126, 512-A e 515-B, todos do RICMS/BA. Nos termos do artigo 39, inciso III, do RPAF/99, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O §1º do artigo 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões. No caso presente não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

Nele, a ilustre Relatora, Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade consignou que “*Ante o exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração epígrafado, ao tempo que, nos termos do art. 156 do RPAF, representa-se à autoridade fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício*” (grifei).

Ou seja: a ação fiscal somente poderia ser realizada no estabelecimento do sujeito passivo, circunstância que não foi devidamente atendida pelo autuante, o qual simplesmente lavrou um Termo de Ocorrência Fiscal, do qual sequer o contribuinte teve conhecimento, para justificar a lavratura do Auto de Infração ora apreciado, sem proceder à fiscalização no estabelecimento do contribuinte, conforme determinado. Segundo orientação contida no voto acima mencionado, a determinação da Câmara de Julgamento Fiscal decorreu do fato de que o primeiro Auto de

Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias e, nessa circunstância, não poderia o autuante repeti-la, senão no estabelecimento comercial, e diante da constatação de que no lapso de tempo decorrido entre o mês de janeiro de 2010 (época da constatação da infração), até o mês de setembro de 2011 (mês da lavratura do presente lançamento), o imposto relativo à tais operações objeto dos documentos fiscais nele listados, poderia já estar pago pelo contribuinte.

Dessa forma, a ação fiscal no trânsito, seria totalmente imprestável vez que impossível de ser repetida, bem como constato que nenhum dos documentos acostados ao feito e que servem de base para a acusação fiscal (Auto de Infração, Termo de Ocorrência Fiscal, Termo de Depósito, etc.) estão assinados pelo sujeito passivo, representante ou preposto o que reforça a tese do seu completo desconhecimento da ação fiscal e da própria autuação, senão quando a mesma já estava concluída, o que fere uma série de princípios processuais vigentes como o da ampla defesa, do contraditório e da legalidade.

Também observo que o lapso temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (setembro de 2011) não se coaduna com a data de ocorrência dos fatos que ensejaram a autuação (janeiro de 2010), de acordo com os documentos acostados às fls. 06 a 46 dos autos.

Esta matéria esteve recentemente em apreciação por esta Câmara, ensejando o Acórdão CJF 0028-12/12, sendo relator, naquela oportunidade, o Conselheiro Carlos Fábio Cabral Ferreira, bem como no Acórdão CJF 0060-13/13, relatado pelo Conselheiro Oswaldo Ignácio Amador, o qual possui a seguinte Ementa:

*“NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO VÁLIDO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O Auto de Infração, modelo 4, far-se-á acompanhar de cópia do Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado na ação fiscal, no qual se fundamentará. Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 17/18, não possuía mais validade, consoante previsto no art. 28, § 2º, do RPAF, de forma a servir de prova material da infração e de fundamentar o presente Auto de Infração, razão da propositura pela 2ª CJF, à época, de se renovar o procedimento fiscal através da fiscalização de comércio no estabelecimento do recorrente. Ausência de elemento essencial nos autos, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, junto ao estabelecimento comercial do recorrente, para a apuração do débito, caso ainda devido. Exigência fiscal decretada nula de ofício. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.”*

Pelo exposto, de ofício, voto no sentido de declarar NULO o Auto de Infração em comento, razão pela qual fica PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário interposto.

Com base na disposição do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fiscal competente que, analise a possibilidade de se proceder a nova ação fiscal, NO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE, com o fim de verificar se o imposto correspondente à operação objeto do Auto de Infração aqui apreciado foi regularmente recolhido ou debitado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº **210413.0015/11-3**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se a autoridade fazendária competente que determine a renovação do procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, para fim de atestar o adimplemento da obrigação tributária principal em relação à operação de que trata o presente Auto de Infração.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS