

PROCESSO - A. I. N° 210413.0005/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0247-03/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0050-11/11

EMENTA: ICMS. 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.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3ª JJF após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração - através do Acórdão JJF nº 0247-03/10 - lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo a falta de retenção do ICMS devido por substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210413.0001/10-4, lavrado em 19/01/2010, às fls. 04 e 05. Consta, na descrição dos fatos, que foi constatada a falta de recolhimento de ICMS referente aos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFEs ali enumerados, sem autorização de prorrogação de prazo pela COPEC/SEFAZ, com ICMS no valor de R\$85.526,00, acrescido da multa de 60%.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF pela nulidade do Auto de Infração epografado, teve os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Preliminarmente cumpre observar que, embora no campo destinado à descrição da infração cometida pelo sujeito passivo, esteja descrito “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”, estando citado, no enquadramento normativo, o artigo 352, inciso II, do RICMS/BA, contraditoriamente, no campo destinado à “Descrição dos Fatos” que ocasionaram a autuação, o Fisco relata a situação como falta de comprovante de recolhimento de imposto devido por antecipação tributária, por contribuinte sem autorização de prorrogação de prazo pela COPEC/SEFAZ. E, na informação fiscal prestada, o preposto do Fisco aduz que se trata de exigência de imposto devido por operação própria, corroborando a tese de que o fato de antecipação tributária não se aplica ao caso, uma vez que o imposto devido é devido por operação própria.”

rando o texto aposto na “Descrição dos Fatos” à fl. 01 dos autos, e contradizendo o quanto imputado como infração que teria sido cometida pelo autuado. Na composição da base de cálculo lançada no Auto de Infração, o representante do Fisco utiliza montante que equivale à soma dos valores indicados, nos DANFEs mencionados no campo “Descrição dos Fatos”, como base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, o que corrobora em seguida, na ocasião em que presta a Informação Fiscal. O contribuinte apenas defende-se da imputação constante no campo “Infração”, à fl. 01 dos autos, ou seja, a falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, e anexa DAEs que comprovam o recolhimento do ICMS que aduz ser o devido em tal operação. Por outro lado, embora no enquadramento normativo constante no Auto de Infração, o preposto do Fisco cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada o autuante aduz que a autuação está também lastreada nos artigos 126, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, e que tratam de imposto devido por operação própria. Embora o artigo 19 do RPAF/99 preveja que não implica em nulidade o erro em indicação de dispositivo normativo desde que, da descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, na situação em foco trata-se de duas situações distintas, referentes a uma mesma imputação, e esta situação gera a incerteza quanto ao ato irregular que teria sido verificado pelo Fisco. Esta situação de incerteza acarreta o cerceamento de defesa do sujeito passivo, e não é saneável, por configurar situação de dúvida em que não se pode determinar, com segurança, a infração porventura verificada na ação fiscal, e que teria originado a autuação em lide. Pelo exposto, voto pela NULIDADE da autuação, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, por falta de elementos suficientes para se determinar com segurança, na presente ação fiscal, a infração imputada.”

Ao final do voto, o relator da JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 02, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

VOTO

De logo devemos consignar que não merece censura a Decisão recorrida ao julgar Nulo o Auto de Infração epigrafado. O vício contido no presente lançamento de ofício contamina-o de forma insanável, visto que o erro no enquadramento da infração imputada ao sujeito passivo não pode ser corrigido, na medida em que induziu o contribuinte a apresentar impugnação totalmente dissociada do fato infracional detectado pela fiscalização quando do trânsito da mercadoria.

Por sua vez, a sumária descrição dos fatos no campo do Auto de Infração - fl. 01 - em nada esclareceu qual a infração imputada ao sujeito passivo, pois em flagrante contradição com a infração descrita no campo próprio do referido lançamento de ofício, o que corrobora a evidente insegurança que permeia esta autuação, agravada pela descrição de dispositivo regulamentar que não guarda relação com a infração lançada, apenas restando esclarecida na informação fiscal - portanto, após apresentação da peça defensiva - a efetiva imputação, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria do contribuinte, momento em que foram citados os dispositivos regulamentares lastreadores da exigência fiscal.

Como bem consignou a Relatora de Primeira Instância, “...a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício, no valor do ICMS “normal”, próprio da operação de saída da mercadoria, entretanto, incorreu em erro ao enquadrá-lo, no campo específico, como falta de retenção do ICMS Substituição, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente infringida.”.

Registre-se que a regra do §1º do art. 18 do RPAF é inaplicável no presente caso, pois este apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais, mas, no caso em epígrafe não há meras incorreções, omissões ou inobservância de exigências formais, pois o erro acima apontado ao tornar inseguro o lançamento tributário cerceou o direito de defesa do contribuinte, que constitui princípio constitucional inafastável.

E, de fato, a existência de vício insanável capaz de fulminar o Auto de Infração em comento, qual seja a falta de identidade entre o fato infracional descrito no lançamento e aquele ensejador da

imputação, determina a aplicação do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Ante o exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração n° 210413.0005/10-0, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE). 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS