

PROCESSO - A. I. Nº 210413.0007/10-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0245-03/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO.
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0055-11/11

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 0245-03/10 - lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo “*Falta de retenção do ICMS Substituição*” [sic] relativo a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. *Imposto lançado: R\$ 79.002,00. Multa: 60%.*”.

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

*“A infração imputada ao autuado foi descrita nestes termos: “*Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”.* Há uma questão a ser analisada como preliminar, que consiste em se determinar qual o fulcro ou objeto da ação fiscal. De um lado, a defesa sinaliza que a infração descrita no Auto se refere à falta de retenção do ICMS devido por substituição relativamente a operações com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, e alega que o imposto devido a título de substituição tributária se encontrava pago, conforme documentos de arrecadação anexos (fls. 55 a 156). Nota que com a informação prestada pelo fiscal autuante operou-se uma contradição substancial quanto ao fulcro do procedimento em análise. Com efeito, embora a autuação se refira claramente a falta de retenção de imposto, o autuante diz na informação que o produto foi despachado com a devida substituição tributária, mas sem o recolhimento do imposto relativo às operações próprias. Isso é reiterado mais adiante, ao frisar que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca neste Auto é o pagamento do ICMS das “operações normais”, e não o ICMS da substituição tributária. Não é razoável o argumento do nobre autuante quanto ao sentido do enunciado da

imputação. O modelo do Auto de Infração contém um campo designado “Infração” e outro designado “Descrição dos Fatos”. O campo “Infração” destina-se à descrição do tipo do cometimento, entendendo-se por tipo o cerne, a natureza da infração. Já o campo “Descrição dos Fatos” destina-se à especificação das circunstâncias que envolvem o fato, aduzindo esclarecimentos ou dados complementares do fato narrado no campo “Infração”. Assim sendo, o enunciado principal, aquele que determina a natureza, fulcro ou cerne da infração, deve estar contido no campo “Infração”, apondo-se no campo “Descrição dos Fatos” os dados acessórios, as informações complementares, as circunstâncias. É evidente que as circunstâncias e os dados complementares ou acessórios relatados na “Descrição dos Fatos” não podem se reportar a fato diverso daquele que constitui o enunciado principal indicado no campo “Infração”. No caso em exame, a acusação identificada e descrita no campo próprio – campo “Infração” – é de que foi constatada a falta de retenção do ICMS devido a título de substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Se se trata de falta de retenção de ICMS a título de substituição, isso significa que a imputação diz respeito ao imposto devido por substituição relativo a operações de terceiros, figurando o autuado como responsável ou substituto tributário, nada tendo a ver com a obrigação relativa ao ICMS devido pelas operações próprias do sujeito passivo. Retomando a análise do caso em apreço, consta no Auto que o fato foi enquadrado no art. 353, II, do RICMS. Isso confirma que a autuação se refere à falta de retenção de tributo a título de substituição tributária, atribuindo-se ao autuado a condição de substituto tributário. Foi disso que o contribuinte se defendeu, alegando prova que o tributo devido a título de substituição havia sido pago, tendo isto sido confirmado expressamente pelo autuante na informação prestada. Não há dúvida que na informação o fiscal inovou, ao tomar por fundamento jurídico os arts. 515-A e 515-B do RICMS, o que é incompatível com a regra do art. 353, II, como consta no Auto de Infração, e ao explicar que o lançamento diz respeito ao ICMS das “operações normais”, e não ao ICMS devido por substituição tributária. Ora, essa informação contraria o enunciado central assinalado no campo “Infração”. Como pode o campo “Infração” conter um enunciado que não corresponde à infração concretamente verificada? Nos termos do art. 39, III, do RPAF, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. A clareza do Auto de Infração não é somente para o órgão julgador. É também, e principalmente, para o autuado, a fim de que ele saiba do que está sendo acusado. O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões ou da não-observância de exigências meramente formais. No caso presente, não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo portanto um vício substancial. Na informação fiscal o autuante alude à possibilidade de o imposto relativo às operações normais não ter sido pago. A repartição fiscal analisará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções. Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, § 1º, do RPAF.”.

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 o Relator de Primeira Instância, “...Não há dúvida que na informação o fiscal inovou, ao tomar por fundamento jurídico os arts. 515-A e 515-B do RICMS, o que é incom-

patível com a regra do art. 353, II, como consta no Auto de Infração, e ao explicar que o lançamento diz respeito ao ICMS das “operações normais”, e não ao ICMS devido por substituição tributária. Ora, essa informação contraria o enunciado central assinalado no campo “Infração”. Como pode o campo “Infração” conter um enunciado que não corresponde à infração concretamente verificada?”.

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, constituindo-se em um vício substancial.

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 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.

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 nº 210413.0007/10-2, 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, 17 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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