

PROCESSO - A. I. Nº 232117.0903/09-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LUIZ SOUZA NASCIMENTO (L.S. NASCIMENTO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0233-04/10
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 12/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0188-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. INADEQUAÇÃO ENTRE A INFRAÇÃO COMETIDA E A DESCRITA NO AUTO DE INFRAÇÃO. Trata-se de acusação fiscal de “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial...*”, enquanto o cálculo do imposto e a mercadoria (conhaque) se referem à antecipação tributária. Existência de vício insanável no presente lançamento de ofício, decorrente da não identidade do fato infracional descrito no lançamento em epígrafe e o fato descrito na imputação. Confirmação da nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, apresentado contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 11 de setembro de 2009, o qual exige ICMS de R\$30.147,58, além de multa no percentual de 60% relativo à seguinte infração:

“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado”.

Complementarmente, a autuante informa no campo “descrição dos fatos”: “*Falta de recolhimento do ICMS referente as mercadorias constantes das NFS-e 7569, 7662, 7663 e 7660 de 09/09/09 na entrada do Estado da Bahia, por contribuinte descredenciado. Mercadoria adquirida de Estado não signatário do Protocolo de ICMS 14/06. O motorista evadiu-se do PF sem a apresentação das respectivas notas fiscais*”.

A Decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão JJF 0233-04/10 (fls. 59 a 61), lastreou-se nos seguintes argumentos, para embasar a Decisão proferida:

“Inicialmente devemos consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Preliminarmente, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que há inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo contribuinte e a acusação fiscal contida no Auto de Infração, fato este comprovado diante das provas apensadas aos autos quando da ação fiscal.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado (grifo nosso), sendo o enquadrado como infringidos os artigos 125, II, e 352-A, do RICMS/97.

Contudo, na verdade a acusação fiscal se fundamentou em documentos fiscais e em cálculos relativos à antecipação tributária propriamente dita, conforme podemos constatar através dos documentos e demonstrativo às fls. 3, 4, 5 e 8 a 11 dos autos, cujo direcionamento foi sempre no sentido de se exigir do autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, o ICMS antecipação tributária, relativo às operações de saídas internas

subseqüentes, prevista no art. 353, II, item 2.2, do RICMS/97, como bem pontuou o preposto fiscal que prestou a informação fiscal.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor 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 também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, conforme argüido pelo sujeito passivo, por gerar uma insegurança jurídica.

Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, em obediência aos ditames legais, por estar convencido de que restou, in casu, comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

*Do exposto, voto **NULO** o Auto de Infração em face da existência de vício insanável, uma vez que, na hipótese sub examine, não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, o que fulmina o próprio lançamento de ofício, que em sua origem está equivocado pelo erro na acusação fiscal, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da aludida falha”.*

Diante de tal Decisão, a Junta recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos contidos no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 2, 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

É objeto do Recurso de Ofício, a Decisão que declarou nulo o Auto de Infração em epígrafe, conforme voto acima transcrito.

O objeto ao Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Já a descrição dos fatos, alude falta de recolhimento do imposto na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias para comercialização, adquiridas em Estado não signatário do Protocolo ICMS 14/06, em operação interestadual, por contribuinte descredenciado.

Inicialmente, convém registrar que o Auto de Infração em tela foi lavrado em 11 de setembro de 2009, às 14:41 horas, lastreado no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232117.0903/09-8 (fls. 04 e 05) lavrado na mesma data às 14:18 horas. Observa-se, entretanto, que consta à fl. 07 dos autos, Termo de Ocorrência, firmado pelo preposto fiscal Roque Nogueira Pires, o qual assina como “A.T.E. Autuante”, informando que às 19:00 horas do mesmo dia 11 de setembro de 2009, o veículo constante no Termo de Apreensão de Ocorrências, com o condutor cuja identificação encontra-se à fl. 12, após evadir-se do Posto Fiscal Eduardo Freire e ser perseguido, apresentou os mesmos documentos constantes da descrição do Auto de Infração, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 08 a 11, destinados ao autuado, que se encontrava na condição de descredenciado para recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, o que motivou o retorno ao Posto Fiscal, para “adoção das medidas cabíveis”, sendo o Termo lavrado para “...fundamentar e dar consistência a ação fiscal a ser desenvolvida”.

Antes mesmo de adentrarmos na discrepância acima verificada, temos uma questão que pode ser levantada é: como pode ter o veículo se evadido e após perseguição e interceptação serem apresentados, às 19:00 horas do dia 11 de setembro de 2009 os documentos fiscais que já haviam sido apreendidos e autuados desde as 14:41 horas do mesmo dia?

Sabidamente, o Termo de Apreensão é o documento que deve preceder a lavratura do Auto de Infração, e isso ocorreu, de fato, no caso presente. O que gera a dúvida é a falta de sincronização

entre o Termo de Ocorrências lavrado e aquele outro Termo de Apreensão e Ocorrências, até pelo fato de firmado por prepostos fiscais distintos.

A questão que a Junta de Julgamento Fiscal bem observou, e que foi de fundamental importância para a Decisão adotada, foi a constatação da existência de discrepância entre a acusação fiscal “à *antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado*”, e os elementos em que se baseou a autuante no corpo do lançamento, e que se refere a ‘*ICMS antecipação tributária, relativo às operações de saídas internas subseqüentes, prevista no artigo 353, inciso II, item 2.2, do RICMS/97*’, apesar de na Decisão não fazer menção a qualquer dos fatos que observamos acima.

Tal dicotomia mostra-se altamente danosa ao curso do processo, vez que implica na configuração da nulidade do lançamento, em atendimento à determinação contida no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, segundo a qual, deve ser decretada a nulidade quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, o que é o caso do presente processo, especialmente quanto à infração, diante do prejuízo trazido para o sujeito passivo quanto ao seu direito de ampla defesa e exercício do contencioso, vez que a descrição do fato tido como ilícito tributário deve corresponder ao fato constatado pelo preposto fiscal, o que, no caso ora em exame não aconteceu.

Dessa forma, a Decisão não merece qualquer reparo, razão pela qual deve ser mantida, tal como inicialmente prolatada, razão pela qual entendo que o Recurso de Ofício apresentado NÃO DEVE SER PROVIDO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **232117.0903/09-8**, lavrado contra **LUIZ SOUZA NASCIMENTO (L.S. NASCIMENTO)**, devendo o presente processo ser encaminhado à repartição fazendária competente para os devidos fins.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS