

PROCESSO - A. I. Nº 232267.0011/09-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0113-01/11
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0390-11/11

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, apresentado para exame da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, constante do Acórdão nº 0113-01/11, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, que julgou pela Nulidade do Auto de Infração 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.

Consta, na descrição dos fatos, que foi constatada a irregularidade da falta de recolhimento de ICMS nas suas operações próprias, referentes aos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFES nºs 21373 a 21375, 21377, 21379 a 21380, 21382 a 21384, 21386 a 21388, 21398, 21403 a 21406, 214409, 214423 a 214424, 21437, 21485, 21487, 21490, 21503, 21505, 21508, 21651, 21665 a 21666 e 21761 a 21762. Consta, também, que o contribuinte não possui autorização junto à COPEC/SEFAZ, para prazo de recolhimento. ICMS no valor de R\$76.941,00, acrescido da multa de 60%.

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

“No Auto de Infração em lide, o autuado foi acusado da “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Foi dado como infringido o disposto no art.

353, II, do RICMS-BA. Para essa infração, foi aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

No Auto de Infração e no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a [...] falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS referente a operação própria [...].

De acordo com a acusação feita ao autuado, com os dispositivos legais citados no Auto de Infração e com a multa que foi imposta, sou levado a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária. Já se seguir a descrição dos fatos, encontro a acusação de falta de recolhimento do “ICMS referente a operação própria” Há, portanto, uma divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato descrito na autuação. Essa divergência torna insegura a determinação da infração apurada, bem como cerceia o direito de defesa do autuado.

O cerceamento de defesa fica ainda mais claro quando se observa que a defesa interposta girou em torno do pagamento do ICMS devido por substituição tributária e, no entanto, o Auto de Infração tratava de ICMS referente à operação própria do autuado. A insegurança na determinação da infração cerceou o exercício do direito de defesa de tal forma, que o autuado foi levado a se defender de algo que não era o efetivo objeto da autuação.

Apenas na informação fiscal, o autuante explica que o lançamento busca o pagamento do ICMS devido pelo autuado em suas operações normais, e não o ICMS devido por substituição tributária. Todavia, não há como se adequar o lançamento tributário para que a autuação se ajuste a essa nova acusação.

Considero que, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração em lide é nulo por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Não há como se corrigir tais falhas mediante diligência, pois elas são de tal gravidade que se torna necessário um novo Auto de Infração, livre desses vícios.

Apenas para robustecer a nulidade acima, a qual já fulmina de nulidade o Auto de Infração, saliento que o lançamento contém outros vícios formais, quais sejam, a falta de indicação da alíquota aplicada no Auto de Infração (fl. 1), a indicação equivocada da data de vencimento do débito no Auto de Infração e no Demonstrativo de Débito (fls. 1 e 2) e o valor referente ao campo “C. Monetária” no Demonstrativo de Débito (fl. 2).

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária competente para que determine o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Nesse contexto e obedecida a legislação vigente, precisamente o art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/BA, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 1ª JFJ que julgou Nulo o Auto de Infração epigrafado, composto de um lançamento, imputando a falta de retenção do ICMS por Substituição, nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Do exame da procedimentalidade, verifico que a Decisão recorrida se apresenta incensurável, ao julgar Nulo o Auto de Infração guerreado. 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.

Com efeito, 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.

Válido ressaltar o aspecto de que o autuante, embora no enquadramento normativo constante do Auto de Infração, cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição

de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, e que tratam de imposto devido por operação própria.

Nesse contexto, 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.

Logo, verifica-se 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, o que, por si só, geraria 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, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Em suma, o caso concreto é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

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 é princípio constitucional inafastável, tratando-se, portanto, de um vício substancial.

Ante o exposto, voto 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 nº 232267.0011/09-7, 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, 14 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS