

PROCESSO - A. I. N° 210663.0001/10-0
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0105-05/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0403-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indica de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Decretação, de ofício, Auto de Infração NULO. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0105-05/11, que considerou Prejudicada a defesa, e declarou Extinto o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração epigrafado, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$16.929,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Consignou a descrição dos fatos, nos Auto de Infração e Termo de Apreensão, como “*Falta de recolhimento do ICMS sobre a operação própria na saída de álcool hidratado combustível, conforme notas fiscais eletrônicas nº 22825 a 22827; 22830 e 22832.*”

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 17/19), concentrando sua defesa na suposta falta de recolhimento do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária, tendo o autuante, às fls. 52/55, prestado a informação fiscal de praxe, contestando as teses defensivas.

Em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal extinguiu o processo administrativo fiscal, com Decisão de teor adiante transcrita:

“A acusação fiscal consignada no lançamento de ofício é de que o autuado cometeu a seguinte infração: “*Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, tanto no Auto de Infração quanto no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a “*Falta de recolhimento do ICMS sobre a operação própria na saída de álcool hidratado combustível, conforme notas fiscais eletrônicas nº 22825 a 22827; 22830 e 22832.*”

Assim, após intimar o autuado para tomar conhecimento da real acusação fiscal e reabrir o prazo de defesa, o contribuinte, em nova manifestação, traz aos autos a informação de que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter a 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 (Processo nº. 0011845-65.2010.805.0001), o que lhe foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias.

Observo que o sujeito passivo, ao escolher a via judicial, se protegendo em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, conforme Processo nº 0011845-65.2010.805.0001, optou pela extinção do processo administrativo fiscal, desistindo da defesa com o ingresso em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a Decisão administrativa.

Assim, em face dos artigos 117 e 122, inciso IV, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, fica prejudicada a defesa e extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em

dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Em conclusão, declaro EXTINTO o processo administrativo fiscal, restando prejudicada a defesa apresentada.”

O autuado, através de representante legal, formalizou Recurso Voluntário (fls. 96/98), sustentando que a Decisão recorrida não poderia prosperar, porquanto se fundamentou na existência de Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, impetrado pelo recorrente.

Argumentou o recorrente que o único e exclusivo objeto do Mandado de Segurança é o de obter autorização para recolher o ICMS devido no início do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, portanto não se confundindo com o da autuação, na qual se discute o próprio mérito do lançamento fiscal, versando, inclusive, sobre valores, base de cálculo, multa, etc.

Arguiu que o próprio autuante, na informação fiscal, admitiu que a impetração do Mandado de Segurança impediria a SEFAZ de cobrar o imposto relativo à autuação, mas não de constituir-lo, portanto, a seu ver, nada impediria a efetivação do lançamento.

Destacou que: “*se nada impede a efetivação do lançamento, nada impede, também, que o contribuinte se defenda contra este! É totalmente irrazoável autorizar o Fisco a lançar, mas, ao mesmo tempo, não “autorizar o contribuinte” a apresentar defesa contra o lançamento, encaminhando-se o débito, automaticamente, para a dívida ativa!*”

Prosseguindo, reiterou a tese de que os objetos dos processos são diversos, não havendo qualquer razão que embase a suposta prejudicialidade da defesa apresentada e concluiu requerendo fosse o presente Recurso Voluntário conhecido e provido, para determinar à Junta de Julgamento Fiscal a apreciação do mérito da Impugnação, oportunamente apresentada pelo recorrente.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, na sua manifestação, após breve análise da matéria, emitiu Opinativo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob o seguinte fundamento:

“*A escolha pela via judicial foi feita pelo contribuinte após a autuação, na tentativa de lhe ver garantido o direito de recolher o ICMS no prazo normal.*

O mérito da presente autuação é exatamente a falta de recolhimento do ICMS na saída da mercadoria, já que o contribuinte não tem regime especial para recolhimento no 9º dia do mês subsequente.

Em sua defesa (fls. 64/68), o contribuinte contesta a exigência fiscal exclusivamente no aspecto do prazo do recolhimento, por entender que faz jus ao prazo do 9º dia do mês subsequente, não havendo alegação pertinente a base de cálculo, alíquota, etc.

Em sendo assim, conlui que o objeto do Mandado de Segurança é idêntico ao objeto da defesa apresentada, o que importa em desistência da discussão administrativa, conforme previsão nos arts. 117 c/c 122, IV, ambos do RPAF.”

VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decidindo a primeira instância pela extinção do processo administrativo fiscal, na linha de considerar prejudicada a Defesa apresentada, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Ocorre que, ao examinar as peças processuais constantes da procedimentalidade, constatei a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade da autuação, a qual pode e deve ser apreciada, de ofício, por este CONSEF, por se tratar de matéria de ordem pública, independendo de provocação das partes e do ingresso em juízo.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o 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 Tributária, 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 cite, no enquadramento normativo consignado no Auto de Infração, o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na

condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada, o preposto do Fisco aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 512-B, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, os quais tratam de imposto devido por operação própria.

De acordo com a descrição dos fatos, a acusação imputada e dispositivos legais citados no Auto de Infração leva-se a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária.

Porém, só na informação fiscal ficou claro versar a autuação sobre a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse contexto, sem margem a dúvida, existe uma clara divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato infracional na autuação.

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, 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, por gerar uma insegurança jurídica.

Registre-se que a regra do § 1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se à decretação da nulidade do Auto de Infração pela situação de incerteza nele existente, nesse passo, acarretando o cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa do sujeito passivo, não sendo 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.

Destaco, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, tal posicionamento, entretanto, pode representar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Concludentemente, comungando do entendimento já manifestado, através de diversas decisões proferidas por este Órgão julgador, em autuações idênticas, voto pela decretação de ofício da NULIDADE do presente Auto de Infração, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, isento de falha.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 210663.0001/10-0, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo da mencionada falha.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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