

**PROCESSO** - A. I. Nº 232278.0014/09-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 1ª JJF nº 0220-01/10  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 12/04/2012

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0104-11/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO APONTADA. Representação proposta com base § 1º do art. 114 do RPAF/99. 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. Auto de Infração **NULO**. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo a “...*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas á antecipação tributaria*”.

Através do julgamento proferido pela Primeira Instância – Acórdão JJF nº 0220-01/10 – o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o contribuinte se insurgido contra o Julgado interpondo Recurso Voluntário de fls. 53 a 60, que foi arquivado por intempestividade, mediante despacho de fl. 48, com ciência do arquivamento ao sujeito passivo efetuada nos termos da intimação de fls. 69.

Às fls. 72 e 73, consta Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, onde alega que a pessoa que recebeu a intimação do julgamento proferido pela 1ª JJF é estranha aos seus quadros, jamais tendo feito parte dos sócios ou empregados da empresa.

Solicitado pela Presidência do CONSEF a manifestação da PGE/PROFIS quanto aos argumentos apresentados na referida Impugnação – fl. 83 – aquele órgão se pronuncia às fls. 85 a 90, no sentido de que inexistente vício de notificação como alega o impugnante, ao fundamento de que pela Teoria da Aparência em consonância com o princípio da instrumentalidade processual, valida-se a citação e intimação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta

como sua representante legal e recebe a citação ou intimação sem qualquer manifestação a respeito da falta de poderes de representação. Conclui, assim, o seu opinativo pelo não Provimento da Impugnação ao Arquivamento.

Consignou, no entanto, que não obstante a ausência do vício apontado, se identifica no lançamento de ofício a existência de vício insanável no o que importa em declaração de sua nulidade.

Assim, aduziu que a tipificação da infração não condiz com a descrição dos fatos e que, por outro lado, ao prestar a informação fiscal, o próprio autuante admitiu tal fato, passando a fundamentar a autuação em outro dispositivo, art. 515-B do RICM, e não no art. 353, II do mesmo diploma legal, como consta do Auto de Infração.

Aduziu, ainda, que tal fato prejudicou a defesa do autuado, o qual tentou demonstrar suas razões de defesa insurgindo-se quanto à inocorrência de violação ao art. 353, II, que trata da obrigatoriedade de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, quando a JJF, por sua vez, julgou procedente a autuação por força da desobediência ao art. 515-B do RIMS, que se refere ao pagamento do ICMS devido por antecipação tributária da operação própria.

Conclui que apesar do Recurso Voluntário ser manifestamente intempestivo, é possível a aplicação do disposto no art. 114, II, do RPAF/BA, que estabelece que a Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa no caso em que se verificar existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante, sugerindo o acatamento do presente opinativo como Representação, nos moldes estabelecidos pelo §1º do art. 114 do mesmo diploma regulamentar.

Às fl. 91, consta Despacho da Procuradora Assistente acatando o opinativo em tela, ao tempo que encaminha os autos ao CONSEF.

Distribuído o processo a esta Relatora, em pauta suplementar submetemos à 1ª CJF a sugestão de encaminhamento dos autos à Presidência do CONSEF para apreciação do Recurso de Impugnação ao Arquivamento, por ser de sua competência, o que foi acatado por unanimidade.

Em Decisão de fl. 93, o Presidente do CONSEF conhece e nega provimento ao Recurso de Impugnação ao Arquivamento, seguindo o opinativo da PGE/PROFIS, ao tempo que também acata a sugestão do órgão jurídico para que seu opinativo seja processado como Representação, retornando os autos para esta Relatora para apreciação e julgamento.

## VOTO

Inicialmente, cumpre consignar que o Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81, disciplina em seu art. 119 a figura da Representação, a ser proposta pela PGE/PROFIS na hipótese de ocorrência das seguintes situações, expressas em seus incisos, sendo importante para a nossa apreciação a disposta no inciso II, já que utilizado por esse órgão jurídico como embasamento para a Representação ora em apreciação:

*“Art. 119. A Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, nos seguintes casos:*

*I - comprovação do pagamento antes da lavratura do Auto de Infração ou da notificação fiscal;*

*II - existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante;*

*III - superposição de valores já pagos ou reclamados mediante lavratura de Auto de Infração ou de notificação fiscal”. Grifos nossos.*

Por sua vez, em seu § 1º, determina que na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal representará ao Conselho de Fazenda Estadual para apreciação do fato, como abaixo transcrito:

*“§ 1º Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato.”. Grifos nossos.*

Do exposto, como de fato verifica-se no presente lançamento de ofício mácula que o inquina de vício insanável, mácula que foi detectada em vários outros autos de infração lavrados contra o mesmo contribuinte, e já objeto de julgamento por este Conselho de Fazenda, inclusive em processo apreciado por esta mesma Relatora, aqui transcrevo o voto por mim já proferido, e que se coaduna com a matéria ora ventilada, conquanto proferido em sede de Recurso Voluntário:

*“....De logo devemos consignar, comungando com o opinativo exarado pela PGE/PROFIS nos autos, que merece apreciação e acatamento a preliminar de nulidade do Auto de Infração epígrafado, pela existência de vício contido no presente lançamento de ofício que o contamina 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.*

*A 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 – art. 353, inciso II, do RICMS/BA - que não guarda relação com a infração lançada.*

*Registre-se que apenas restou 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 embasadores da exigência fiscal.*

*Assim, não há dúvida que a informação 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, contrariando o enunciado central assinalado no campo “Infração”, 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, princípio constitucional inefastável, 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.*

*Registre-se que, ao contrário do quanto afirmado pela JF, houve evidente cerceio ao direito de defesa do sujeito passivo, que baseou toda a sua impugnação na infração que lhe foi imputada – falta de recolhimento do ICMS-ST – o que importou, repetimos, em clara ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, como tão bem ressaltou a PGE/PROFIS. ”.*

Do exposto, votamos pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta para julgar NULO o Auto de Infração epígrafado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta para julgar NULO o Auto de Infração nº 232278.0014/09-0 lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE).

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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