

PROCESSO	- A. I. Nº 128983.0003/10-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0294-02/11
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 02/08/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0195-12/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Exigência de fato jurídico diverso daquele efetivamente ocorrido implicou preterição do direito de defesa. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 128983.0003/10-0, lavrado em 02/06/2010 na fiscalização ao trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor de R\$107.217,00, acrescido da multa de 60%, em razão da “*Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.*”

Consta, na descrição dos fatos, que o Fisco verificou a falta de pagamento do ICMS “normal”, referente aos DANFES citados no Auto de Infração - cópias às fls. 07 a 56. Consta também, no enquadramento normativo da infração, o artigo 353, II, do RICMS/BA, e a multa aplicada prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Termo de Ocorrências nº 110526.0015/10-8, assinado pelo preposto do transportador em 02/06/2010 no Posto Fiscal Honorato Viana, indicando como transportador a empresa LUBRIJAU Derivados de Petróleo Ltda., IE 76.325.343, às fls. 04 e 05.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 62 a 65, e acostou cópias de DANFES, de DAEs indicando o pagamento do ICMS devido pelo contribuinte substituto – código de receita 1006 (“ICMS contribuinte substituto do Estado”), e de comprovantes de pagamento emitidos por instituição bancária, às fls. 72 a 190.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 193 a 199 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações.

O julgamento unânime em Primeira Instância decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0294-02/11, às fls. 203 e 204. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

### VOTO

*Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, quando da fiscalização do trânsito de mercadoria, para exigir imposto imputando ao sujeito passivo à falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.*

*Portanto, a acusação consignada no Auto de Infração é bastante clara: falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Estando devidamente enquadrada no art. 353, II, do RICMS-BA, in verbis:*

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*Como não poderia deixar de ser o sujeito passivo se defendeu da acusação que lhe foi imputada, acostando aos autos cópias de diversos DAE- Documento de Arrecadação Estadual para comprovar que reteve e recolheu o ICMS- Substituição Tributária.*

*Ocorre que o próprio autuante ao prestar informação fiscal, contradizendo ao que consignou no Auto de Infração, afirmou que o autuado recolheu o ICMS relativo a substituição tributária de maneira correta,*

*passando a imputar ao sujeito passivo uma infração diferente, imputando outra irregularidade, repito, na informação fiscal, que o contribuinte não teria recolhido o imposto devido nas operações próprias, enquadrando no art. 515-B, II c/c 126, IV do RICMS/BA.*

*Entretanto, não resta dúvida que o autuado, ao impugnar o lançamento, demonstrou claramente que pretendia defender-se de acusação de falta de retenção do ICMS-ST, tanto que chegou a alegar erro na apuração do imposto lançado, por ter englobado o ICMS das operações próprias, ficando evidente que não compreendera a acusação fiscal, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada.*

*Portanto, ficou evidente a falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, bem como indicação de enquadramento da infração e tipificação de multa sem vinculação com o fato constatado, afrontando o princípio do devido processo legal, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa do autuado, pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, vício que enseja a nulidade da autuação, de acordo com o art. 18, IV, "a" do RPAF/BA, e recomendo à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos.*

*Devo ressaltar que esse entendimento já se encontra consolidado na jurisprudência deste Órgão Julgador, à título de exemplo, cito os Acórdãos N°s 0198-11/11 e 0178-11/11, ambos da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.*

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

A Junta de julgamento recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Não merece reparo a Decisão recorrida.

Analisando os autos deste processo, verifico que se trata de situação de nulidade por contradição entre o fato constatado e o fato descrito no Auto de Infração, o que gera falta de segurança quanto à infração apontada. Assim, 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-B, 515-B e 518-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.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida.

## **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 128983.0003/10-0, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE), recomenda-se à autoridade competente a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS