

PROCESSO	- A. I. N° 232278.0007/10-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0099-04/12
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 16/08/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0207-12/12

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 232278.0007/10-8, lavrado em 04/06/2010 na fiscalização ao trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor de R\$97.812,00, 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. 08 a 43. 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 110526.0016/10-4, assinado pelo preposto do transportador em 02/06/2010 no Posto Fiscal Honorato Viana, indicando como transportador a empresa Petróleo do Valle Ltda., IE 76.325.343, às fls. 05 e 06.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 50 a 53, 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. 60 a 167.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 170 a 175 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações.

À fl. 179, em sessão de pauta suplementar a 4ª JJF converteu o PAF em diligência para que o autuado fosse intimado da informação fiscal com o enquadramento no artigo 515-B do RICMS-BA (operação própria de AEHC) e reabertura de prazo para defesa.

O contribuinte voltou a manifestar-se às fls. 184 a 188.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 195 a 200, mantendo a autuação.

O julgamento unânime em primeira instância decidiu pela nulidade do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0099-04/12, às fls. 202 a 205. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

No auto, a infração está descrita como falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, a enquadrando no art. 353, inciso II do RICMS-BA.

Inicialmente contribuinte o impugnou argumentando que o ICMS devido por substituição discriminado nas NFs-e fora recolhido conforme DAEs que anexou.

Por sua vez, na informação fiscal, o autuante informou que o que efetivamente exige é o pagamento do ICMS relativo às operações próprias conforme previsto no art. 515-B do RICMS-BA. Em face dessa clara desconformidade entre a descrição e tipificação da infração no auto e a exação de fato, àquela altura entendendo isso constituir-se vício saneável com reabertura de prazo para que o contribuinte se manifestasse sobre a real exação, em 27/10/2011 a 4ª JJF converteu o PAF em diligência nesse sentido.

Embora, posteriormente, o contribuinte tenha impugnado o lançamento com o novo enquadramento especificado pelo autuante na informação fiscal, sobrevindo em 19/11/2011 na 2ª Instância deste CONSEF, Decisão pela nulidade de julgamento de 1ª Instância em caso semelhante (ACÓRDÃO CJF N° 0397-11/11), corroborando o fundamento exposto no acórdão citado, entendo que a divergência aventada, absolutamente vicia o lançamento vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Portanto, pedindo vênia para, a título ilustrativo, transcrever o voto do ilustre relator do Acórdão CJF N° 0397-11/11 que foi acolhido por unanimidade, com base no art. 18, inciso IV do RPAF, declaro nulo este Auto de Infração e com fundamento no art. 156 do mesmo regulamento, recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, no sentido de exigir eventual crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

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 provação 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 dúvidas, 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 a 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.

Diante do exposto, 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.

Analizando 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 232278.0007/10-8, 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, 18 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