

PROCESSO	- A. I. N° 211841.0106/10-0
RECORRENTE	- PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0231-04/11
ORIGEM	- IFMT DAT-SUL
INTERNET	- 22/08/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0211-12/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique, de forma clara, a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Imputação nula. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração NULO. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 211841.0106/10-0, lavrado em 30/10/2010 para exigir ICMS no valor de R\$4.115,05, acrescido da multa de 60% sobre o valor do imposto, em razão da “*Falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria.*” Consta, no enquadramento normativo da infração, o artigo 515-B, II, c/c §2º, do RICMS/BA, e a multa aplicada prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei n° 7.014/96.

Consta, na descrição dos fatos: “*Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, no primeiro Posto Fiscal de fronteira ou do percurso, relativo às entradas de AEHC [Álcool Etílico Hidratado Combustível], oriundo de unidade da Federação não-signatária do Protocolo ICMS 17/04. CONF. Art. 515-D do RICMS/BA*”.

Termo de Ocorrências n° 211841.0114/10-3, lavrado em 30/10/2010 e assinado pelo preposto do transportador em 02/06/2010 no Posto Fiscal Jaime Baleiro, indicando como transportador a empresa Transportadora Irmãos Moreira Ltda., IE 76.325.343, às fls. 04 e 05.

Cópia de Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE à fl. 06.

Cientificado da autuação, o contribuinte ingressou com impugnação às fls. 24 a 27, em síntese inicialmente aduzindo que de acordo com o artigo citado no Auto de Infração ele, impugnante, incorreria na falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria e que na descrição dos fatos, foi relatado que ele, defendant, não realizara o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial no primeiro posto fiscal do percurso, relativo à entrada de AEHC, oriundo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 17/04. Insurgiu-se contra ambas as imputações e contra a multa indicada pelo Fisco.

Preposto Fiscal designado prestou informação fiscal às fls. 38 a 40, em suma afirmando a procedência do Auto de Infração pelo fato de que a mercadoria (AEHC) estava acompanhado do DANFE 4784, emitido em 29/10/2010, oriundo de Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 17/04 e sem o correspondente comprovante de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, conforme o artigo 515-D do RICMS/BA, e que houvera um equívoco quanto à indicação da infração, porém a descrição dos fatos evidenciaria o enquadramento legal e, de acordo com o artigo 19 do RPAF/99, isto não implicaria nulidade do processo fiscal, desde que a descrição identificasse claramente qual fora a infração cometida; que não houvera impedimento da utilização do crédito fiscal e portanto não se ferira o princípio da não cumulatividade, e que o impugnante tem vários Autos de Infração contra si lavrados, tendo sido a empresa colocada em

regime especial de fiscalização em 01/07/2011 conforme Comunicado nº 003/2011, da Superintendência de Administração Tributária – SAT.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0231-04/11, às fls. 43 a 45. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

**VOTO**

*Inicialmente devo salientar que o presente Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias faz o enquadramento da infração de acordo com o Art. 515-B, II do RICMS/BA (recolhimento do ICMS PRÓPRIO nas saídas internas ou interestaduais de AEHC não destinado ao uso automotivo) e na descrição dos fatos expõe que o impugnante deixou de proceder ao recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL no primeiro posto fiscal de divisa ou do percurso, relativo às entradas de AEHC oriundo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 17/04. O auto está revestido das demais formalidades exigidas por lei, como identificação da mercadoria e do seu responsável, do valor de ICMS lançado e da multa aplicada, além do termo de apreensão da mercadoria e da tomada de ciência do autuado e o seu consequente exercício do direito de defesa.*

*O autuante reconhece o equívoco na tipificação da infração, ao enquadrar o fato no Art. 515-B, II do RICMS/BA, embora tenha descrito a infração como sendo referente à falta de antecipação parcial do ICMS no primeiro posto fiscal após a entrada das mercadorias no Estado da Bahia. A respeito de eventual divergência entre a tipificação e a descrição do fato, vejamos o que diz o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu capítulo V, Art. 18, § 1º:*

*"As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente...."*

*O próprio impugnante em sua defesa à fl. 25 afirma que "na descrição dos fatos constantes no Auto de Infração, foi relatado que a impugnante não realizou o recolhimento do ICMS referente à ANTECIPAÇÃO PARCIAL no primeiro posto fiscal..." não havendo equívoco, por parte do autuado, quanto à natureza da infração que lhe foi imposta.*

*Ainda assim, em questão de mérito, o impugnante sustentou a sua defesa em duas vertentes: 1) da ilegalidade da cobrança do ICMS PRÓPRIO, desconsiderando a descrição do fato, que trata da ANTECIPAÇÃO PARCIAL, sendo que o texto legal do Art. 515-B exige o recolhimento do ICMS PRÓPRIO nas saídas internas e interestaduais e a situação na ação fiscal era relativa à "entrada" de AEHC e não de saída. A impugnante quis privilegiar a tipificação em detrimento da descrição do fato, quando a própria tipificação do Art. 515-B trata de situação totalmente inversa à que estava ocorrendo; 2) aduziu a impossibilidade do exercício do seu direito ao uso do crédito fiscal, implicando em ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS. Tal argumento não prospera, visto que em momento futuro, quando das saídas internas do AEHC para os postos de combustíveis, todos os valores de ICMS pagos anteriormente, inclusive o ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, contam como créditos, de forma que do cálculo do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA a pagar, considera-se todos valores recolhidos em momentos anteriores, obedecendo-se ao princípio da não cumulatividade.*

*Quanto à legalidade do lançamento não resta qualquer dúvida, tanto pela leitura do Art. 515-D, quanto pelo entendimento do Art. 352-A abaixo transcrito:*

*Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

*I - .....*

*II - .....*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.*

*Quanto ao pedido de exclusão de multa, cabe à Câmara Superior do CONSEF e não à Junta, conceder redução ou a exclusão da multa oriunda de descumprimento da obrigação principal (Art. 158 do RPAF). Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 54 a 61, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese o Recorrente suscita preliminar de nulidade frente à dupla imputação contida no Auto de Infração, citando

dispositivos do artigo 18 do RPAF/99, e Acórdãos deste Conselho de Fazenda. Em seguida fala sobre não-cumulatividade do ICMS, cita a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, e insurge-se contra a multa indicada no Auto de Infração.

O Recorrente conclui pedindo o julgamento pela reforma da Decisão objeto do Recurso, com a declaração de nulidade da autuação, sucessivamente a declaração de improcedência da autuação e, alternativamente, a exclusão da multa e dos juros “imputados”, em razão de sua boa-fé.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 73 e 74 opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto. Aduz ser nula a autuação por divergência entre a tipificação e a descrição fática, cita jurisprudência deste Conselho de Fazenda e entendimento adotado pela PGE/PROFIS sobre o tema.

À fl. 75, Despacho da Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS endossando o opinativo jurídico no sentido do Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância.

Com a devida vênia, constato que merece reparo a Decisão recorrida.

Analisando os autos deste processo, verifico que se trata de situação de nulidade por contradição entre duas acusações distintas lançadas no Auto de Infração em relação a um mesmo fato da vida. Assim, a imputação contida no campo “Infração” é a de falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. E ao mesmo tempo, no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração, o agente fiscal relata que o contribuinte deixou de recolher o imposto devido por antecipação parcial. Ambos os campos que menciono estão à fl. 01 dos autos deste processo.

O sujeito passivo, na impugnação originária, defendeu-se das duas imputações. Isto não significa que existiu clareza na acusação, e sim, ao contrário, possivelmente decorre da duplicidade de acusações.

Também não se trata, na situação em lide, de mera indicação equivocada de dispositivo normativo, o que poderia ser sanado, certamente, se correta a descrição da imputação. Portanto, não se configura a situação de aplicação do artigo 19 do RPAF/99.

A existência de imputações contrárias sobre o mesmo fato é situação que gera falta de segurança quanto à real infração apontada. Assim, a acusação no Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria, que deveria ser pago pelo recorrente em decorrência da saída da mercadoria, e ao mesmo tempo o fato imputado contido no campo da descrição dos fatos, descrição corroborada pelo Fisco ao ser prestada a informação fiscal, trata do imposto relativo à antecipação parcial devida pelo contribuinte em razão de operação de aquisição da mercadoria pelo sujeito passivo. Ainda que o Fisco haja citado o artigo correto do RICMS/BA no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração, por se tratar de alegada irregularidade correlata com descumprimento do artigo 515-D do RICMS/BA, a causa da nulidade do Auto de Infração persistiria, porque essa não é apenas a tipificação incorreta, e sim a causa da nulidade neste processo em específico é a descrita duplicidade de acusações frente a uma mesma operação, causando incerteza quanto ao objeto da imputação.

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 PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão de primeira instância julgando-se NULO o Auto de Infração 211841.0106/10-0

lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA., ao tempo em que recomendo à autoridade competente a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do autuado.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 211841.0106/10-0 lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, recomendando à autoridade competente a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS