

**PROCESSO** - A. I.Nº 124157.0008/11-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - WELLIGTON FONTES DOS SANTOS  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 04/10/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0270-12/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II e §1º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, pugnano pela nulidade do procedimento fiscal e a renovação do procedimento fiscal, imune de falhas. O Auto de Infração, além de conter inúmeros erros, tanto de ordem material quanto formal, foi lavrado contra o consumidor final, quando deveria tê-lo feito contra a empresa emitente do documento fiscal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação encaminhada a este CONSEF pela d. PGE/PROFIS, através de Parecer de fls. 86 a 91, da lavra da procuradora Maria Olívia T. de Almeida, ratificado pelo despacho à fl. 92 da ilustre procuradora assistente Aline Solano Souza Casali Bahia, propugnando, com fundamento no art. 119, II, e § 1º do COTEB – Lei nº 3.956/81, a declaração de nulidade do procedimento fiscal e a renovação da ação fiscal.

Destaca a PGE/PROFIS que o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/02/2011, no valor de R\$20.138,03, acrescido da multa 60%, segundo o autuante, atende a orientação emanada da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no sentido da renovação do procedimento fiscal anteriormente realizado, Auto de Infração nº 124157.0755/09-9, julgado Nulo. Cita que este Auto de Infração fora lavrado contra a empresa MARCOPOLO S/A, sob a acusação de falta de retenção de ICMS e o conseqüente recolhimento pelo sujeito passivo por substituição, nas vendas à contribuinte localizado neste Estado (Protocolo ICMS 49/2008).

Menciona que o autuado, no feito anterior (Marcopolo), apresentou defesa afirmando que vendeu para a pessoa física, Sr. Wellington Fontes dos Santos, através da nota fiscal nº 013.42, “*um ônibus completo Volare V6 com capacidade para 24 passageiros + 1 auxiliar*”, afirmando que tal produto não está sujeito a substituição tributária, pois não se enquadra na hipótese da norma veiculada pelo Protocolo ICMS 41/2008.

Ainda em relação ao feito anterior, cita que o preposto fiscal, ao apresentar a informação fiscal, aduziu que mesmo não sendo o caso de aplicação do Protocolo ICMS 41/2008, estaria o Autuado, da mesma forma, obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, haja vista a norma insculpida no Convênio ICMS 132/92. Ou seja, para o autuante, não importa se o produto comercializado foi o veículo completo ou apenas em parte (carroceria), pois, de qualquer sorte, estaria o autuado obrigado a reter e a recolher o imposto.

Destaca que, por ocasião do julgamento do Auto de Infração (o anterior), a 1ª JF observou, de plano, que o Protocolo ICMS 41/2008, alterado pelo de nº 49/2008, é norma inteiramente diversa da do Convênio ICMS 132/92, uma vez que aquele Protocolo versa sobre peças, partes, componentes e demais produtos listados no Anexo Único, enquanto que o Convênio ICMS 132/92 diz respeito a operações de saídas com veículos novos relacionados no Anexo II.

Observa que a JJF ao se referir à nota fiscal nº 013.427, identifica como adquirente do micro ônibus a pessoa física do Sr. Wellington Fontes dos Santos, que não é contribuinte do ICMS, e que este adquiriu o bem diretamente da Marcopolo S/A. Assim, se trata de *“operação de saída de um produto acabado, no caso o veículo”* sendo aplicável à situação o regramento previsto no Convênio ICMS 51/00, que obriga o remetente a recolher a parcela do imposto devido ao Estado da Bahia.

Cita a ilustre representante da PGE/PROFIS que a Junta de Julgamento explicou que *“malgrado esteja o autuante certo ao afirmar que, de qualquer sorte, estaria o remetente obrigado a recolher a parcela do imposto devido, o fato do Autuado ter sido acusado de haver descumprido as disposições de determinada norma (Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo de nº 49/08)”*, fez com que a defesa fosse pautada nesses termos, não podendo depois de apresentada a informação fiscal, aduzir ser o caso de outra norma, qual seja o Convênio ICMS 132/92.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu ser Nulo aquele Auto de Infração por entender que o autuado foi cerceado no seu direito de ampla defesa e do contraditório, além de que, *“tratando-se de faturamento direto para o consumidor, conforme se pode inferir da análise da Nota Fiscal nº 013.427, é aplicável ao caso as disposições do Convênio ICMS 51/00 e não do Convênio ICMS 132/92”*.

Voltando para a situação do presente Auto de Infração, menciona que o autuante, após cientificado da Decisão anterior, renovou a ação fiscal e, com base na mesma nota fiscal, modificou o sujeito passivo da relação tributária, indicando como autuado o Sr. Wellington Fontes dos Santos e, mesmo aduzindo, em conformidade com o quanto recomendado pelo CONSEF, que a operação sujeitava-se às normas do Convênio ICMS 51/00, repetiu o mesmo erro de outrora ao descrever a infração como: ***“deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia”***. Observa, ainda, que parecendo que o autuante não ter entendido que a 1ª JJF afastou a aplicação à espécie vertente do Convênio ICMS 132/91, citou esta norma como enquadramento legal da infração.

Tendo sido o autuado declarado revel, foi efetuada intimação ao depositário das mercadorias, PEÇA FÁCIL – Veículos Peças e Serviços Ltda., que compareceu aos autos, inicialmente para impugnar o depósito, aduzindo que a mercadoria apreendida não se encontra sob sua guarda, estando esta de posse do adquirente da mercadoria, o Sr. Wellington Fontes dos Santos acrescentando que, *“não firmou qualquer compromisso de depósito e guarda da mercadoria apreendida através do presente procedimento. Logo, deve ser suspenso qualquer ato capaz de ensejar a aplicação das sanções previstas no art. 168 do Código Penal e art. 652 do Código Civil de 2002”*.

Acrescenta que a empresa PEÇA FÁCIL apresentou à PGE/PROFIS pedido de representação ao CONSEF, ao apela da legalidade, alegando: I) que a situação descrita pelo autuante não ocorreu quando da lavratura deste novo procedimento; II) que, como o primeiro Auto de Infração, este também é nulo, pois sua descrição fática não está em conformidade com o fato real e o direito aplicável; III) que inexistente a prova material da infração, uma vez que não houve, neste feito, apreensão da mercadoria, tampouco depósito; IV) que está sendo, ilegalmente, apontada como depositária infiel; V) que a infração ora indicada como ocorrida no trânsito de mercadorias, é desprovida de prova, haja vista que a circulação do veículo ocorreu dois anos antes da lavratura do presente procedimento; VI) que o Termo de Depósito posteriormente lavrado é insubsistente, porque nem mesmo consta a assinatura do depositário e VII) que o Sr. Wellington Fontes dos Santos não é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, mas o fabricante, ou seja, a empresa MARCOPOLO S/A.

Após as considerações acima, a representante de PGE/PROFIS adentra ao Parecer propriamente dito, esclarecendo, de início, que a empresa PEÇA FÁCIL LTDA. possui legitimidade para postular

no presente feito, à luz do Art. 4º do RPAF/BA, o qual transcreveu e que, quanto ao mérito, há de se reconhecer o acerto do quanto expendido pelo requerente em sua promoção.

Transcreve a regra insculpida pelo § 3º, do art. 18 do RPAF/BA, observando que não caberia na nova ação fiscal a lavratura do Termo de Depósito embutido no Termo de Ocorrência Fiscal. Observa também que, quando da decretação da nulidade do Auto de Infração, todos os demais atos diretamente dependentes dele foram anulados também, desaparecendo, assim, o Termo de Apreensão e o Termo de Depósito anteriormente lavrados.

Menciona que inexistente a relação de depósito configurada neste processo, primeiro porque o termo respectivo é totalmente inexistente, posto que nem assinado foi por aquele que supostamente assumiria o seu ônus e, segundo porque não poderia o autuante valer-se do primeiro Termo de Apreensão e Depósito, lavrado quando do Auto de Infração anterior, haja vista que, tendo este sido decretado nulo, todos os atos dele diretamente dependentes ou conseqüentes também foram anulados.

Aduz que a nova ação fiscal deveria se reportar à nota fiscal objeto da autuação, devendo o autuante carrear aos autos a prova de que não tivera havido, até a data da autuação, o recolhimento do ICMS reclamado. Assevera, assim, que não somente é nulo o Termo de Depósito lavrado neste procedimento, mas, também, o é toda a nova ação fiscal.

Destaca que o autuante, contrariando a orientação do CONSEF, lavrou o Auto de Infração contra o consumidor Wellington Fontes dos Santos, quando deveria tê-lo feito contra a empresa MARCOPOLO S/A, estando, também, em desconformidade com o quanto decidido anteriormente a aplicação da norma aplicável à espécie.

Além de todos estes fatos, enumera a PGE/Profis, *“E como se não bastasse, descreveu, erroneamente, a infração como: ‘deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia’ repetindo o mesmo erro de outrora”*. Indaga a seguir que tendo o Auto de Infração sido lavrado contra a pessoa física, não contribuinte do ICMS, como poderia o autuante atribuir-lhe a condição de **sujeito passivo por substituição**?

Em razão de todo o exposto, submete o assunto ao Eg. CONSEF para apreciação, pugnando pela nulidade do novo procedimento e renovação da ação fiscal, imune das falhas apontadas.

Através do despacho exarado à fl. 92, a ilustre procuradora assistente em exercício, Aline Solano Souza Casali Bahia, acolheu e acompanhou, integralmente, o Parecer supra.

## VOTO

A matéria submetida ao exame deste Colegiado cinge-se à hipótese de controle da legalidade levado a efeito pela PGE/PROFIS ante a flagrante ilegalidade presente no Auto de Infração sob análise.

Destaco, de imediato, que a presente Representação merece ser acolhida, visto que, os inúmeros vícios presentes no procedimento fiscal, tanto de ordem formal quanto material, todos muito bem delineados pela PGE/PROFIS, conduzem à nulidade do lançamento. E isto fica claro ao se destacar o que segue:

- 1) Auto lavrado sem saneamento, isto é, com ausência de oposição do “visto” pela autoridade fazendária;
- 2) Descrição dos fatos não condizente com a situação fática dos autos: cita que “em data, local e hora” isto é, 23/02/2011, no Posto Fiscal Honorato Viana, às 15:29h, constatou a circulação de veículo novo, tipo ônibus, acobertado pela NFe nº 0-13.427 (...), situação esta não ocorrida, visto

que o documento fiscal foi emitido em 30/09/2009, portanto não poderia estar sendo utilizado para acobertar o “trânsito” de uma mercadoria em 23/02/2011;

- 3) Auto lavrado com base em Termo de Ocorrência Fiscal (Termo de Apreensão) inócuo e ineficaz, visto que, além de não representar uma ocorrência constatada na data nele indicada, se encontra sem assinatura do detentor das mercadorias, do transportador e do depositário.
- 4) Acusação de que o autuado, adquirente da mercadoria, pessoa física, não contribuinte do ICMS, *“deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”* é totalmente descabida, vez que o adquirente da mercadoria, neste caso, não pode ser considerado sujeito passivo por substituição;
- 5) Utilização incorreta de norma legal – Convênio ICMS 132/92 – para enquadrar a suposta infração.

Observo que, se poderia, ainda, elencar outros erros presentes no lançamento, entretanto, ante a clareza destes no Parecer da PGE/PROFIS, se torna desnecessário apontá-los.

Neste sentido, acolho a Representação da PGE/PROFIS para julgar Nulo o presente Auto de Infração, devendo a autoridade fazendária competente, determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, levando em conta a observação contida no Acórdão nº 0113-01/10 pertinente ao Auto de Infração anterior, também julgado nulo e referente à mesma operação que motivou o auto ora em apreciação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0008/11-0** lavrado contra **WELLIGTON FONTES DOS SANTOS**, devendo o recorrido e a empresa **PEÇA FÁCIL – Veículos Peças e Serviços Ltda.**, esta na condição de postulante da representação, serem cientificados desta Decisão, e os autos encaminhados para a repartição fiscal de origem no sentido de que a autoridade fazendária competente, determine a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR.DA PGE/PROFIS