

PROCESSO - A. I. Nº 206920.0902/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VICTÓRIO MITSUKASO OBATA (FAZENDA CALIFÓRNIA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0099-04/13
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET -11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0284-12/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO APONTADA. Desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal. Dois fatos geradores do ICMS que ensejam menção de dispositivo de lei infringido distintamente. 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 específico não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nesta oportunidade processual tratam os autos de Recurso de Ofício apresentado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em obediência ao disposto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, visando o exame da sua Decisão, consubstanciada no Acórdão nº 0099-04/13, que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias, imputando ao sujeito passivo o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS de ter deixado de proceder o recolhimento do ICMS substituído, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, gerando um débito de ICMS no montante de R\$134.919,96, correspondente aos meses de abril e julho de 2008, decorrente de ação fiscal relativo ao período fiscalizado de 01/01/2007 a 31/12/2010.

Consta da descrição dos fatos que, no exercício de 2008, mês de abril, o autuado efetuou venda de soja para outro produtor rural sem o pagamento do ICMS devido, no valor de R\$30.013,34; bem assim, no mês de julho de 2008, remeteu para armazenagem em Armazém Geral, algodão em pluma, não tendo comprovado o retorno, gerando um débito de ICMS de R\$104.906,62.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF no sentido de ser nulo o Auto de Infração, teve os seguintes fundamentos, *verbis*:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$134.919,96, relativo a uma infração em razão de ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS substituído, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, decorrente de dois fatos geradores a seguir descritos. O primeiro, com data de ocorrência 30/04/2008, refere-se à venda de soja em grãos para outro produtor rural, contribuinte não habilitado para o ICMS diferido, sem o pagamento do ICMS devido no valor total de R\$30.013,34; o segundo, com data de ocorrência em 30/07/2008, refere-se a remessa para armazenagem em Armazém Geral de algodão em pluma, não tendo comprovado o retorno, gerando um ICMS devido no valor de R\$104.906,62.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide.

A análise da descrição dos fatos, associado ao enquadramento da infração, art. 342 e 343, combinado com artigos 347, 348 e 65 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, apresenta com existência de vício de nulidade, consoante o disposto no art. 18, inciso II, alínea “a” do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.729/99, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração efetivamente cometida, vez que há dois fatos distintos que não se pode associar a uma mesma capitulação legal, como foi procedido na autuação.

Sobre a ocorrência de 30/04/2008, no valor de R\$30.013,34, referente a venda de soja em grãos para outro produtor rural, contribuinte não habilitado para o ICMS diferido, sem o pagamento do ICMS devido, o enquadramento poderia ter sido realizado, como de fato ocorreu, amparado nos art. 342 e 343, combinado com artigos 347 e 348 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Por sua vez, a ocorrência de 30/07/2008, no valor de R\$104.906,62, que se refere à remessa para armazenagem em Armazém Geral de algodão em pluma, não tendo comprovado o retorno, o enquadramento que me apresenta correto são os artigos 668 e 669, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, combinado com art. 670 do mesmo diploma legal.

Assim, em que pese as disposições do artigo 19 do RPAF-BA, onde diz que o erro na indicação de dispositivo regulamentar, não implica nulidade da autuação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal; observo que, no caso concreto, objeto em análise, há dois fatos geradores do ICMS que ensejam menção de dispositivo de lei infringido distintamente. Portanto, verifico uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal.

Não obstante tais considerações, é oportuno observar que o autuado não questiona, em nenhum momento da sua manifestação de defesa, a nulidade da autuação por vício de forma no lançamento fiscal. Na realidade o que o autuado aponta na sua defesa, são os erros cometidos pelo Fiscal Autuante na composição dos demonstrativos de débitos tanto da ocorrência de 30/04/2008 (fl. 15), como a de ocorrência de 30/07/2008 (fl. 05), com exigência de ICMS nos valores de R\$30.013,34 e R\$104.906,62, respectivamente

Após a análise das considerações do autuado, em sua manifestação de defesa acostada aos autos à fl. (37 a 42), o autuante, em sua informação fiscal (fl. 75 a 76) apresentou novos demonstrativos de débito tanto para a ocorrência de 30/04/2008 (fl. 78), como para a de ocorrência de 30/07/2008 (fl. 77), com apuração de débito de ICMS nos valores de R\$ 26.535,98 e R\$8.402,48, respectivamente.

Em que pese o autuante, em sua informação fiscal, ter acatado algumas observações de erro apontadas na manifestação de defesa, o autuado quando tomou ciência do resultado da informação fiscal na forma do art. 109, inciso I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, apresentou nova manifestação (fl. 82 a 87), com inserção de elementos novos em relação à data de ocorrência do dia 30/07/2008, que necessita ser analisado pelo autuante, em respeito ao princípio da verdade material do processo administrativo fiscal, o que não foi observado nos autos.

Entende-se que, ainda que os fatos probantes requeridos ou produzidos não atentem para alguns requisitos formais, importa conhecer o que de fato aconteceu, ou seja, tais novos elementos enseja que o autuante manifeste acatando ou não as novas considerações, inclusive, com fundamentação se assim necessitar.

Desta forma, independente da falta de manifestação do autuante em relação aos elementos novos trazidos aos autos pelo autuado após a informação fiscal, é de se concluir que a divergência relatada anteriormente, vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação o que enseja nulidade da autuação.

Por todo o exposto, com base no art. 18, inciso IV, combinado com art. 19 do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração, porém, ancorado no art.156 do mesmo diploma legal, represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário devido a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, observando os novos elementos acostados aos autos às fls. 82 a 93 pelo autuado, em conformidade com o princípio da verdade material intrínseco do processo administrativo fiscal. Recomendo que o procedimento fiscal seja renovado a salvo da falha apontada."

Daí, nos termos da legislação vigente, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 4ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração epigrafado, o qual imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS substituído, na condição de responsável do imposto diferido, gerando um débito de ICMS no montante de R\$134.919,96, relativo aos meses de abril e julho de 2008, decorrente de ação fiscal atinente ao período fiscalizado de 01/01/2007 a 31/12/2010.

Verifica-se que a autuação foi apurada em função de dois fatos geradores. O primeiro refere-se à venda de soja em grãos para outro produtor rural, contribuinte não habilitado para o ICMS diferido, sem o pagamento do ICMS devido no valor total de R\$30.013,34 com data de ocorrência 30/04/2008; o segundo reporta-se à remessa para guarda em armazém geral de algodão em pluma, sem comprovação do retorno da mercadoria, apurando-se um ICMS devido no valor de R\$104.906,62.

Do exame da procedimentalidade, verifico que a Decisão recorrida, ao julgar Nulo o Auto de Infração guerreado, se apresenta incensurável.

Ocorre que o vício contido no lançamento de ofício contamina-o de forma insanável, visto que se constata a existência de dois fatos geradores distintos, com imputações específicas previstas no âmbito da legislação estadual: para o primeiro, os artigos 342 e 343 e, em relação ao segundo, os artigos 668 e 669, todos do RICMS/BA, portanto, sendo impossível enquadrá-los em uma mesma capitulação legal, como concretizado na autuação sob análise.

Assim, fácil é perceber a ocorrência de erro na capitulação legal da infração imputada ao sujeito passivo, o qual não pode ser corrigido, na medida em que induziu o contribuinte a apresentar impugnação dissociada do fato infracional detectado pela fiscalização.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal autuante, ao efetuar o lançamento tributário de ofício, incorreu em erro, porquanto, no campo específico, efetivou um enquadramento legal, situação capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela outra realmente infringida.

Logo, verifica-se 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, o que, por si só, gera 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, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Em suma, o caso concreto é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

Registre-se que a regra do §1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso concreto, porquanto tal dispositivo apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais, mas, no particular, não há meras incorreções, omissões ou inobservância de exigências formais, posto que o erro apontado tornou inseguro o lançamento tributário, nesse passo, cerceando o direito de defesa do contribuinte, princípio constitucional inafastável, constituindo-se em um vício substancial.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado, ao tempo que, nos termos do art. 156 do RPAF, representa-se à autoridade fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a salvo de falhas no objeto do presente lançamento de ofício, em conformidade com o art. 18, inciso IV, do RPAF/99.

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 **206920.0902/12-0**, lavrado contra **VICTÓRIO MITSUKASO OBATA (FAZENDA CALIFÓRNIA)**. Representa-se à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha acima apontada para se apurar o tributo relativo à operação objeto do presente lançamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ÂNGELI MARIA MAGALHÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS