

PROCESSO - A. I. Nº 233048.0005/09-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EDVALDA DE SÃO PEDRO SILVA (O MANGUEIRÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0284-01/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJP Nº 0040-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento tributário, quanto ao segundo item do Auto de Infração, é nulo, pois está em desconformidade com o disposto no artigo 39, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. O método de apuração do imposto devido, do modo como conduzido pelo fisco, é prejudicial ao sujeito ativo e não pode ser corrigido mediante diligência. Infração nula. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte a presente autuação, lavrada para exigir ICMS em decorrência de dois ilícitos tributários distintos, sendo objeto de revisão por esta Câmara apenas a infração 2, a seguir descrita:

INFRAÇÃO 2. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no exercício de 2007. Lançado ICMS no valor de R\$ 31.140,48, mais multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal, no particular, dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"A Infração 02 trata de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamento das vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito, conforme o demonstrativo de fl. 75. Embora nesse demonstrativo a autuante tenha apurado o imposto devido mensalmente, o débito tributário foi lançado tendo como data de ocorrência o último dia do exercício fiscalizado (fl. 2). Assim, os acréscimos tributários passaram a ser computados apenas a partir de 31/12/07, em claro prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Tendo em vista que era possível efetuar o levantamento do débito tributário por período mensal, não se pode aplicar ao presente caso as disposições contidas no § 2º do artigo 39 do RPAF/99, como fez a autuante ao considerar o tributo como devido no último mês do período fiscalizado. Nesse dispositivo citado, o legislador pretendeu preservar o direito do Estado ao estabelecer que quando não fosse possível discriminar o débito por períodos mensais, o tributo deveria ser considerado como devido no último dia do período fiscalizado. Porém não foi este o caso do levantamento conduzido pela fiscalização.

Considerando que esse método de apuração acarreta claro prejuízo à Fazenda Pública Estadual, que era possível a realização do levantamento do débito por período mensal e que não há como se corrigir esse equívoco mediante diligência (pois haveria majoração do valor originalmente cobrado), faz-se necessária a decretação da nulidade da Infração 02, por inobservância do devido processo legal.

Desse modo, a Infração 02 é nula, por inobservância do devido processo legal, ao teor do disposto no artigo 39, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Nessa matéria, o CONSEF vem, pacificamente, decidindo nesse sentido, a exemplo dos Acórdãos JJF nos 0145-04/04, 0101-03/07 e CJP nos 0634-11/03, 0649-11/03, 0686 11/03 e 0194-11/04, sendo que deste último transcrevo abaixo a ementa e o voto:

'ACÓRDÃO CJP Nº 0194-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 4ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar nulo o presente Auto de Infração, uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99.

Isto porque, embora as notas fiscais se reportem às compras efetuadas pelo contribuinte nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da sua lavratura. Outrossim, os autuantes exigiram imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam também mercadorias sujeitas à tributação normal. Ora, tendo em vista que tais ocorrências implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e, por conseguinte, não podem ser sanadas através de diligências, conforme determina o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, partilho do entendimento da 4ª JJF no sentido de que a autuação não deve prosperar.

Neste contexto, impõe-se à decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, do RPAF recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão concernente à infração 1, na forma de Recurso de Ofício, e por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida'.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente, para que seja refeita a ação fiscal quanto à Infração 02, a salvo de falhas".

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a 5ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

O art. 39, do RPAF vigente, ao tratar dos requisitos que devem conter os Autos de Infração, estabelece, em seu §2º, que "*não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado*".

No caso da infração 2, da presente autuação, que trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da divergência entre os dados constantes da redução Z e aqueles informados pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, verifica-se, a partir da análise do demonstrativo de fl. 75, que o autuante apurou a base de cálculo do ICMS devido mês a mês, de janeiro a dezembro 2007. Contudo, ao transportar o montante do imposto devido apurado no referido demonstrativo para o Auto de Infração, o autuante reuniu todos os fatos geradores mensais numa só ocorrência, datada de 31/12/2007.

Ao assim proceder, o autuante violou a regra do §2º, do art. 39, do RPAF, anteriormente transcrito, causando prejuízo ao Fisco Estadual, uma vez que a alteração da data de ocorrência dos fatos geradores tem impacto direto nos acréscimos moratórios que incidem sobre o débito do sujeito passivo.

Vale registrar que a correção do vício, como bem pontuou a Junta de Julgamento Fiscal, não pode se dar nesta oportunidade, já que implicará agravamento da situação do contribuinte, devendo ser renovada a ação fiscal, a salvo da falha, consoante estabelece o art. 156, do RPAF, sobretudo porque ainda há prazo suficiente para a constituição do crédito tributário. A decretação da nulidade da infração 2, portanto, é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233048.0005/09-7, lavrado contra **EDVALDA DE SÃO PEDRO SILVA (O MANGUEIRÃO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$176.913,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS