

PROCESSO - A. I. N° 269352.0017/11-0
RECOORENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0196-03/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0214-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. IMPUTAÇÃO NÃO CONDIZENTE COM O FATO DESCRITO. NOVA DECISÃO. Não houve erro na aplicação das alíquotas, conforme acusa o Auto de Infração, mas, sim, erros nos dados informados nos arquivos magnéticos. Ao proceder ao lançamento do crédito tributário a autoridade fiscal deve atentar para o fato concreto, de modo a determinar a matéria tributável. A autoridade fiscal não pode lançar o imposto sem precisar o que de fato apurou, deixando que o contribuinte, ao se defender, explique o que foi que ocorreu. No processo administrativo fiscal não se admite que no julgamento haja mudança do fulcro da autuação. Devolva-se o PAF à Junta de Julgamento Fiscal para ser proferida nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 31/3/11 por imputar como infração a falta de recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$ 60.620,10, com multa de 60%.

Em primeira instância deste CONSEF o contencioso administrativo foi dirimido sob os seguintes fundamentos :

“O lançamento em discussão refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota.

O contribuinte suscitou em preliminar a nulidade do procedimento fiscal alegando afronta ao art. 142 do CTN, reclamando que neste caso o fisco teria que provar o que acusa, e não simplesmente inverter o ônus da prova, sem atentar para a verdade dos fatos. Assinala que, de acordo com os Cupons Fiscais que anexou, a alíquota foi indicada corretamente nos documentos, e o fiscal teria se equivocado por se basear nos arquivos magnéticos, sem atentar para a verdade.

O fiscal, ao prestar a informação, reconheceu que de fato os erros estavam nos dados dos arquivos magnéticos, estando corretas as alíquotas indicadas nos Cupons Fiscais.

Conclui então que o fato real apurado é outro, e não o que consta na acusação. O próprio fiscal reconheceu que não houve erro na aplicação das alíquotas nos documentos. O que houve foram erros nos dados informados nos arquivos magnéticos.

Isso tem implicações substanciais. Erros nas informações prestadas através de arquivos magnéticos podem constituir meras infrações de natureza formal, passíveis de multas por descumprimento de obrigações acessórias (Lei nº 7.014/96, art. 42, XIII-A, “i”). Por outro lado, se os dados informados erroneamente nos arquivos implicarem falta de pagamento do imposto ou pagamento a menos, o fato se torna passível de multa de 70%, e não de 60%, como supôs o nobre autuante neste caso (art. 42, II e III). A multa de 60% é para os casos em que o contribuinte registra em seus livros (e não nos arquivos magnéticos) operações ou prestações tributáveis como não tributáveis, ou quando incorre em erro na aplicação da alíquota (nos documentos fiscais, evidentemente), ou quando incorre em erro na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente. Por esse ângulo de visão, se os documentos não são escriturados regularmente a multa não é de 60%. Mas tudo isso levando-se em conta

os registros nos livros fiscais, haja vista a expressão “escriturados regularmente” (art. 42, II, “a”). Caso contrário, a multa é de 70%.

Por conseguinte, como o fato real, constatado pelo autuante, não consistiu na aplicação incorreta de alíquota nos documentos fiscais. O fato é outro, em cujo mérito não entrarei. A multa também seria outra. A correção da multa pode ser feita pelo órgão julgador, porém o fato não pode ser alterado, pois no processo administrativo fiscal não se admite que no julgamento haja mudança do fulcro da autuação.

Tem toda pertinência a reclamação do autuado quanto à inobservância do art. 142 do CTN. Ao proceder ao lançamento do crédito tributário, a autoridade fiscal deve atentar para o fato concreto, de modo a determinar a matéria tributável. A autoridade fiscal não pode lançar o imposto sem precisar o que de fato apurou, deixando que o contribuinte, ao se defender, explique o que foi que ocorreu.

Deixo por isso de adentrar no mérito da lide, inclusive no tocante à alegação de decadência parcial do crédito tributário.

O lançamento é nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, c/c o art. 142 do CTN.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Ao final do voto, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF por força do estatuído no art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99.

Às fls. 291/293 consta manifestação do autuante dirigida ao Presidente deste Conselho se afirmando irresignado e surpreso com a Decisão de primeira instância, isto porque enfatizando, em suma, que não está sendo exigido na autuação ICMS decorrente de aplicação de alíquota errada nos cupons fiscais, mas sim no Registro 60 R, e deste resulta o transporte de valores para o livro Registro de Apuração do ICMS a repercutir no recolhimento a menor pelo sujeito passivo.

Pontua que foi declarada a nulidade do Auto de Infração por ter sido entendido pelos julgadores que o fato concreto não foi lançado na autuação, e que a multa seria a de outra infração, a de 70%, num claro equívoco.

Salienta que a análise do art. 52, III, da Lei nº 7.014/96 estabelece claramente as situações nas quais cabe a multa de 70%, como foi entendido pelo Relator, mas que, entretanto, nenhuma das hipóteses prevista nesse dispositivo, que transcreveu, se refere à infração em questão, mas sim o art. 42, II, “a” da mesma lei, que diz ser o correto enquadramento.

Prossegue, minudentemente, afirmando que não houve erro na aplicação da alíquota, e sim nos lançamentos das operações do ECF no Registro 60R.

Afirma que houve erro na apuração dos valores do imposto, eis que os que totalizam o Registro 60R estão errados, pois foram transportados erradamente para o livro de Apuração do ICMS, o que gerou pagamento a menor do imposto, embora tenham os documentos sido emitidos e escriturados regularmente.

Pugna, por fim, que se faça justiça ao seu trabalho como auditor, ressaltando a proximidade da decadência que operará a partir de 1º de janeiro de 2012.

VOTO

O Auto de Infração sob apreciação imputa ao autuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias escrituradas, tratando-se de operações realizadas através de ECF conforme consta no Anexo I da autuação.

Consta, ainda, como enquadramento da infração, como sendo os artigos 50, 51 e 124, I do RICMS, tendo sido aplicada a multa do art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/16.

Em verdade, como pontuado pelo autuante na sua manifestação de fls. 291/293, não foi imputado no Auto de Infração que houve erro na aplicação da alíquota nos cupons fiscais, mas sim no

registro 60 R, a resultar no transporte de valores para o livro de Registro de Apuração do ICMS, o que veio a repercutir no recolhimento a menos do ICMS no período, constatado pela fiscalização.

Entretanto, este é o teor decisório tendo a JJF considerado que:

“(…)

O fiscal, ao prestar a informação, reconheceu que de fato os erros estavam nos dados dos arquivos magnéticos, estando corretas as alíquotas indicadas nos Cupons Fiscais.

Concluo então que o fato real apurado é outro, e não o que consta na acusação. O próprio fiscal reconheceu que não houve erro na aplicação das alíquotas nos documentos. O que houve foram erros nos dados informados nos arquivos magnéticos.

Isso tem implicações substanciais. Erros nas informações prestadas através de arquivos magnéticos podem constituir meras infrações de natureza formal, passíveis de multas por descumprimento de obrigações acessórias (Lei nº 7.014/96, art. 42, XIII-A, “i”). Por outro lado, se os dados informados erroneamente nos arquivos implicarem falta de pagamento do imposto ou pagamento a menos, o fato se torna passível de multa de 70%, e não de 60%, como supôs o nobre autuante neste caso (art. 42, II e III). A multa de 60% é para os casos em que o contribuinte registra em seus livros (e não nos arquivos magnéticos) operações ou prestações tributáveis como não tributáveis, ou quando incorre em erro na aplicação da alíquota (nos documentos fiscais, evidentemente), ou quando incorre em erro na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente. Por esse ângulo de visão, se os documentos não são escriturados regularmente a multa não é de 60%. Mas tudo isso levando-se em conta os registros nos livros fiscais, haja vista a expressão “escriturados regularmente” (art. 42, II, “a”). Caso contrário, a multa é de 70%.

Por conseguinte, como o fato real, constatado pelo autuante, não consistiu na aplicação incorreta de alíquota nos documentos fiscais. O fato é outro, em cujo mérito não entrarei. A multa também seria outra. A correção da multa pode ser feita pelo órgão julgador, porém o fato não pode ser alterado, pois no processo administrativo fiscal não se admite que no julgamento haja mudança do fulcro da autuação.”

Firmado esse entendimento, reenquadrou a multa e, ainda, julgou nulo o lançamento de ofício, posição que discordo por não vislumbrar vício algum que o inquene de nulidade e, assim, me posiciono por depreender do exame dos autos que, nos lançamentos das operações do ECF no Registro 60R, houve apuração errônea e, deste modo, foram transportados os valores para o livro de Registro de Apuração, muito embora tenha o autuado emitido e escriturado regularmente os documentos.

Além disto, acresça-se que, sem se poder perder de vista, a acusação fiscal trata da cobrança de ICMS em decorrência de erro na determinação da alíquota na composição do Registro 60 R dos arquivos magnéticos da empresa, que se relaciona às operações no ECF. Disto resulta a assertiva de que outra não poderia ter sido a multa imposta pelo Fisco, senão a do art. 42, II, “a”.

Divirjo, pois, da posição contida no julgado de piso, para afastar a nulidade e determinar o retorno dos autos à JJF para enfrentamento e julgamento do mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269352.0017/11-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)**, devendo os autos retornar à JJF para nova decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS