

A. I. Nº - 222562.0013/12-4
AUTUADO - JURANDI SILVA GOMES
AUTUANTE - JOSELITO FERREIRA SOARES
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 11/06/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-05/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPOSTO DEVIDO PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES – SIMPLES NACIONAL. Não há qualquer relação entre o fato imputado na descrição e enquadramento da infração e aquilo que foi demonstrado como sendo a infração cometida pelo impugnante, que se defendeu da infração apontada (falta de recolhimento do ICMS SIMPLES NACIONAL), mas que não possui qualquer relação com a questão de fato demonstrada (falta de antecipação parcial nas aquisições interestaduais). Tal vício não é passível de saneamento, visto que uma vez adotado um critério jurídico, não é possível alterar o lançamento dentro do mesmo processo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$6.299,69, em razão da seguinte infração à legislação do ICMS: *“Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições”*, sendo lançado o valor de R\$6.299,69 acrescido da multa de 75%.

O impugnante apresenta defesa à fl. 399 onde alega que após tomar ciência do Auto de Infração fez um levantamento dos documentos fiscais apresentados ao Fisco e confrontando com os recolhimentos do referido ICMS no extrato do SIMPLES NACIONAL, constatou que foram pagos devidamente, exceto nos meses em que a receita bruta acumulada dos últimos 12 meses não atingiu o valor de R\$144.000,00 que dá direito à isenção, e anexa extratos do simples nacional. Pede pela improcedência da infração.

Às fls. 433/434, o autuante presta informação fiscal esclarecendo que além de outros roteiros indicados na ordem de serviço, procedeu também à verificação da regularidade nos recolhimentos de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Com o advento da defesa e a apresentação dos extratos do SIMPLES NACIONAL conforme fls. 400/429, o autuado reivindica que tais extratos comprovam o pagamento das antecipações parciais e totais. Diante do fato do contribuinte não apresentar na peça de defesa qualquer comprovação de pagamento das antecipações das notas fiscais destacadas na planilha conforme fls. 06/08, mantém convicto o trabalho desenvolvido e pede pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para formalizar o lançamento tributário devido pela falta de recolhimento do ICMS referente ao SIMPLES NACIONAL, sendo a infração enquadrada no art. 21, I da Lei Complementar nº 123/06 e o impugnante defendeu-se apresentando os extratos do SIMPLES NACIONAL e os comprovantes de pagamento do imposto devido.

O demonstrativo de débito feito pelo autuante às fls. 06/07 claramente demonstra pelo título e pelos cálculos efetuados na planilha, que estão em concordância com o roteiro de auditoria proposto para antecipação parcial, que se trata de lançamento do ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, situação que é corroborada também pela informação fiscal, em que o autuante contesta a defesa, sob o argumento de que os extratos de pagamento do SIMPLES NACIONAL, não elidem o lançamento das antecipações das notas fiscais destacadas na planilha de fls. 06/08. Além disso, os valores do demonstrativo de débito feito pelo autuante não conferem com os lançamentos efetuados no Auto de Infração às fls. 01/02.

Assim, está absolutamente claro que não há qualquer relação entre o fato imputado na descrição e o respectivo enquadramento e aquilo que foi demonstrado como sendo a infração cometida pelo impugnante, que se defendeu da infração apontada (falta de recolhimento do ICMS SIMPLES NACIONAL), mas que não possui qualquer relação com a infração de fato demonstrada (falta de antecipação parcial nas aquisições interestaduais).

Tal equívoco não é passível de correção neste processo visto que pelo art. 19 do RPAF, só é possível corrigir o erro na formalização da infração quando houver discordância entre o fato descrito e o enquadramento, situação em que prevalece a descrição em detrimento do enquadramento. No caso presente tanto a descrição quanto o enquadramento estão em perfeita harmonia; o que destoa, é a materialidade da infração apontada, que trata efetivamente de antecipação parcial.

Por uma questão de reafirmação do que está proposto neste voto, trago trecho de decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme o Acórdão CJF Nº 0183-11/11, que em decisão unânime, reverteu uma decisão de primeira instância, que entendeu pela procedência do Auto de Infração em caso semelhante:

“VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância, decidido pela procedência parcial da autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais, constata-se ter o recorrente suscitado a nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, porquanto se exigia ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS - Substituição Tributária nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto a Decisão se reportou ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude de operação própria, sem que tal infração fosse objeto da autuação fiscal.

Asseverou que, tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu a sua defesa contra esse fato específico.

Nesse contexto, entendo que se encontra configurado o prejuízo à defesa do contribuinte, mesmo que, no âmbito do Recurso Voluntário, fosse contestada a real infração, porquanto supresso estaria o julgamento sobre o tema na 1ª Instância.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício, no valor do ICMS “normal”, próprio da operação de saída da mercadoria, entretanto, incorreu em erro ao enquadrá-lo, no campo específico, como falta de retenção do ICMS Substituição, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente cometida.

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, geraria 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.

Em conclusão, tal vício não é passível de saneamento, visto que uma vez adotado um critério jurídico, não é possível alterar o lançamento no mesmo auto de infração sob justificativa de que

houve erro de descrição e enquadramento do fato concreto, não podendo o fisco rever, neste caso, o lançamento de ofício no mesmo processo.

Assim, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, considero NULO o Auto de Infração e recomendo à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

Face ao exposto, pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **222562.0013/12-4**, lavrado contra **JURANDI SILVA GOMES**. Recomenda-se à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos no sentido de exigir o crédito tributário.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR