

A. I. Nº - 232854.3009/16-5
AUTUADO - AMAZONPALLET COMÉRCIO EMBALAGEM LTDA. - ME
AUTUANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.07.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0101-05/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. IMPOSTO DECLARADO NO DEMONSTRATIVO MENSAL DE APURAÇÃO - DMA. No caso em lide, houve claro erro de direito, por se tratar do fundamento jurídico do lançamento, pois aponta-se para documentos diversos dos que constam como prova do lançamento, e em sendo assim, não pode ser alvo de retificação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 22/12/2016, quando foi lançado ICMS no valor total de R\$541.724,63 em decorrência de haver deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, o imposto declarado na DMA - Declaração Mensal de Apuração no valor de R\$541.724,63. A DMA era informada como sem movimento; valores de entrada e saída eram registrados na escrita fiscal com valores a recolher em alguns meses sim, meses não.

A Defesa às fls. 169/74, alega que o lançamento está eivado de nulidades, e que no demonstrativo do autuante deveriam constar as notas fiscais uma a uma; que há erro da fiscalização no lançamento e que não concorda com o auto pela existência de vícios no lançamento do tributo.

Traz a lume questões constitucionais, em destaque os artigos 153 e 156 da Constituição Federal sobre a competência dos estados para instituir impostos, assim como o artigo 121 do CTN, e o artigo 4ª da LC 87/96. Que diante das informações trazidas percebe-se clara violação ao que dispõe o art. 155, §2º da Constituição Federal, que a empresa não está sujeita à incidência do imposto estadual, visto que sua inscrição não caracteriza condição de contribuinte do ICMS. Pede pela destituição do auto de infração.

O autuante apresenta informação fiscal fls. 177/78 quando diz que o impugnante divaga na interpretação da lei, alega nulidades, mas que esses ditos valores em verdade estão no livro Registro de Entradas com apuração do ICMS fornecidos e anexados ao processo. Aduz que o auto é o espelho das atividades do contribuinte. Ratifica o lançamento e pede pela procedência.

VOTO

Trata-se de lançamento tributário conforme transcrição adiante *ipsis literis* do auto, em decorrência de haver deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, o imposto declarado Declaração Mensal de Apuração no valor de R\$541.724,63. O autuante acrescenta ao texto padrão do sistema emissor de auto de infração, a seguinte observação: a Declaração Mensal de Apuração - DMA era informada como sem movimento; valores de entrada e saída eram registrados na escrita fiscal com valores a recolher em alguns meses sim, meses não.

A Defesa pede nulidade sob o argumento de que há erro da fiscalização e que não concorda com o auto pela existência de vícios no lançamento do tributo. O autuante apresenta informação fiscal e diz que em verdade os valores do lançamento estão no livro Registro de Entradas e apuração do ICMS fornecidos e anexados ao processo e ratifica o lançamento sob o argumento de que o auto é o espelho das atividades do contribuinte.

De fato, entre as fls. 46/97 está anexado livro de apuração assinado por Jorge Luis de Carvalho, pela empresa, e por Joildo Nascimento Oliveira, contador. O primeiro lançamento ocorreu em novembro de 2011, mas não há provas nos autos do livro de apuração de 2012; quanto ao

exercício de 2015, às fls. 138/144 só aparecem os meses de janeiro a março, quando o lançamento vai até o mês de dezembro.

Entendo que tal ausência, em princípio não compromete o auto de infração, pois presumidamente foi efetuado com base em operações escrituradas em livros fiscais próprios e se necessário fosse, uma diligência poderia suprir tal ausência.

No entanto, é forçoso reconhecer que a descrição da infração é incongruente - *deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, o imposto declarado Declaração Mensal de Apuração* e a seguir a observação: *a Declaração Mensal de Apuração - DMA era informada como sem movimento*. Ora, se a DMA era informada sem movimento, a infração jamais poderia ser descrita como falta de recolhimento do imposto declarado na DMA, já que se a DMA não possuía movimento, não poderia então se lançar imposto que nela não está declarado. Por fim, ainda que houvesse declaração de imposto na DMA, sem o respectivo recolhimento, não se poderia lançar de ofício, pois pela legislação vigente, deve ser feita diretamente a inscrição em dívida ativa, nos termos da Súmula 436 do STJ, que tem a seguinte redação:

A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Em verdade, ficou evidente que o autuante se baseou em Livro de Apuração do ICMS e nos impostos ali declarados, em flagrante erro da descrição da infração. Há um claro erro material cometido no lançamento, que é aquele que atinge um dos elementos de constituição do crédito tributário, ou seja, sua materialidade. Vejamos o que diz o art. 142 do CTN.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O auto de infração é nulo quando há vício material em um dos elementos de constituição do crédito tributário, no caso a determinação de matéria tributável, já que o autuante indica uma infração absolutamente incongruente pois a própria descrição já aponta que as DMA estão zeradas e não apresentam imposto algum, em desobediência aos preceitos do art. 142 do CTN.

Creio que a avaliação do conteúdo dos livros de apuração apresentados se revela inócuo para apreciação, pois ainda que haja eventual imposto lançado e não recolhido, é temerário a manutenção de lançamento eivado de vícios na esfera administrativa.

Afinal, observa-se, pois que o fato descrito enseja claramente uma infração cometida, mediante alusão a documentos que se revelam imprestáveis ao lançamento, já que declaradamente "zerados", e que sequer foram anexados como prova ao processo, e não havendo a subsunção do fato à norma é pacífico o entendimento de que a descrição correta do fato é condição **indispensável** para a legalidade do lançamento tributário, e que a sua correção é inviável no mesmo processo dada a vedação da alteração da natureza jurídica do lançamento (princípio da imutabilidade do lançamento tributário, art. 145 do CTN).

A alteração de ofício do lançamento só pode ser efetuada nos casos expressamente previstos em lei, como em ocorrência de erro fático, em que, por exemplo, foi lançado um valor equivocado, por erro de cálculo do imposto, situação em que uma diligência é suficiente para a correção do erro, e neste caso, a alteração não implica em violação direta ao princípio da imutabilidade do lançamento tributário.

No caso em lide, houve claro erro de direito, por se tratar do fundamento jurídico do lançamento, pois aponta-se para documentos diversos dos que constam como prova do lançamento, e em sendo assim, não pode ser alvo de retificação, já que em se fazendo correção no bojo do processo, no caso de não pagamento, não se poderá inscrever em dívida ativa, um fato diverso do que foi declarado pelo autuante no corpo do auto de infração, não restando alternativa que não a declaração de sua nulidade. Recomendo a renovação da ação fiscal a salvo dos erros apontados.

Face ao exposto, voto 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 **232854.3009/16-6** lavrado contra **AMAZONPALLET COMÉRCIO EMBALAGEM LTDA - ME**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR