

PROCESSO - A. I. Nº 232854.3009/16-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AMAZONPALLET COMÉRCIO EMBALAGEM LTDA - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JJF nº 0101-05/17-A
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/19

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 se aponta para documentos diversos dos que constam como prova do lançamento, e em sendo assim, não pode ser alvo de retificação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0101-05/17-A), que julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 22/12/2016, para exigir crédito tributário no valor histórico 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, que era informada com seu movimento; valores de entrada e saída eram registrados na escrita fiscal com valores a recolher em alguns meses sim, meses não.

A Junta (5ª JJF) apreciou a lide no dia 22/08/2017 e decidiu por unanimidade julgar NULO (fls.184 a 186), nos termos abaixo transcritos:

“VOTO

Trata-se de lançamento tributário conforme transcrição adiante ipisis literes 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

A 5ª JFJ recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

VOTO

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. Não havendo a subsunção do

fato a 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 bojo deste processo dada a vedação da alteração da natureza jurídica do lançamento (princípio da imutabilidade do lançamento tributário, art. 145 do CTN), conforme abaixo.

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

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.

Assim, da análise dos Autos, é possível concluir que os valores lançados tiveram origem no Livro Registro de Apuração do ICMS do Sujeito Passivo (fls. 10 a 165), cujos montantes se revelam, portanto, corretos, tendo havido apenas um erro de capitulação da infração, a qual fez, indevidamente, referência às DMA's. Por esse motivo, o lançamento deve ser anulado por erro de motivação, mácula que possui natureza de vício formal, apto a ensejar a renovação do lançamento, no prazo de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da presente decisão.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, recomendando-se a renovação da ação fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado mantendo a decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232854.3009/16-5, lavrado contra **AMAZONPALLET COMÉRCIO EMBALAGEM LTDA. - ME**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS