

PROCESSO - A. I. Nº 298237.0003/20-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - MIX SUPERMERCADOS LTDA. - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0139-02/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAS EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0025-11/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. NULIDADE. Deve ser mantida a decisão de nulidade da autuação quando verificado vício insuscetível de correção que impede a segura determinação da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do Acórdão nº 0139-02/21-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Nulo o Auto de Infração lavrado em 22/06/2020 no valor histórico de R\$321.690,88, em razão da seguinte infração:

Infração 1 – 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo(s) regulamentar(es) ICMS referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Após a conclusão da instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o presente lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos/recibos de fls. 05 e 06, bem como do que se depreende da Impugnação, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CD de fl. 06).

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Sem efetivamente protestar o mérito do AI, a Impugnação consiste em: a) Preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa porque, sem identifica-los, o demonstrativo suporte da acusação fiscal estaria eivado de “vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis”; b) Pedir recálculo do valor da multa e juros expurgando “acrésimos ilícitos”; c) Dizer “não haver cometido qualquer ato lesivo aos cofres públicos”.

A Infração acusada é a 02.01.02 – correspondente à falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, seguindo-se como complemento à sua descrição se referir a “Valor debitado na apuração do imposto menor que o destacado nas notas de consumidor eletrônicas (NFC-e”, cujo demonstrativo suporte analítico gravado no CD de fl. 06 registra mais de 40.000 operações.

A Informação Fiscal prestada por Autoridade estranha ao feito informa que “a base da única infração é terem sido discriminados valores inferiores de ICMS na apuração do imposto quando confrontados com os valores

destacados nas notas fiscais de consumidor eletrônicas e os valores registrados pelo contribuinte no livro registro de saídas”.

Compulsando os autos, ainda que a preliminar de nulidade tenha sido arguida de forma genérica, sem objetividade, da descrição complementar da infração e da Informação Fiscal se vê flagrante incongruência entre a infração acusada (falta de recolhimento de ICMS decorrente de operações não escrituradas) e o efetivo fato objeto da exação que é o recolhimento de ICMS a menos decorrente de mais de 40.000 operações de saídas escrituradas nos livros fiscais, as quais tiveram a apuração do imposto em valor menor que o devido e cujas diferenças analíticas são apontadas no demonstrativo suporte do Auto de Infração.

Ora, tal incongruência denota flagrante insegurança na determinação da infração acusada, e iliquidez da exação calcada em recolhimento de imposto a menos relativo a operações escrituradas, por esta configurar infração não denunciada na lide administrativa.

Portanto, por se constituir em mudança de fulcro da infração tipificada no Auto de Infração, o erro na natureza da infração efetivamente constatada resulta em nulidade do lançamento em apreço por vício formal, de modo que a possibilidade da obrigação tributária apurada ser convertida em crédito tributário apenas pode ocorrer via novo e outro lançamento fiscal a salvo de falhas.

Quanto à nulidade de lançamento tributário, ao que aqui interessa o RPAF registra:

Art. 18. São nulos:

...
IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator

Assim, diante da incongruência constatada, com fundamento no dispositivo acima, reconheço a nulidade do AI e, também com fundamento no art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE do presente auto de infração.

A JJF interpôs Recurso de Ofício, nos termos do RPAF/BA.

Recebidos os autos, foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Inexistindo questões preliminares e/ou prejudiciais a apreciar ou a suscitar de ofício, analiso diretamente o mérito.

A decisão que se sujeita ao reexame desta Câmara anulou a autuação por vislumbrar um descompasso entre a acusação fiscal de “*falta de recolhimento decorrente de operações não escrituradas*” para o que seria verdadeiramente a infração, identificada por auditor estranho ao feito como “*recolhimento a menor correspondente a operações escrituradas*”.

Se a divergência fosse apenas entre “*falta de recolhimento*” e “*recolhimento a menor*”, talvez se pudesse considerar que não teria diferença prática capaz de afetar o exercício da ampla defesa, salvo justificada exceção, pois, o pagamento de tributo em valor inferior ao devido não deixa de ser uma falta de pagamento, limitando-se apenas ao valor que corresponde à diferença.

Mas, quando se tem essa discrepância também sobre o tipo de operação, indicando a autuação que eram “*não escrituradas*” e se observando depois de que as diferenças decorrem de operações escrituradas, penso que há um claro prejuízo ao direito fundamental do contribuinte porque pode o induzir até mesmo a pensar que a fiscalização se equivocou quanto ao sujeito passivo.

Uma conduta que poderia até mesmo advir de um simples equívoco (pagamento a menor) acaba tratada como duas infrações de natureza aparentemente mais gravosa (inadimplemento da obrigação principal e descumprimento da obrigação acessória) que, em tese, podem até justificar a aplicação de sanções mais pesadas.

Ademais, trata-se de autuação que promove evidente insegurança na identificação da infração, de modo a atrair o art. 18, IV, “a” do RPAF, como bem aponta o acórdão de Primeira Instância.

Logo, a decisão de primeiro grau deve ser mantida. Consequentemente, voto pelo NÃO

PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **298237.0003/20-1**, lavrado contra **MIX SUPERMERCADOS LTDA. - ME**. Recomenda-se à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS