

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 / INFAZ 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 “acréscimos 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 1ª 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