

A. I. Nº - 281394.0042/20-0  
AUTUADO - LCL MINIMERCADO LTDA.  
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE  
ORIGEM - DAT SUL / INFAS EXTREMO SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET -29/07/2022

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0113-03/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo logra êxito em comprovar que a exigência, objeto da autuação, já fora objeto de Auto de Infração lavrado anteriormente. Infração insubstancial. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 55.244,30, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da Infração **01 - 02.01.03**. Falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Demonstrativo às fls. 06 e 07 e CD à fl. 188.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 68 a 72, na forma a seguir resumida.

Depois de observar a tempestividade e reproduzir o teor da acusação fiscal, assinala que a presente acusação fiscal é improcedente e não merece prosperar, eis que se refere a fatos e a créditos tributários que foram objeto de autuação anterior, tendo ocorrido exigência fiscal em duplicidade.

Registra que da análise do presente Auto de Infração vê-se, conforme relatado, que o mesmo se refere a acusação fiscal relativa à “falta de recolhimento de ICMS” em razão de ter sido declarado operações “tributáveis” como “não tributáveis”, no período de 31.01.2016 a 31.12.2016.

Explica terem, exatamente esses mesmos fatos (isto é, essas mesmas operações relacionadas no auto que ora se impugna) sido objeto de exigência fiscal materializada no Auto de Infração nº 281394.0001/18-0 (Processo nº 059972/2018-6), lavrado em 28.03.2018 pelo Auditor Fiscal Eduardo Tadeu Felipe Lempe, em atendimento a OS 506792/17. Para fins comprobatórios informa que junta anexo cópia do corpo do referido Auto de Infração, os demonstrativos que lhe são anexos bem como a defesa administrativa apresentada naquela oportunidade (Doc. 02).

Destaca que, da singela análise das operações consignadas no Demonstrativo de Débito anexo ao presente Auto de Infração (Auto nº 281394.0042/20-0) vislumbra-se que se-trata das mesmas operações objeto dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração supramencionado (Auto nº 281394.0001/18-0).

Informa que junta a essa defesa administrativa comparativo realizado (Doc. 03) entre os cinco primeiros itens relacionados nos meses de janeiro, abril e julho do demonstrativo “*Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (ECF) - Lista de notas fiscais*” do presente auto de infração (Auto nº 281394.0042/20-0) com as operações relacionadas no demonstrativo “*Débito a menor em operações com ECF - Erro na determinação da carga tributária - Demonstrativo analítico*” do Auto de Infração anteriormente lavrado (Auto nº 281394.0001/18-0).

Observa que todas as operações relacionadas no presente Auto de Infração, que ora se contesta, já tinham sido objeto de lançamento fiscal anteriormente realizado contra a mesma empresa no bojo do Auto nº 281394.0001/18-0, tratando-se de autuação realizada em duplicidade.

Reafirma que, o crédito tributário exigido no presente Auto de Infração (referente à “*falta de recolhimento de ICMS por ter sido praticado operações tributáveis como não tributáveis*” e relativo às operações realizadas entre 01.01.2016 à 31.12.2016) já está sendo cobrado no âmbito de outro processo administrativo fiscal no qual se imputa à descrição infracional de “*recolhimento a menor de ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de saídas de mercadorias regularmente escrituradas*”.

Afirma que a constatação da existência de lançamento anterior da prática da mesma infração (“falta de recolhimento de ICMS”), referente ao mesmo período (janeiro a dezembro de 2016), torna inconsistente o segundo feito acusatório por falta de objeto, tendo em vista a duplicidade da autuação, fazendo-se necessário sua extinção sob pena da novel acusação caracterizar *bis in idem*.

Registra que o segundo lançamento, objeto do presente processo, foi lavrado para constituir crédito do período de 01.01.2016 a 31.12.2016, num instante em que este período já era objeto de lançamento anterior. Ou seja, o crédito tributário aqui constituído já o tinha sido em outros autos e, mesmo assim, foi novamente lançado ainda que sua exigibilidade estivesse suspensa, na forma do art. 151, do CTN, à espera do julgamento administrativo.

Destaca que o lançamento produzido neste processo constituiu um crédito tributário já lançado e impugnado na esfera administrativa, o qual estava, e está, pendente de julgamento.

Diz restar caracterizado a duplicidade de lançamento para o mesmo período e relacionada à mesma infração o que impõe, indubitavelmente, anulação do segundo lançamento, haja vista estar eivado de nulidade eis que se reportou a eventos já constituídos em fatos jurídicos.

Em suma, menciona que se constituiu nestes autos um crédito tributário relativamente a fatos geradores já apurados e constituídos em outro lançamento, o qual não foi anulado e, portanto, não havia respaldo jurídico ao seu refazimento, afinal, nos termos do inciso II, do art. 173, do CTN, o direito ao refazimento do lançamento surge apenas a partir “*da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado*”. Observa que o Autuante, ao fazê-lo à míngua de decisão anulatória definitiva, incorreu na nulidade de cobrar em duplicidade o mesmo sujeito passivo pelo mesmo crédito. Frisa ser o clássico caso de *bis in idem* a ensejar, por tudo e com tudo, a nulidade do lançamento repetido.

Conclui requerendo que o presente Auto de Infração seja considerado improcedente e subsequentemente cancelado, haja vista se referir a operações que são objeto de exigência fiscal idêntica no bojo de outro Auto anteriormente lavrado o que implica, inequivocamente, a caracterização da duplicidade de lançamentos fiscais para os mesmos fatos geradores.

O Autuante presta informação fiscal, fl. 191. Explicando quanto à Defesa apresentada que os lançamentos do presente Auto de Infração já foram lançados no Auto de Infração de nº 281394.0001/18-0. Informa que no Sistema Integrado de Auditoria - SIAF apareceu uma diferença, que aparentemente era um problema de atualização de banco de dados, que não teria lido todos os arquivos. Arremata afirmando expressamente que o contribuinte tem razão.

O Patrono do Autuado, Igor Lubiana Chisté, OAB-ES Nº 23644, na assentada do julgamento, em sustentação oral, reafirmou as alegações alinhadas em sede de Defesa.

## VOTO

O presente Auto de Infração cuida da falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Demonstrativo às fls. 06 e 07 e CD à fl. 188.

Em sede de Defesa o Autuado

Explicou que exatamente os mesmos fatos e operações relacionadas no presente Auto de Infração foi objeto de exigência fiscal materializada no Auto de Infração nº 281394.0001/18-0 (Processo nº 059972/2018-6), lavrado em 28/03/2018 pelo Auditor Fiscal Eduardo Tadeu Felipe Lempe, em atendimento a OS 506792/17, cuja cópia anexou às fls. 84 a 86. Sustentou que, da análise das operações consignadas no Demonstrativo de Débito anexo ao presente Auto de Infração se constata que se trata das mesmas operações objeto dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração supramencionado – Auto de Infração nº 281394.0001/18-0.

Asseverou o Autuado que a constatação da existência de lançamento anterior da prática da mesma infração, referente ao mesmo período (janeiro a dezembro de 2016), torna inconsistente o segundo feito acusatório por falta de objeto, tendo em vista a duplicidade da autuação, fazendo-se necessário sua extinção sob pena da novel acusação caracterizar *bis in idem*.

O Autuante ao prestar informação fiscal declarou que os lançamentos do presente Auto de Infração já foram lançados no Auto de Infração de nº 281394.0001/18-0 observando que o Impugnante tem razão.

Ao examinar as peças que compõem acusação fiscal e os elementos que emergem do contraditório instalado, constato que, de fato, o Autuante reconhece os lançamentos objeto da autuação, ora em lide, que em sua integralidade já fora objeto de lançamento no Auto de Infração de nº 281394.0001/18-0, lavrado anteriormente por ele próprio.

Em pesquisa no Sistema da SEFAZ verifiquei que o Auto de Infração de nº 281394.0001/18-0 foi distribuído para julgamento pela 2ª JJF e foi convertido em diligência à INFAZ de Origem.

Assim, resta patente que o presente Auto de Infração insubstancial.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0042/20-0**, lavrado contra **LCL MINIMERCADO LTDA**.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA