



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

RESOLUÇÃO Nº 21/19

CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO : 12ª EM: 26/03/19

PROCESSO : 0044/2017

RECORRENTE : DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS

RECORRIDA : A MESMA

INTERESSADO : FRIOTRANS COMÉRCIO E TRANSPORTE DE CARGAS LTDA
CGF: 24.020118-5 CNPJ: 07.552.901/0009-92

AUTUANTE : VICENTE ALEXANDRINO N. NETO

RELATOR : JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. INFRAÇÃO: “FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM”. LEVANTAMENTO FISCAL. APURAÇÃO DE RESULTADO FEITO COM OMISSÃO DE SAÍDAS - VENDAS SEM NOTAS FISCAIS (PLANILHA - fls.06). EQUÍVOCO ENTRE A DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO E OS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS. ERRO FORMAL. VÍCIO INSANÁVEL. INFRAÇÃO NÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RESOLUÇÃO PELO REFAZIMENTO DA AÇÃO FISCAL. DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.

RELATÓRIO

Trata-se do auto de Auto de Infração sob nº 010469/2017, lavrado em 31 de julho de 2017, contra o Sujeito Passivo FRIOTRANS COMÉRCIO E TRANSPORTE DE CARGAS LTDA, inscrito no CGF: 24.020118-5 e CNPJ: 07.552.901/0009-92, no valor de R\$ R\$ 2.029.126,89 (dois milhões, vinte e nove mil, cento e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), a título de ICMS, multa e juros, por “Falta de pagamento ICMS normal não escriturado e não declarado em GIM, referente ao período de 01/01/2015 a 31/12/2015 (Al-fls.02/03).

A irregularidade foi identificada como infração ao Artigo 71, do Regulamento do ICMS/RR, aprovado pelo Decreto 4.335-E/2001, com aplicação da penalidade do artigo 69, inciso I, alínea “g” da Lei 59/93, multa de 100 % (cem por cento) sobre o valor do imposto.



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: Nº 0044/2017

FLS.02

A fim de consubstanciar a acusação foram anexados aos autos os seguintes documentos: Auto de Infração(fls.02); Ordem de Serviço nº 000503/2017 (fls. 03); CD - R, contendo livros fiscais, notas de entrada e saída, livro inventário 2014 e 2015. (fls. 04); Quadro demonstrativo de cálculos e de atualização monetária de valores a recolher (fls. 05); Planilha do Resultado com Mercadorias a partir dos Livros de Registro de Entradas, Saídas e Inventário (fls.06); Termo de Início de Fiscalização (fls.07); Termo de Encerramento de Fiscalização (fls.08); Pedido de autorização para prorrogação da ação fiscal (fls.09); Termo de Conclusão de Fiscalização (fls.10); Livro Registro de Inventário 2015 (fls.11/25); Livro Registro de Inventário 2014 (fls.26/122); Encaminhamento de Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls.123); e Extrato do Contribuinte (fls.124); Cópia da FAC (fls.125); Impugnação (fls.127/143); CD (fls.114); Recibo de Entrega de Escrituração Contábil (145); Planilha de Demonstração de Resultado do Exercício Janeiro a Março de 2015 (fls.146); Recibo de Entrega de Escrituração Contábil (147); Balanço Patrimonial (fls.148); Planilhas de Demonstração de Resultado do Exercício (fls.149/155); Balanço Patrimonial (fls.156/157); CD-Mídia 2015 (fls.162); Memorial (fls.166/191); Procuração (fls.192); Decisão de 1ª Instância (fls.193/197).

O julgador de Primeira Instância decide pela nulidade do Auto de Infração (fls. 193/197).

Notificado regularmente (fls.198), o Autuado deixou transcorrer o prazo em branco e não apresentou o Recurso Voluntário.

Após, os autos foram enviados ao douto Procurador Fiscal (fls.200) que se manifesta por meio do DESPACHO nº 002/2019/CAF/PGE/RR (fls.201), concordando com a decisão de Primeira Instância que julgou pela nulidade e pelo refazimento Ação Fiscal (fls.193/197).

É o relatório.

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE
CONSELHEIRO RELATOR



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 0044/2017

FLS.03

VOTO

Trata-se de acusação de FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS NORMAL NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM, por infringência ao artigo 71 c/c os Arts. 856 e 859 do RICMS, aprovado pelo o Decreto 4.335-E/2001, referente exercício de 2015, com a penalidade do Art. 69, Inciso I, alínea "g" da Lei nº 059/93, com multa de 100% do valor do imposto.

O Auditor Fiscal para fins de levantamento utilizou o resultado com mercadoria, na forma do artigo 859, inciso II do RICMS, onde se detecta que houve “omissão de receitas”, in verbis:

“Art. 859. Presumir-se-á operação ou prestação tributável não registrada, quando se constatar:

I ”

II – diferença apurada pelo cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas a preço de custo acrescido do lucro apurado mediante a aplicação de percentual fixado em portaria do Secretário de Estado da Fazenda; (30% - Portaria nº 171/05).”

Verifica-se por este tipo de levantamento que a empresa omitiu receita em função das operações tributáveis não escrituradas e não declaradas ao fisco, ou seja, a parte que provavelmente saiu sem o respectivo documento fiscal.

A constituição do crédito tributário deu-se através da Planilha de Apuração do Resultado com Mercadorias a partir dos livros de Registros de Entradas, Saídas e Inventário, onde foi **detectada “Saídas Sem Nota Fiscal “(fls.06), no entanto, o fiscal autuante capitulou erroneamente a infração como “Falta de pagamento do ICMS normal não escriturado e não declarado em GIM”** apurado através de levantamento fiscal.

Dessa forma, à vista da recitada planilha, o correto seria o Fisco exigir **“Saída de mercadorias sem documentos fiscais.**



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 0044/2017

FLS.04

Vê-se, que a descrição da infringência prevista no artigo 71 do RICMS, aprovado pelo o Decreto 4.335-E / 2001, não condizem com o Levantamento fiscal realizado (fls.06).

O lançamento portanto foi efetuado com vício insanável, omissão ou incorreção, entre a descrição da infração e dispositivos apontados e o resultado apurado no levantamento.

A administração tem o poder/dever de rever seus próprios atos quando eivados de vícios ou nulidades, contudo, deve utilizar-se da cautela para antes identificar o erro de fato e/ou o erro de direito.

O **erro de fato** situa-se no conhecimento dos fatos, enquanto simples fatos independem da relevância jurídica que possa ter. Nesse caso, o entendimento da doutrina é unânime ao admitir a possibilidade de revisão do lançamento, em conformidade com o inciso VIII, do Art. 149 do CTN.

Enquanto que o **erro de direito** situa-se no conhecimento da norma, que inclui o conhecimento dos efeitos jurídicos que sua incidência produz. Na visão do jurista Souto Maior Borges, assinala que tal modificação não será possível, in verbis:

Lembra Souto Maior Borges:

"ANTECIPANDO-SE À VIGÊNCIA DO CTN, RUBENS GOMES DE SOUZA ENSINOU QUE SE O FISCO, MESMO SEM ERRO, TIVER ADOTADO UMA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA E DEPOIS PRETENDER SUBSTITUÍ-LA POR OUTRA, NÃO MAIS PODERÁ FAZÊ-LO. E NÃO O PODERÁ PORQUE, SE FOSSE ADMISSÍVEL QUE O FISCO PUDESSE VARIAR DE CRITÉRIO EM SEU FAVOR, PARA COBRAR DIFERENÇA DE TRIBUTO, OU SEJA, SE À FAZENDA PÚBLICA FOSSE LÍCITO VARIAR DE CRITÉRIO JURÍDICO NA VALORIZAÇÃO DO FATO GERADOR, POR SIMPLES OPORTUNIDADE, ESTAR-SE-IA CONVERTENDO A ATIVIDADE DO LANÇAMENTO EM DISCRICIONÁRIA, E NÃO VINCULADA". (OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, SÃO PAULO: SARAIVA, 1984, P. 322).



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 0044/2017

FLS.05

Ainda em relação aos limites objetivos da revisão do lançamento, os juristas Bernardo Ribeiro de Moraes, Aliomar Baleeiro, Rubens Gomes de Sousa, Gilberto de Uihôa Canto, Amílcar de Araújo Falcão e outros sustentam que a Administração Pública não pode rever o lançamento diante de erro de direito, apenas por erro de fato. Embora reconhecendo que nem sempre é fácil estabelecer a zona limítrofe entre o que seria erro de fato e aquilo que se costuma chamar de erro de direito, na linha do entendimento da doutrina que segue adiante:

“Transplantando esses ensinamentos para o Direito Tributário formal, extraímos a conclusão de que não se admite a alteração do lançamento que tenha sido motivado pela modificação de critério jurídico anterior adotado para sua prática. Noutros termos, exclui-se a possibilidade de revisão do lançamento por erro de direito. Presumindo-se que a autoridade administrativa competente para lançar conhece o Direito e deve aplicá-lo corretamente, não se tolera a revisibilidade do lançamento como decorrência de eventual mudança nos critérios jurídicos adotados para sua realização”(HORVATH, Estevão. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E AUTO LANÇAMENTO. São Paulo. Dialética, 1997, pág. 67).

O antigo TFR-Tribunal Federal de Recursos, antecessor do Superior Tribunal de Justiça, que foi criado pela Constituição Federal de 1988, que possuía posição nesse mesmo sentido, assentado na Súmula 227, com a seguinte redação:

“A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento”.

O teor dessa Súmula atualmente continua em vigor, por força de sua utilização com base no fundamento de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça(AgRg no Resp 273195/PR, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 28.06.04, p. 188).

A existência do direito, da justiça e da administração pública são fundamentais, na medida de que cada ente exerce papel importante na preservação da estabilidade das relações jurídicas, da certeza e da segurança.



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: Nº 0044/2017

FLS.06

A ação fiscal, portanto, restou prejudicada por omissão na descrição da infração inadequada e pelos dispositivos apontados como infringidos, o que resultou no lançamento incorreto, por deixar de observar os princípios da segurança jurídica e da certeza, necessários à manutenção da cobrança pretendida.

Assim, restou evidenciado que a ação fiscal padece de erro insanável, o que enseja a sua nulidade. O auto de infração, como ato vinculado da administração pública, está subordinado aos pressupostos da legalidade, e por ausência de sintonia entre a tipificação da infração, o fato narrado e o valor apurado, constitui erro formal que contamina todo o processo, devendo o lançamento ser tornado nulo e posteriormente refeita a ação fiscal.

Contudo, não resta a menor dúvida de que há fortes indícios do cometimento da infração, porém, diante do equívoco de capitulação, não há outra saída que não seja a nulidade do trabalho fiscal, e por conseguinte oportunizar ao Fisco o refazimento da ação fiscal, a fim de reparar o equívoco em comento, observando-se portanto todos os meios de defesa permitidos em direito.

Diante do exposto e de tudo que consta nos autos, conheço do Recurso de Ofício, nego-lhe provimento, para julgar NULO o Auto de Infração nº 010469/2017, em virtude do equívoco na capitulação e a dissonância entre a tipificação da infração, o fato narrado e o valor apurado, por constituir erro formal que contamina todo o processo, sem apreciação do mérito, ressaltando o direito de a Fazenda Pública constituir o Crédito Tributário, nos termos do artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional, mantendo a decisão de 1ª Instância, nos termos do Voto do Relator e em sintonia com a manifestação da douta Procuradoria Fiscal do Estado.

É o voto.

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE
CONSELHEIRO RELATOR



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 0044/2017

FLS.07

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente e recorrido:
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS e interessado: **FRIOTRANS COMÉRCIO E TRANSPORTE DE CARGAS LTDA,**

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de primeira instância, julgando nulo o Auto de Infração nº 010469/2017, ressaltando-se ao fisco o direito a nova ação fiscal, de acordo com o parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto do Relator.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista – RR, 11 de abril de 2019.

LÉA CRISTINA LINHARES VASCONCELOS
Presidente

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE
Conselheiro Relator

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA
Conselheiro

VILMAR LANA JÚNIOR
Conselheiro

FERNANDA DOS SANTOS R. DE OLIVEIRA
Conselheira

DIEGO SILVA LOPES
Conselheiro

FRANKLIN DA SILVA BRAID
Conselheiro

SANDRO BUENO DOS SANTOS
Procurador do Estado