

A. I. N° - 206856.0003/19-6
AUTUADO - SERAFERTIL COM. VAREJISTA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. -EPP
AUTUANTE - JOILSON MATOS AROUCA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/02/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0278-03/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO SEM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR COM SEGURANÇA A INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A desconformidade da tipificação da infração (utilização indevida de crédito), e o demonstrativo de apuração que trata de “Débito a menor - Erro na aplicação da alíquota”, indica insegurança na determinação da infração, conforme expressamente estatui a alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF-BA/99. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Recomendação do refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2018, exige crédito tributário no valor de R\$118.158,60, acrescido da multa de 60%, em razão da Infração 01 - **01.02.41** - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque a mais de imposto no documento fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Demonstrativo às fls. 05 a 29 e mídia CD, fl. 30.

Consta na Descrição dos Fatos, que foi “... tendo sido apurado as seguintes irregularidades: 1) Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no valor de R\$11.235,08; 2) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, totalizando R\$118.158,60, e 3) Recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documento e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos perfazendo o valor de R\$1.438,79.”

O Autuado impugna o lançamento fls. 36 a 40, nos termos que se seguem.

Inicialmente aponta para a necessidade da lavratura do Auto de Infração, ordinariamente, ser realizada no local onde está estabelecida a empresa e, em não sendo possível, por razões fundamentadas e excepcionais, admite-se também, sejam lavrados na repartição fazendária ou local onde se apurar a infração.

Menciona que tal obediência a regra geral, deve-se a clara preocupação do legislador é a de não autorizar o agente da fiscalização a adiar a aplicação da penalidade, ao prescrever que se lavre o auto no local da inspeção sob pena de o Auditor Fiscal ser responsabilizado.

Esclarece que, malgrado faça referência ao local da lavratura, a intenção não foi a de situar a punição no espaço, mas sim no tempo. Observa que, o que se exige é a punição imediata. Continua frisando que se o Auditor Fiscal não encontrar o responsável pela empresa na frente de trabalho, melhor seja que localize em sua sede ou escritório central.

Sustenta que a lavratura dos Autos de Infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção e, não tendo sido observado esse requisito, o Auto de Infração é nulo.

No que diz respeito a clareza e precisão que se exige no Processo Administrativo Fiscal, afirma que não pode se curvar a decisão, ora combatida, haja vista que é cristalino que a infração lavrada, fora do ambiente comercial, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Diz verificar-se que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado, redundaram em erro do Autuante. Assevera que tal fato, por si só, eiva de nulidade dos autos lavrados, pois desobedece ao art. 142, do CTN.

Registra que 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.

Lembra que a igualdade constitucional que provisiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.

Assegura que não possuindo as condições de exigibilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena, de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Assinala que, não sendo acolhida às preliminares, adentra ao mérito para demonstrar que o direito exigido pelo fisco estadual não existe.

Revela ser característica do ICMS o princípio constitucional da não cumulatividade, isso porque cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Registra que o direito ao crédito para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

Lembra que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

- a) Entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade;
- b) O direito à utilização do crédito;

Observa que tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes, cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Explica que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovados nos autos. Prossegue destacando que, estando suspensa a exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa.

Quanto à cobrança indevida lançada no auto: Vide Infração 03.02.05

Diz juntar ao presente documentos comprovando que, segregando as mercadorias sujeitas à substituição fiscal tributária, nada resta a cobrar por parte do fisco. Por ter satisfeito o pagamento do imposto em tempo hábil.

Prossegue frisando que também colabora o fato de incluir no presente, na descrição dos fatos os valores respectivamente de R\$11.235,08 a título de recolhimento a menor do ICMS e R\$1.438,79 também a título de recolhimento a menos, e utilização de crédito indevido no valor de R\$118.158,60, quando na realidade trata-se recolhimento a menos do ICMS.

Indaga, qual o valor que efetivamente é devido.

Afirma que a eficácia da ação fiscal está apoiada no poder coercitivo que o sujeito ativo detém para exigir o cumprimento da obrigação por parte do sujeito passivo. Acrescenta asseverando que a falta de apresentação de prova ou falha na elaboração do elemento probante, no procedimento investigatório, vulnera o ato por vício formal, conduzindo-o à insubsistência, devendo assim ser julgado.

Conclui pugnando pelo acolhimento da preliminar suscitada e suas consequências, ou que seja o Auto de Infração, no mérito julgado improcedente, pelas razões expostas.

O Autuante presta informação fiscal fls.189 a 190. Esclarece inicialmente que o Auto de Infração resultou da constatação de que o Impugnante recolheu a menos o ICMS em função de erro na aplicação da alíquota, e/ou escrituração do imposto em valor inferior ao destacado em Nota Fiscal de Saídas, como relacionado em Demonstrativos anexos, fls. 05 a 29.

Registra que em suas razões de defesa ponderou que, embora tenha protocolado sua Impugnação um dia após ao prazo final para efetuar este procedimento, o que teve como consequência a inscrição na Dívida Ativa. Diz ter obtido a informação extraoficial de que, de fato não conseguiu protocolar a impugnação nos SACs de Ilhéus (que estava em reforma) e de Itabuna (que estava com o sistema inoperante, por isso a triagem de distribuição de senha não deu acesso ao posto da SEFAZ no SAC), restava ainda a sede da INFAZ/Costa do Cacau em Itabuna.

Observa que o Autuado frisa que, considerando a aceitação da justificativa seja e revogada a inscrição na Dívida Ativa, e que a sua impugnação seja aceita, informa que, ora apresenta os argumentos que se seguem.

Afirma que a Defesa alega que os procedimentos de fiscalização deveriam ter sido efetuados no ambiente de seu estabelecimento, sob pena de nulidade da peça acusatória.

Lembra que o Autuado cita, de forma vaga, a legislação tributária e diz que junta ao presente, documentos comprovando que, segregando as mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, nada resta a cobrar e pugna pela improcedência da autuação.

Diz não achar viável a discussão sobre o local da realização dos atos de fiscalização, até porque o ambiente de trabalho da empresa não oferece a estrutura necessária a desenvolvimento dos trabalhos que, em grande parte, necessitam de programas corporativos específicos de uso exclusivo da SEFAZ. A discussão possível, neste caso, é se o que está consignado na peça acusatória tem ou não procedência

Revela que, como já mencionado, o que motivou a lavratura do presente Auto de Infração foi a constatação de que a empresa recolheu a menos o ICMS em função de erro na aplicação da alíquota, e/ou escrituração do imposto em valor inferior ao destacado em Nota Fiscal de Saídas e este fato não foi confrontado.

Observa que se constatou e foi elaborada uma relação de NFes de vendas emitidas pelo Impugnante com destaque do imposto, num determinado valor e, lançadas nos livros próprios com os valores inferiores ao destacado nas NFes, e são esses valores que estão sendo cobrados.

Registra que ao invés do Autuado atacar este argumento, diz que juntou “documentos comprovando...que nada resta a cobrar”. Assevera não há um só documento juntado pela autuada que sustente essa afirmação.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo Impugnante em suas razões de defesa. Sustentou o sujeito passivo que a lavratura do Auto de Infração deve ocorrer no estabelecimento autuado e, como no presente esse requisito não fora observado, a autuação é nula. Observo que a alegação não deve prosperar, haja vista a inexistência de que qualquer impedimento na legislação de regência para a lavratura de Auto de Infração fora do estabelecimento. Ao contrário, o próprio RPAF-BA/99, no §1º, do art. 39, expressamente faculta a possibilidade de a lavratura ser efetuada na repartição fazendária. Portanto, não há que se falar em nulidade, pelo fato de o Auto de Infração não ter sido lavrado no estabelecimento autuado.

Suscitou também como preliminar de nulidade, a falta de clareza da acusação fiscal por falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores, que serviram de amparo ao levantamento fiscal. Indagou ainda o Autuado, qual o valor que efetivamente é devido e apurado pela fiscalização, uma vez que na descrição dos fatos foram incluídos os valores, respectivamente, de R\$11.235,08 a título de recolhimento a menor do ICMS, e R\$1.438,79, também a título de recolhimento a menos, e utilização de crédito indevido no valor de R\$118.158,60, quando na realidade trata-se recolhimento a menos do ICMS.

Depois de compulsar os elementos que compõem o Auto de Infração verifico que, de fato, a acusação fiscal veiculada na Infração 01 - 01.02.41 é de: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais”. Ao se examinar os demonstrativos de apuração da exigência fiscal, objeto da autuação, fls. 05 a 29, constata-se que no “Demonstrativo: Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF) - Lista de notas fiscais /itens” são elencadas notas fiscais de saídas, portanto, distintas das notas fiscais de entradas necessárias à apuração da indevida utilização de crédito imputada ao Autuado.

Verifico também que, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração destinado a circunstanciar e esclarecer a acusação fiscal constam que a fiscalização apurou: “...as seguintes irregularidades: 1) *Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no valor de R\$11.235,08;* 2) *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, totalizando R\$118.158,60,* e 3) *Recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documento e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos perfazendo o valor de R\$1.438,79.*” Logo, se observa total incongruência com a efetiva acusação fiscal.

Vale salientar, que a clareza da acusação fiscal representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal. Neste caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que dos fatos expostos no processo, no procedimento e que fundamentam o Auto de infração, encontram-se claramente contaminados por vícios insanáveis no âmbito deste processo, decorrentes da inconsistência ou imprecisão, que não refletem a realidade da acusação fiscal.

Assim, resta evidenciado nos autos que o impugnante não tem condição de defender-se utilizando informações viciadas por erros e inconsistências, contrariando o objetivo final do processo administrativo fiscal, qual seja, um instrumento de garantias à efetivação de direitos e garantias do contribuinte, na solução de conflitos entre este e a Administração Pública.

Observo que o §1º, do art. 18 do RPAF-BA/99, somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. No caso em análise, não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada

impede a clara compreensão da acusação, implicando cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Diante do expandido, acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração, em face da inobservância do devido processo legal, ocasionaram prejuízo insanável ao contraditório e ampla defesa a ser exercida pelo sujeito passivo.

Não sendo possível adentrar-se no mérito da lide, represento à autoridade fazendária, para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, salvo dos equívocos apontados, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, considerando-se na nova ação fiscal, eventuais valores pagos espontaneamente pelo autuado.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206856.0003/19-6**, lavrado contra **SERAFERTIL COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. - EPP**.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA