

PROCESSO - A. I. Nº 206882.1452/14-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MERCEARIA E PANIFICADORA IDEAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0038-03/20
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.12.2020

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração e o valor do imposto devido, tendo sido constatado que houve preterição do direito de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão de piso (Acórdão 3ª JJF Nº 0038-03/20), que julgou o Auto de Infração em epígrafe Nulo, lavrado em 15/12/2014, para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$267.195,51, tendo em vista as seguintes infrações descritas:

“Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$17.709,43. Multa de 60%.

Infração 02 – 04.05.01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2010, 2011 e 2012). Valor do débito: R\$152.416,22. Multa de 100%.

Infração 03 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$9.062,01.

Infração 04 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$36.430,48.

Infração 05 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$51.577,37. Multa de 60%.”

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 05/03/2020 (fls. 614 a 627), e, decidiu pela Nulidade do Auto de Infração nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

...

Considerando as alegações apresentadas na impugnação, esta Junta de julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que a autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente, intimasse o defendente para apresentar arquivos magnéticos

retificados, e que fosse refeito o levantamento fiscal excluindo as mercadorias não enquadradas na substituição tributária, na infração 01. Também refizesse levantamento quantitativo, eliminando as divergências apontadas nas razões de defesa. O mesmo procedimento deveria ser realizado em relação à infração 05, retificando as alíquotas utilizadas incorretamente, após analisar as alegações do contribuinte.

Observo que não consta nos autos qualquer intimação para o contribuinte, conforme deliberado por esta JJF, e o defendant afirmou em sua manifestação que a determinação não foi atendida, por isso, o objetivo da diligência fiscal ficou prejudicado. A autuante tão somente analisou as alegações defensivas.

Quanto às infrações 03 e 04, foi solicitado na diligência que a autuante informasse a fonte onde foram pesquisados os documentos fiscais objeto da autuação fiscal. Se do SINTEGRA ou CFAMT, que fossem anexadas cópias dessas notas fiscais, excluindo aquelas não localizadas.

A autuante não cumpriu a diligência na forma indicada, tendo informado que o contribuinte não quantificou o quanto alegado, carecendo, seus argumentos, de liquidez, na forma prevista no RPAF, razão pela qual, ratificou o montante reclamado inicialmente.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência acontece pela Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores.

Embora a autuante tenha entendido que os fatos e elementos constantes na autuação fiscal são suficientes para o julgamento do Auto de Infração, e que as alegações defensivas não estão devidamente provadas, o julgador pode suscitar, inclusive de ofício, a busca da verdade material, haja vista que se trata de atribuição do julgador, independentemente da aquiescência ou discordância do autuante ou do sujeito passivo.

Considerando os fatos acima expostos e a possibilidade de erros nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, é que esta JJF, mediante pauta suplementar, encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, para que a autuante ou fiscal estranho ao feito, designado pela autoridade competente, adotasse as providências solicitadas, o que não foi realizado na forma indicada, haja vista que a autuante apenas prestou nova informação fiscal, e não intimou o contribuinte para apresentar os arquivos retificados.

Saliento que a solicitação de diligência visa a instruir o processo com elementos que possibilitem a decisão da lide, não implicando prejuízo ao julgamento, pois nada foi ainda decidido, e os elementos que se pretende sejam carreados aos autos, têm por finalidade a formação de convicção dos julgadores.

Vale ressaltar, que o CONSEF tem decidido pela nulidade de Auto de Infração em que os arquivos magnéticos apresentam inconsistências, com o entendimento de que tal fato traz insegurança quanto a apuração dos valores, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0017-11/19.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, e no presente processo ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se trata aqui de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

Vale registrar, que na última informação fiscal a autuante afirmou que o refazimento do levantamento fiscal, nos termos dos novos arquivos, eventualmente produzidos pelo Autuado, só pode ser possível com a nulidade formal do quanto já apurado, quando, então, sem os efeitos decadenciais, o levantamento poderia ser refeito, sem prejuízo para o Estado.

Observo que o Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo, precisa embasar-se em provas concretas, observando o devido processo legal, e sem preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa.

Conforme estabelece o art. 18, inciso II do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício com preterição do direito de defesa

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração e o valor do imposto devido, tendo sido constatado que houve preterição do direito de defesa, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso II do RPAF-BA/99, devendo ser providenciada nova ação fiscal para exigência do tributo devido, a salvo de falhas.

Face ao exposto, vota pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a 3ª JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Observo que a decisão da 3^a JJF (Acórdão JJF Nº 0038-03/20), desonerou o sujeito passivo, decidindo pela Nulidade do Auto de Infração e extinguindo o crédito tributário de R\$667.561,28, valor atualizado à data do julgamento (folha 630), fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta da autuada foram descritas como *“Infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, ..., Infração 02 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados..., Infração 03 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, ..., Infração 04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ..., e, Infração 05 - Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...cujos períodos de abrangência são de 2010 a 2012.”*

O Sujeito Passivo sustenta, inicialmente, se opondo totalmente ao lançamento (folhas 377 a 571), e (folhas 596 a 600), alegando que, *“a Autoridade Fiscal autuante cometera equívocos de classificação da base de dados para aplicação de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, ensejando, por sua vez, em erros no procedimento fiscal corroborando, assim, na total nulidade das infrações fiscais”*, os quais pontuou e anexou documentos tais como; notas fiscais (folhas 493 a 568), planilhas analíticas (folhas 393 a 448), e parecer DITRI 17046/2012, folha (570),” compreendido no período de abrangência da referida lide.

A Autuante manifestou-se, em sua “informação fiscal”, (folhas 575, 584 a 591 e, 608 a 609), no sentido de: a) não existir qualquer inconsistência que tenha servido de papel impeditivo ao levantamento fiscal, b) reconhece que nos demonstrativos apresentados em papel houve de fato a supressão de 03 dígitos do código quando de sua impressão divergindo da planilha em excel apresentada ao autuado, c) o contribuinte autuado não demonstrou ou qualificou o quanto afetou o lançamento tributário, e eventual dedução dos produtos destinados ao patrimônio da empresa, e, d) o contribuinte autuado não atendeu aos requisitos relativos a defesa.

Examinando os argumentos e informações da autuante, no que tange às infrações 1 a 5 , bem como as argumentações por parte do sujeito passivo, e, em conformidade com o contido no “termo de diligência fiscal”, (folhas 579 a 580), emanada pela 3^a JJF, *“para que à Infaz de origem notifica-se a autuante ou auditor fiscal estranho ao feito intimando o contribuinte autuado para apresentação de arquivos magnéticos devidamente retificados e, também serem refeitos novamente o levantamento fiscal excluindo as mercadorias não enquadradas na substituição tributária”*, fato este, que conforme a informação fiscal da autuante não aconteceu (folhas 608 a 609), assim, pela falta de elementos necessários e suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, as infrações e majorações do valor do imposto devido, entendo, que foi prejudicado o direito de defesa do contribuinte autuado conforme (RPAF/BA., art. 18, inciso II e, pela Súmula vinculante CONSEF nº 01, abaixo descrita; – dando nulidade total do procedimento fiscal contido nesta lide:

“SÚMULA CONSEF Nº 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.”

Assim, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida.

Por se tratar de vício formal, recomendo à autoridade competente que avalie a possibilidade de refazer a ação fiscal.

Ante o exposto, 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 **206882.1452/14-2**, lavrado contra **MERCEARIA E PANIFICADORA IDEAL LTDA**. Recomenda-se, à autoridade competente, que avalie a possibilidade de refazer a ação fiscal.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CLAÚDIO JOSE SILVEIRA PINTO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS