

PROCESSO - A. I. Nº 232272.0022/17-8
RECORRENTE - RICARDO ARAGÃO CRUZ - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0134-04/19
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0367-12/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVOS DE DÉBITO. NOVA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. É fato que os demonstrativos mais importantes, entre as fls. 71/73, que constam a síntese das omissões apuradas, somadas às receitas declaradas, com as receitas brutas totais do exercício fiscalizado e o anterior, a alíquota aplicada, a proporcionalidade de isentas/substituídas/tributadas e por fim, o ICMS devido, não se encontram no arquivo de mídia do processo, e é possível aferir mediante descrição do recibo de arquivo eletrônico, que o Recorrente não teve mesmo acesso a tais demonstrativos, o que o impediu de conferir as receitas atribuídas, declaradas e não declaradas, a proporcionalidade, a alíquota, etc., cerceando a sua defesa. Nula a decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento a salvo das falhas apontadas. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exigir ICMS no total de R\$38.940,27, em decorrência de lançamento efetuado em 29/12/2017, imputando ao autuado as seguintes acusações:

Infração 01: “Efetua recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”. Valor lançado R\$1.394,63. Multa de 75% com previsão no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Infração 02: “Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo”. Valor lançado R\$37.545,64. Multa de 75% com previsão no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 79 a 90. O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 99 a 102. Em 31/08/2018 a JJF deliberou pela conversão do presente PAF em diligência à INFAZ de origem nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em referência trata de duas infrações inerentes a contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional. A segunda infração refere-se a “a omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo” a qual consistiu na elaboração do demonstrativo intitulado “Movimento Mensal de Caixa”, fl. 67, onde foi observado que o mesmo não considerou existência de numerário a título de saldo inicial na conta Caixa, situação esta que repercute na elaboração do demonstrativo de Caixa.

Considerando que na forma em que se apresentam os demonstrativos elaborados pelo autuante, onde a infração 01 é consequência direta da infração 02, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante adote as seguintes providências:

1 – Intime o autuado a apresentar o livro Caixa, livros contábeis se houver ou mesmo através da declaração do I.R. Pessoa Jurídica ou, até mesmo, outro documento lícito que contenha e comprove a existência de saldo final na conta Caixa em 31/12/2011, consequentemente o saldo inicial em 01/01/2012.

2 – Em seguida que sejam refeitos os movimentos mensais de Caixa, considerando o saldo inicial em 01/01/2012, bem como as datas efetivas em que ocorreram os pagamentos das duplicatas referentes às compras à prazo.

3 – Após deverá ser entregue ao autuado cópia desta solicitação de diligência bem como dos novos demonstrativos a serem elaborados pelo autuante, devendo, nessa oportunidade, ser reaberto o prazo para defesa.

4 – Ocorrendo manifestação do autuado o autuante deverá também se pronunciar a respeito da mesma.

5 – Atendidas as solicitações acima, o processo deverá retornar ao CONSEF para continuidade da instrução e posterior julgamento”.

À fl. 111 o autuante se pronunciou sobre a diligência deliberada. A JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de ausência da documentação fiscal imprescindível à comprovação do fato gerador do tributo exigido. Não é isto que se verifica nestes autos. O levantamento fiscal está fartamente disponibilizado nos autos, com a elaboração de demonstrativos analíticos que indicam como se chegou aos valores exigidos, demonstrativos estes que foram entregues ao, possibilitam os mais amplos meios de defesa e atendem perfeitamente ao previsto pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo, portanto, motivo para decretação da nulidade do lançamento.

Outro ponto questionado pela defesa, se refere à denominada “dupla visita” ao estabelecimento do contribuinte, fato este que, em se tratando de fiscalização relacionada ao ICMS, não encontra amparo no RPAF/BA. Esta situação foi muito bem-posta pelo autuante quando citou a norma encartada através do Art. 55 da LC 123/06, que define que a fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento. E isto fica claro através da leitura dos §§ 1º e 4º deste dispositivo legal, abaixo transcritos:

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.

Afasto, pois, este segundo pedido de nulidade formulado pelo autuado.

No tópico seguinte o autuado passou a arguir a decadência do lançamento tributário sob exame ponderando que na situação dos presentes autos se aplica a regra decadencial prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, cuja contagem do prazo se dá a partir da ocorrência do fato gerador, aplicável aos tributos sujeitos a homologação, onde o contribuinte declara e recolhe o imposto que entender devido.

No caso presente, o autuado foi notificado do lançamento em 29/12/2017, o qual abarca o período de 31/01/2012 a 31/12/2014. Vê-se, portanto, que foi considerado pelo autuante a norma prevista pelo Art. 173, inciso I do CTN, cuja contagem do prazo decadencial se inicia do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Na situação sob exame, se constata que a exigência tributária está lastreada no levantamento efetuada na conta Caixa do autuado, a qual foi reconstituída pelo autuante e em alguns meses apurou a existência de saldos credores, presumindo a ocorrência de operações com mercadorias tributáveis, porém sem pagamento do imposto.

Em vista desta apuração, tais valores foram adicionados àqueles declarados pelo autuado através da PGDAS para se alcançar os valores reclamados através da presente autuação. Tem-se, por conseguinte, que o autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto que julgou devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco, representado pela figura do autuante, verificou que o valor recolhido foi inferior àquele efetivamente devido em virtude de omissão de receitas presumidas.

Nesta situação, entendo que assiste razão em parte ao autuado ao suscitar a decadência do lançamento, visto que, se afigura a hipótese de contagem do prazo decadencial com base no art. 150, § 4º do CTN, razão pela qual os fatos geradores referentes ao período de 31/01/2012 até 30/11/2012 já se encontravam decaídos e impossibilitados de lançamento pelo Fisco na data em que ocorreu a notificação ao autuado, ou seja, 29/12/2017.

Desta maneira deve ser excluído integralmente o lançamento no valor de R\$1.394,63 referente a infração 01, enquanto que da infração 02 deve ser excluída a quantia de R\$6.390,95, remanescendo a quantia de R\$31.154,69.

Seguindo a linha dos argumentos defensivos, o autuado suscitou a ocorrência de cerceamento ao seu direito de defesa sob a alegação de que não há informação suficiente sobre a efetiva ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pois não se tem informação acerca da confirmação da realização das vendas sujeitas ao imposto, visto que em seu ramo de atividade, mercadinho, opera com mercadorias tributadas, isentas e sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação tributária.

Não é o que vejo nos autos. A segregação das operações sujeitas à substituição tributária foi corretamente efetuada pelo autuante cuja exigência fiscal recaiu apenas sobre a proporção das mercadorias tributáveis, consoante se verifica nos demonstrativos de fls. 70 a 73. Aliás, em se tratando de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, cuja tributação pelo ICMS incide sobre o faturamento, com exclusão apenas das operações com mercadorias sujeitas a ST, não existe previsão legal para exclusão das operações com mercadorias isentas.

Por oportuno, convém ressaltar que descabe a alegação de falta de informação acerca das operações consideradas para determinação do fato gerador da obrigação tributária, na medida em que foi entregue ao autuado, mediante recibo de fl. 75, arquivos eletrônicos com todos os demonstrativos elaborados pelo autuante, razão pela qual fica afastada a alegação de cerceamento ao direito de defesa.

As questões de mérito, a rigor, não foram enfrentadas pelo autuado, pois ao ingressar no tópico respectivo se limitou a repetir os argumentos já trazidos em preliminar, acrescentando apenas menções a descumprimento de garantias fundamentais previstas pela Constituição Federal, fato este que não se verificou nestes autos.

Observe-se, por fim, que a base para a consecução do presente lançamento tributário foi a reconstituição do movimento da conta Caixa conforme se verifica às fls. 67 a 69. Da análise desses demonstrativos foi observado que não foi considerado para o primeiro exercício fiscalizado o saldo inicial dessa conta, fato este que, embora não suscitado pela defesa, possibilitou a remessa dos autos em diligência para que o autuado fosse intimado para que comprovasse a existência de saldo final de Caixa em 30/12/2011 e, conseqüentemente o inicial em 01/01/2012, porém, apesar de intimado nesse sentido, não os apresentou.

Desta maneira, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$31.154,69 referente à infração 02, referente aos períodos não alcançados pela decadência, na forma acima explanada, enquanto a infração 01, resta insubsistente.

Inconformado com a Decisão de piso, os representantes apresentam peça recursal, às fls. 143/151 onde sintetiza os fatos da autuação até o julgamento de Primeira Instância.

Nos argumentos recursais, alega nulidade do procedimento onde diz que não recebeu toda a documentação fiscal necessária para a conferência das autuações em seu desfavor. Pontua que a ausência das formalidades legais, inerentes a toda Administração Pública, sem as quais, perde validade o Ato Administrativo, facilmente constatada nos autos, em decorrência da não comprovação da disponibilidade a recorrente, de todas as peças produzidas pela autuante, que, sem as quais, não pode a recorrente, exercer de forma satisfatória o contraditório e a ampla defesa.

Ainda, em preliminar, discorre que a decisão contida no Acórdão de piso, ora em combate, merece reforma, estando o auto de infração, totalmente viciado e desprovido de comprovação mínima exigível.

Salienta que, segundo a legislação de regência, a validade de um processo judicial, é indispensável a citação inicial do réu. Assinala que é através dela que tem início o contraditório e dando oportunidade para que o réu possa se defender, exercendo assim a ampla defesa. Nota que majoritariamente a citação é tratada como requisito de validade e não de existência do processo.

Sustenta que é um ato processo de fundamental importância e devido a este caráter deve cumprir determinadas formalidades impostas pela lei. Quando não presentes estas formalidades pode

acarretar prejuízo ao processo fazendo com que haja nulidade absoluta do mesmo. A lei processual prevê, portanto que a citação deve ser feita pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado.

Menciona que os princípios são regras que servem de interpretação das demais normas jurídicas, apontando os caminhos que devem ser seguidos pelos aplicadores da lei. Os princípios procuram eliminar lacunas, oferecendo coerência e harmonia para o ordenamento jurídico.

Pontua que o princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrador em relação ao abuso de poder. Reproduz os arts. 5º, II e 37 da CF (princípio da legalidade).

Fala que no art. 5º, II, CF, tem o Princípio da Legalidade disposto sob a ótica individual, determinando que o Poder Público, para determinar o que se poderá e o que não se poderá fazer, deve elaborar leis, o que nos garante uma maior segurança jurídica e, que no Art. 37 de nossa Carta Magna, o Princípio da Legalidade sob a ótica da Administração Pública, ao estabelecer que administrador público só poderá agir dentro daquilo que é previsto e autorizado por lei.

Diserta que o princípio da legalidade aparece simultaneamente como um limite e como uma garantia, pois ao mesmo tempo em que é um limite a atuação do Poder Público, visto que este só poderá atuar com base na lei, também é uma garantia aos administrados, visto que só deveremos cumprir as exigências do Estado se estiverem previstas na lei. Se as exigências não estiverem de acordo com a lei serão inválidas e, portanto, estarão sujeitas a um controle do Poder Judiciário. Segundo o princípio da legalidade, o administrador não pode fazer o que bem entender na busca do interesse público, ou seja, tem que agir segundo a lei, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio da lei está proibido de agir. Já o administrado pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe e o que silencia a respeito. Portanto, tem uma maior liberdade do que o administrador.

Reafirma que a Administração Pública é sujeita ao princípio da legalidade, uma vez que todos os seus atos devem estar em conformidade com a determinação legal. Cita entendimento de Moraes (MORAES, 2007. p. 304.).

Por esse aspecto, a Legalidade insculpida no art. 37 da Constituição deriva o poder-dever de o Estado anular seus atos ilegais. Além disso, pacificamente se sabe que pode revogar seus próprios atos, onde se incluem os processos administrativos.

Como informado na parte superior do presente do presente recurso, a recorrente não recebeu todos os documentos necessários a análise das autuações que ora lhes são impostas, isso porque, o nobilíssimo Fiscal, deixou de apresentar a recorrente todos os documentos necessários para a legalidade do referido auto de infração, uma vez que não disponibilizou a ordem de serviço que deu ensejo a demanda, os termos de abertura e encerramento, demais documentos comprobatórios das autuações, relatórios de cálculos, cópias das notas fiscais de modo a comprovar as mercadorias, sujeitas ou não ao regime da substituição tributária ou da antecipação parcial.

Pondera que não pode prosperar o auto de infração, por ofensa a segurança jurídica, por acarretar o cerceamento de defesa em desfavor da recorrente, porque, ausentes todos os documentos constitutivos do direito do Fisco, não podendo, o recorrente fazer jus, satisfatoriamente, ao contraditório e a ampla defesa, o que acarreta em seu desfavor, danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Menciona que no campo das provas cíveis, consagra a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no artigo 373, §1º do Novo Código de Processo Civil, sendo que o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto.

Consigna que o CPC/2015, mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), abrindo-se, porém, no §1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto.

Ressalta que, de acordo com o caso em tela, não resta dúvida de que a necessidade de comprovar o alegado é da própria autuante, sendo que esta deixou de fazer. Como já é sabido, a obrigação tributária nasce, exclusivamente, da lei. Concretizada no mundo fenomênico a situação abstratamente descrita na lei, diz-se que ocorreu o fato gerador, isto é, nasce a obrigação tributária.

Pontua que a legislação de regência estabelece normas básicas sobre o processo administrativo fiscal, com o propósito de proteger os direitos dos administrados e melhor cumprir os fins da Administração, o que deve ser observado dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Refuta que os administrados possuem direito de ser tratado com respeito, ter ciência da tramitação dos processos, formular alegações e apresentar documentos antes da decisão. Assim, uma vez encerrados os atos fiscalizatórios e apurado o crédito tributário sua exigência será formalizada pela lavratura do auto de infração ou notificação de lançamento, instruídos de documentos indispensáveis a comprovação do ilícito.

Apona que o auto de infração, que será lavrado por agente público competente, é ato administrativo que goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao autuado o ônus de demonstrar que os fatos narrados pela autoridade fiscal não correspondem à realidade e deverão conter os requisitos enumerados na legislação de regência, sob pena de incorrer em eventuais nulidades. Transcreve o art. 39, V, “a”. Cita definição de Hely Lopes Meirelles (CF, art. 37, caput); de Diogenes Gasparini.

Sustenta que, na Administração Pública, não há espaço para liberdades e vontades particulares, deve, o agente público, sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, e sempre segundo aquilo que a lei lhe impõe, só podendo agir *secundum legem*. Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe (princípio da autonomia da vontade), na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades, define como ele deve agir.

Apona que os relatórios, levados aos autos pelo auditor fiscal, não merecem e não podem ser considerados, primeiro, porque a ausência de regular notificação da recorrente, vicia o processo, pela segregação do princípio da legalidade, a não atenção ao devido processo legal, o não cumprimento do contraditório e da ampla defesa, e segundo, porque a autuação decorre à margem da documentação a que faz menção a manifestação da própria autuante proferida no curso do julgamento do processo, conforme consta da referida decisão, ora em combate.

Ressalta que a inobservância das garantias constitucionais, representam sim, danos a recorrente, inclusive, no que se refere ao contraditório, uma vez que, a recorrente não recebeu todos os documentos fiscais produzidos no procedimento fiscal, portanto, ilegal, não encontrando abrigo na lei, inclusive, sem respaldo na teoria da aparência, e segundo, porque a não informação e ausência de segregação das mercadorias não tributadas, pelo autuante, fere de morte a legalidade.

Salienta que em seu relatório de encerramento de procedimento fiscal, o autuante menciona a utilização de diversos documentos, os quais deveriam integrar a relação dos documentos constantes no respectivo auto, sem os quais não poderá a recorrente exercer o seu pleno direito à ampla defesa e o contraditório, ocasionando aqui, em inequívoco prejuízo em seu desfavor.

Enxerga que a Lei Maior determina que o Devido Processo Legal alcance o âmbito administrativo e, inclusive, que nele está incluído que o direito de recorrer é inerente à própria garantia da Ampla Defesa. O referido dispositivo constitucional consignou que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (art. 5º, LV. Destacado). Cita palavras de doutrinadores (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p. 685).

Inferre que a referida decisão recorrida necessita de reparo.

Afirma ser optante pelo Simples Nacional à época dos fatos ventilados no auto de infração. Verifica que muitos produtos comercializados pela recorrente estão amparados pelo instituto da substituição tributária, e outros são isentos ou não tributados, e nesse ponto, a comprovação dos respectivos valores se faz necessário, uma vez que estes devem ser segregados da base de cálculo do imposto.

Finaliza requerendo pelo(a):

- o recebimento deste recurso e o seu posterior conhecimento;
- que seja atribuído o efeito suspensivo, na forma da lei;
- o deferimento do presente recurso para que seja reparada a decisão guerreada, cancelado o crédito tributário em desfavor da recorrente;
- produção de provas por todos os meios em direito admitido, desde já requerido;
- pugna pela anulação do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, de auto julgado Procedente em Parte pela 4ª JF, sendo que a parte desonerada foi decorrente da decadência dos fatos geradores referentes ao período de 31/01/2012 até 30/11/2012, uma vez que ocorreu a notificação do autuado em 29/12/2017.

Assim, foi excluído integralmente o lançamento no valor de R\$1.394,63 referente a infração 01, enquanto que da infração 02 foi excluída a quantia de R\$6.390,95, remanescendo a quantia de R\$31.154,69.

No caso, a infração 1 foi decorrente da 2, em função do fato de que as receitas omitidas levaram ao lançamento do imposto devido na exata base de cálculo da omissão de receitas e a infração 1 (que não é objeto deste Recurso) decorreu do recolhimento a menos, uma vez que a soma das receitas omitidas, alteraram a alíquota originalmente utilizada nas receitas declaradas.

O Recorrente fez longa arguição acerca de nulidades do processo. Diz que não recebeu toda a documentação fiscal necessária para a conferência das autuações em seu desfavor. Isso porque, o Fiscal, alegadamente deixou de apresentar ao recorrente todos os documentos necessários para a legalidade do referido auto de infração, uma vez que não disponibilizou a ordem de serviço que deu ensejo à demanda, os termos de abertura e encerramento, demais documentos comprobatórios das autuações, relatórios de cálculos, cópias das notas fiscais de modo a comprovar as mercadorias, sujeitas ou não ao regime da substituição tributária ou da antecipação parcial.

Quanto a isto, constato que à fl. 06 há um termo de início de fiscalização da OS 5055520/17, à fl. 07 uma intimação para apresentação de documentos fiscais assinada pelo contribuinte em 08/11/2017, e à fl. 08, há um termo de entrega do auto de infração, com demonstrativos e documentos fiscais, numa mídia contendo planilhas e demonstrativos do levantamento fiscal em 29.12.2017, com assinatura do representante do contribuinte.

O Recorrente aponta ainda, que os relatórios levados aos autos pelo auditor fiscal, não merecem

e não podem ser considerados, primeiro, porque a ausência de regular notificação da Recorrente, vicia o processo, pela segregação do princípio da legalidade, a não atenção ao devido processo legal, o não cumprimento do contraditório e da ampla defesa, e segundo, porque a autuação decorre à margem da documentação a que faz menção a manifestação da própria autuante proferida no curso do julgamento do processo, conforme consta da referida decisão, ora em combate.

Consta anexado o Relatório TEF anual de 2012 a 2014, fls. 20/22 e a seguir, a Declaração de Informações sócio econômicas e fiscais dos exercícios fiscalizados; às fls. 64 e seguintes, consta a apuração de receitas no exercício de 2012, 2013 e 2014, com a coluna do valor apurado com substituição tributária, do valor sem substituição e o valor do faturamento total.

Entre as fls. 67/69 consta a movimentação mensal do caixa nos exercícios de 2012 a 2014, apurando-se as receitas omitidas. Entre as fls. 71/73 consta o demonstrativo do ICMS sobre faturamento – SIMPLES NACIONAL, com 11 colunas – mês, receita bruta declarada, receita bruta omitida, receita bruta total, receita bruta total do exercício anterior, receita bruta auferida em 12 meses, alíquota de ICMS, percentual de proporcionalidade, receitas tributadas omitidas, enquadramento, e por fim, o ICMS a pagar.

Assim, sob o ponto de vista do que consta nos anexos do processo, todos os documentos necessários à análise para o julgamento se encontram presentes, contudo, ao consultar a mídia (CD) que está à fl. 74, é possível constatar os seguintes arquivos:

- Compras 2012/2014, em arquivo xml
- Extratos do SIMPLES NACIONAL
- LRE – 2012/2014
- Apuração do Caixa 2012/2014
- Notas fiscais de entrada
- Pagamentos Duplicatas

Tal mídia, se encontra junto ao Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 75, entregue e assinado pelo contribuinte em 29/12/2017, onde consta textualmente a entrega dos seguintes documentos anexados à mídia:

Caixa (RICARDO)
CO – COMPRAS 2012/2014
PAGTO DUPLICATAS 2012/2014
TOTAL DE 7 ARQUIVOS – 3 das compras, 3 das duplicatas, e o caixa.

Ao apreciar os argumentos do Recorrente, destaco os seguintes trechos:

(...) ausência dos demais documentos comprobatórios das autuações, relatórios de cálculos, (...) perde validade o Ato Administrativo, facilmente constatada nos autos, em decorrência da não comprovação da disponibilidade à recorrente, de todas as peças produzidas pela autuante, que, sem as quais, não pode a recorrente, exercer de forma satisfatória o contraditório e a ampla defesa... (...) que não pode prosperar o auto de infração, por ofensa a segurança jurídica, por acarretar o cerceamento de defesa em desfavor da recorrente, porque, ausentes todos os documentos constitutivos do direito do Fisco, não podendo, o recorrente fazer jus, satisfatoriamente, ao contraditório e a ampla defesa, o que acarreta em seu desfavor, danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Nas nove páginas do Recurso Voluntário, não vislumbro sequer a defesa de mérito, e devo concordar que houve cerceamento de defesa, visto o contribuinte não ter tido acesso aos demonstrativos que efetivamente calculam o imposto devido.

Se perguntado por exemplo, como o autuante chegou ao valor lançado em dezembro de 2014, (R\$1.843,35), sem a verificação do demonstrativo consolidado da falta de pagamento de ICMS à fl. 72, com todos os pormenores que envolvem a apuração da base de cálculo, que diga-se, não é nada simples, visto todas as intercorrências para se chegar ao valor do imposto devido, é inviável ao Recorrente apurar eventuais erros cometidos pelo autuante para que possa se defender.

Como estavam presentes todos os elementos do processo, impressos, inicialmente pensei que tais argumentações não se sustentassem o que provavelmente também levou a equívoco do julgador *a quo*, contudo, é fato que os demonstrativos mais importantes, entre as fls. 70/73, que consta a síntese das omissões apuradas, somadas às receitas declaradas, com as receitas brutas totais do exercício fiscalizado e anterior, a alíquota aplicada, e a proporcionalidade de isentas/substituídas/tributadas e por fim, o ICMS devido, não se encontram no arquivo de mídia do processo, e é possível aferir mediante descrição do recibo de arquivo eletrônico, que o Recorrente não teve mesmo acesso a tais demonstrativos, o que o impediu de conferir as receitas atribuídas, declaradas e não declaradas, a proporcionalidade, a alíquota, etc., cerceando a sua defesa.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, decretando NULA a Decisão recorrida, devendo os autos retornarem à primeira instância, para que sejam fornecidos ao Recorrente, todos os demonstrativos que embasaram a autuação, reabrindo-se o prazo de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 232272.0022/17-8, lavrado contra **RICARDO ARAGÃO CRUZ – ME**, devendo retornar à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo das falhas apontadas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS