

A. I. Nº - 298624.0012/19-0
AUTUADO - LOREAL BRASIL COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLCIAÇÃO - INTERNET - 06/11/2020

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0107-01/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/08/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$66.629,75, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração imputada ao autuado: *Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria, bem ou serviço, para uso, consumo ou ativo permanente, destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do Inciso XVI do art. 4º da Lei 7.014/96.*

Consta na complementação da conduta infracional imputada ao autuado que a empresa *reteve e não recolheu ICMS EC 87/15*.

Período de ocorrência: fevereiro a dezembro de 2017.

Enquadramento Legal: inciso II do § 4º do art. 2º; inciso XVI do art. 4º; e item 2 da alínea “j” do inciso I e item 2 da alínea “c” do inciso II, ambos do art. 13 da Lei n. 7.014/96 e EC nº 87/2015.

Multa Aplicada: art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou Defesa (fls. 27 a 30). De início, registra a tempestividade da peça defensiva. Consigna que teve ciência do Auto de Infração em 26/08/2019 (segunda-feira), vencendo-se o prazo de 60 dias para apresentar defesa, somente, em 25/10/2019 (sexta-feira), conforme comprovam o número do Aviso de Recebimento e o demonstrativo de entrega dos Correios, ambos anexados à peça de Defesa. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa.

Alega que conforme se verifica na descrição dos fatos e na documentação anexa ao Auto de Infração, não se trata de retenção e não recolhimento do ICMS referente a diferença de alíquotas, mas sim de apontamento quanto a eventual recolhimento a menos, haja vista que se encontra anexado ao Auto de Infração um extenso demonstrativo de recolhimentos feitos pela empresa, conforme Relação de DAEs – Ano 2017, o que já demonstra incongruência entre a descrição da autuação e aquilo que de fato ocorreu.

Aduz que se a Fiscalização entendesse que houve recolhimento a menos, em vez de retenção e não recolhimento, deveria apontar em quais operações que esse fato não ocorreu. Afirma que inexiste no Auto de Infração qualquer indicação de quais seriam as notas fiscais em que a infração teria sido detectada.

Assevera que isso faz com que a sua defesa fique prejudicada, haja vista a necessidade de se iniciar o processo a partir de um exercício de dedução daquilo que supostamente estaria incorreto no recolhimento que foi realizado pela empresa, para tentar entender a razão pela qual houve a autuação, o que demonstra que o seu direito de defesa foi cerceado.

Salienta que diante de tal circunstância, após o recebimento do Auto de Infração, teve de fazer sucessivos contatos com a Fiscalização para receber elementos adicionais que pudessem auxiliar na compreensão daquilo que lhe havia sido exigido. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 18 do RPAF/BA/99.

Conclusivamente, sustenta que a autuação deve ser declarada nula, haja vista que não traz elementos suficientes na descrição da autuação sobre o que estaria de fato contrário à legislação na sua conduta para que tenha lhe sido exigido ICMS-DIFAL adicionalmente àquilo que já foi recolhido espontaneamente pela empresa, até mesmo porque os dispositivos apontados como infringidos são genéricos no que diz respeito ao recolhimento do ICMS-DIFAL, não cabendo à empresa adivinhar a infração.

No mérito, consigna que junto ao Auto de Infração foi enviado o demonstrativo referente à diferença apurada mês a mês quanto à infração supostamente cometida.

Alega que no referido demonstrativo inexiste qualquer menção da sistemática utilizada para obtenção dos valores apontados na coluna “partilha destino”, e muito menos indicação de quais notas fiscais que teriam originado a suposta diferença.

Frisa que apesar do claro cerceamento de defesa demonstra que houve total observância às disposições legais no que concerne ao recolhimento do imposto apontado em suas notas fiscais. A título exemplificativo, apresenta demonstrativo do cálculo do imposto, além do adicional ao Fundo de Combate à Pobreza, respeitando o descrito na cláusula segunda do Convênio 93/2015, referente à Nota Fiscal nº 712.946 (doc. 04), conforme abaixo:

- Valor do Produto (a): 16,14
- Alíquota ICMS Interestadual (b): 7%
- Alíquota IPI (c): 22%
- Valor IPI (d): 3,55 (a x c)
- Base de Cálculo do ICMS (e): 19,69 (a + d)
- Valor ICMS Interestadual (f): 1,38 (e x b)
- Alíquota de ICMS Interna (g): 18%
- DIFAL (h): 2,17 (e x g - f)
- DIFAL Destino (i): $2,17 \times 60\% = 1,30$
- FECP (j): 2%
- Valor FECP (k): 0,39 (e x j)
- Total pago ao Estado da Bahia (l): 1,69 (i + k)

Ressalta que adicionalmente anexou 24 DANFES de Nota Fiscal que comprovam o cálculo e recolhimento dos valores apurados para demonstração do apontado.

Alega que em face da quantidade de operações no período, seria impossível fosse sua tarefa a composição das notas fiscais que comporiam a base de cálculo apontada pela Fiscalização.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 79/80). Observam que em relação à tempestividade da peça defensiva foi lavrado o “termo de revelia”, fl. 15 dos autos, e por pleito do autuado (fl.25), o PAF foi enviado para que prestassem a Informação Fiscal, sendo que este fato deverá ser analisado criteriosamente pelo relator.

Quanto à arguição de nulidade, discorrem sobre as alegações defensivas. Dizem que o autuado junta à fl. 30 dos autos, cálculo de Difal que não tem nada a ver com a autuação, e solicita a improcedência/nulidade do lançamento.

No mérito, sustentam que a autuação está correta. Esclarecem que a exigência fiscal se refere a imposto retido e não recolhido, fl. 05. Dizem que a coluna “partilha de destino”, mostra mês a mês o total do imposto destacado. Na próxima coluna verifica-se as devoluções que são abatidas. Na coluna “Rec Part”, dizem que constam todos os recolhimentos efetuados pelo autuado, fls. 06/07, lançado na “Relação de DAE’s”, com código - 2151 - EC n. 87/15 - Consumidor final.

No tocante à alegação defensiva quanto à ausência de menção da sistemática utilizada para se obter os valores, dizem que não há mesmo, pois os valores foram fornecidos pelo autuado. Acrescentam que as notas fiscais foram indicadas sim e constam na mídia anexada à fl. 08. Registraram que em face de o autuado não ter se dado ao trabalho de abrir a mídia para realizar a defesa, vão imprimir a planilha onde consta nota a nota, com a partilha retida e as devoluções e acostar à Informação Fiscal.

Assinalam que abateram da exigência fiscal o ICMS recolhido, fl. 05, e opinam pela procedência da infração.

Acrescentam que o trabalho fiscal foi feito com informações prestadas pelo autuado. Alertam que imposto retido e não recolhido é crime previsto na legislação. Neste sentido, invocam e reproduzem a Lei Federal nº. 8.137/1990 que define os crimes contra a ordem tributária, bem como o artigo 42, V, “a” da Lei Estadual n. 7.014/96, cuja multa é de 150%.

Registraram que no caso da EC nº 87/15 a multa imposta foi menor por não constar no Sistema Informatizado de Auto de Infração - SEAI.

Finalizam a peça informativa mantendo na íntegra o Auto de Infração.

Consta à fl. 87, despacho do ilustre Coordenador da Coordenação de Administração do CONSEF, no sentido de que, a SAT/DARC/GECOB/- DÍVIDA ATIVA retire o Auto de Infração da “SITUAÇÃO de Div Ativ/INSC NA D ATIVA/Em ABERTO, sendo que após a alteração deve ficar na situação de “Inicial/PARA JULGAMENTO/Em aberto. Após deverá o processo retornar ao CONSEF para prosseguimento do trâmite processual.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado, na condição de remetente da mercadoria, bem ou serviço, para uso ou ativo permanente, destinado a consumidor final, não contribuinte do imposto, deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da Lei n. 7.014/96.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional, que o autuado *reteve e não recolheu ICMS EC 87/15*.

Inicialmente, cumpre observar que a questão da tempestividade da peça defensiva restou ultrapassada, em face, inclusive, do próprio despacho exarado pela Coordenação de Administração do CONSEF, no sentido de que, a SAT/DARC/GECOB/- DÍVIDA ATIVA retire o Auto de Infração da “SITUAÇÃO de Div Ativ/INSC NA D ATIVA/Em ABERTO, sendo que após a alteração deve ficar na situação de “Inicial/PARA JULGAMENTO/Em aberto.

Ademais, o impugnante comprovou que a Defesa é tempestiva, haja vista que protocolizada na SEFAZ/BA dentro do prazo de 60 dias, concedido pela legislação de regência.

O impugnante argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa.

Alega que conforme se verifica na descrição dos fatos e na documentação anexada ao Auto de Infração, não se trata de retenção e não recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas, mas sim de apontamento quanto a eventual recolhimento a menos, haja vista que se encontra anexado ao Auto de Infração, um extenso demonstrativo de recolhimentos feitos pela empresa, conforme Relação de DAEs – Ano 2017, o que já demonstra incongruência entre a descrição da autuação e aquilo que de fato ocorreu.

Aduz que se a Fiscalização entendesse que houve recolhimento a menos, em vez de retenção e não recolhimento, deveria apontar em quais operações esse fato não ocorreu. Afirma que inexiste no Auto de Infração qualquer indicação de quais seriam as notas fiscais em que a infração teria sido detectada.

Assevera que isso faz com que a sua defesa fique prejudicada, haja vista a necessidade de se iniciar o processo a partir de um exercício de dedução daquilo que supostamente estaria incorreto no recolhimento que foi realizado pela empresa, para tentar entender a razão pela qual houve a autuação, o que demonstra que o seu direito de defesa foi cerceado.

Sustenta que a autuação deve ser declarada nula, haja vista que não traz elementos suficientes na descrição da autuação sobre o que estaria de fato contrário à legislação na sua conduta, para que tenha lhe sido exigido ICMS-DIFAL adicionalmente àquilo que já foi recolhido espontaneamente pela empresa, até mesmo porque, os dispositivos apontados como infringidos são genéricos no que diz respeito ao recolhimento do ICMS-DIFAL, não cabendo à empresa adivinhar a infração.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, permite concluir que, efetivamente, assiste razão ao impugnante.

De fato, não se trata de retenção e não recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas, mas sim de recolhimento a menos, haja vista que o próprio demonstrativo elaborado pelos autuantes apontam o valor que seria devido; o valor recolhido conforme Relação de DAEs – Ano 2017; e a diferença a recolher.

O impugnante alega que se a Fiscalização entendesse que houve recolhimento a menos, em vez de retenção e não recolhimento, deveria apontar em quais operações que esse fato não ocorreu, inexistindo no Auto de Infração qualquer indicação de quais seriam as notas fiscais em que a infração teria sido detectada.

Quanto a essa alegação, os autuantes dizem que as notas fiscais foram indicadas sim e constam na mídia anexada à fl. 08.

Ocorre que na referida mídia de fl. 08, apesar de constar as notas fiscais referentes ao exercício de 2017 - objeto da autuação - também consta notas fiscais referentes ao exercício de 2016 - que não foi objeto da autuação -, inexistindo qualquer explicação quanto a esse fato.

Ademais, o demonstrativo elaborado pela Fiscalização tem o seguinte título: “ICMS PARTILHA RETIDO A MENOS – MEMÓRIA DE CÁLCULO”.

Ora, o próprio levantamento traz incerteza do que efetivamente se trata a exigência fiscal. Por certo que “retido a menos” é muito diferente de “retido e não recolhido”, inclusive, no tocante à própria penalidade aplicável, no caso 60% e 150%, respectivamente.

No presente caso, resta evidente que a autuação é nula, haja vista que não indica de forma clara a descrição dos fatos, existindo insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298624.0012/19-0**, lavrado contra **LOREAL BRASIL COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR