

A. I. N° - 089604.0003/18-9
AUTUADO - JSG-DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO CORREIA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/09/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-03/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. Não estão presentes nos autos o demonstrativo do débito, nem o critério adotado para determinação da base de cálculo. Esta situação cerceou o pleno direito de defesa do contribuinte. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia. Não foi demonstrado como o autuante encontrou a base de cálculo do imposto lançado. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal e que cause cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2018, exige crédito tributário no valor de R\$299.633,11, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.40 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no mês de dezembro de 2017, no valor de R\$471,95, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 02.01.02 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referentes a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a setembro, outubro e novembro de 2015, no valor de R\$95.690,69, acrescido da multa de 100%;

Infração 03. 02.01.02 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2016, no valor de R\$187.937,43, acrescido da multa de 100%;

Infração 04. 03.01.04 - recolheu a menos ICMS em razão de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e ou arquivos eletrônicos, mês de dezembro de 2015, valor de R\$212,60, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 03.02.04 - recolheu a menos ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de janeiro de 2015, no valor de R\$37,21, acrescido da multa de 60%;

Infração 06. 06.02.01 - falta de recolhimento de ICMS, relativo a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da

Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de outubro e novembro de 2016, no valor de R\$3.738,25, acrescido da multa de 60%;

Infração 07. 06.02.01 - falta de recolhimento de ICMS, relativo a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, agosto, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$11.300,88, acrescido da multa de 60%;

Infração 08. 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$183,07;

Infração 09. 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$61,03.

O autuado impugna o lançamento fls.23/24. Diz que vem apresentar impugnação aos termos do Auto de Infração, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Diz ser empresa que atua no segmento de comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante, a mais de 10 anos, com sede na cidade de Ilhéus, onde realiza suas atividades. Diz que foi intimada sobre débitos de ICMS, no entanto, trata-se de uma autuação equivocada devendo ser arquivada nos termos da presente impugnação.

Afirma que a presente notificação resta eivada de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade devendo, portanto, observar estes requisitos.

No tocante aos valores apurados, diz verificar que não foi observada a existência de créditos de períodos corrente e anteriores, conforme demonstrados na DMA e SPED ICMS. Assim, verifica que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado, redundando na nulidade do auto de infração, pois desobedece ao art. 142 do CTN conforme transcreve.

Frisa que a igualdade constitucional que provisiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações que não possui as condições de exigibilidade forense, onde a liquidez e certeza precisam restar provados, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Cita jurisprudência sobre o tema. Resume ser incabível o auto de infração apresentado pelos seguintes motivos: (i) não foram listadas as notas que fundamentam a infração e formação das bases de cálculo; (ii) não foram analisadas nas declarações de posse da Secretaria da Fazenda, os créditos tributários.

Anexa as apurações de DMA – na qual demonstra os valores pagos de ICMS e seus créditos tributários. Pede a completa anulação do referido auto.

O Autuante presta informação fiscal fls.31/32. Diz que a autuação está em conformidade com o inciso II do art. 39 do RPAF/99 que reproduz. Aduz que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, conforme alegado.

Afirma que os documentos acostados à fl. 06, confirmam as infrações, assim como, a mídia à fl. 18 do PAF. Conclui que analisado todos os fatos, planilhas eletrônicas, provas apresentadas e argumentos de direito trazidos à apreciação, requer a procedência total do auto de infração.

Sobre a alegação defensiva de vício formal, afirma que a autuação está conforme o artigo 142 do CTN e atende ao disposto no art. 39, do RPAF/99. Não há que se falar em cerceamento de direito de defesa, eis que foi plenamente amparada e satisfeita e o direito será dado a conhecer pelos Julgadores.

Explica que os documentos acostados fl.06, confirmam as infrações. Também a mídia juntada à folha 18 do PAF, e os arquivos ali presentes, refletem o que já está descrito na citada folha 18. Portanto, conclui está validado o seu trabalho, quanto a legalidade e certeza das infrações cometidas pela autuada, com a respectiva penalidade.

Assevera que, visto e analisado todos os fatos, planilhas eletrônicas, provas apresentadas e argumentos de direito trazidos à apreciação, requer a procedência total do auto de infração.

No curso da instrução processual, foi verificado que, apesar de constar dos Autos fl.17, documento assinado pelo Autuado de que teria recebido tais demonstrativos em um *Pen Drive*, ao acessar esta mídia eletrônica fl.18, constatei a existência, apenas, referente a Infração 02, de uma relação de notas fiscais de saídas que não foram registradas. No *Pen drive*, esta citada relação de notas fiscais, se repetem para todas as outras infrações.

Em função dos argumentos defensivos contestando a autuação e para evitar o cerceio ao direito à ampla defesa do Autuado, os membros da 3ª JJF, decidiram converter o PAF em diligência ao AUTUANTE, para que tomasse a seguinte providência: a) elaborasse demonstrativo analítico para cada uma das infrações, sendo que, para as infrações 01, 06, 07, 08 e 09, deveria ser nota por nota, totalizando mensalmente, conforme valores lançados no corpo do Auto de infração. Para as infrações 06 e 07, discriminasse as mercadorias adquiridas sujeitas ao pagamento do ICMS Diferença de Alíquotas. Reabrisse o prazo de defesa ao Autuado.

A diligência não foi realizada. O Auditor fiscal declarou ter perdido todas as planilhas inerentes a autuação dos computadores da Inspetoria de Ilhéus e não tinha possibilidade de refazê-las.

VOTO

O Autuante acusou o contribuinte de violação à legislação tributária devido a nove infrações arroladas em ação fiscal, conforme relatadas na inicial.

Em sede de impugnação, o Autuado afirmou não existir clareza e precisão na autuação, considerando que não teria recebido o demonstrativo analítico de cada uma das infrações, onde pudesse verificar nota a nota, do que estaria sendo acusado.

Na informação fiscal, o Autuante não apreciou esta alegação conforme previsão regulamentar.

No curso da instrução processual, foi verificado que, apesar de constar dos Autos fl.17, documento assinado pelo Autuado de que teria recebido tais demonstrativos em um *Pen Drive*, ao acessar esta mídia eletrônica fl.18, constatei a existência, apenas, referente a Infração 02, de uma relação de notas fiscais de saídas que não foram registradas. No *Pen drive*, esta citada relação de notas fiscais, se repetem para todas as outras infrações.

Em função dos argumentos defensivos contestando a autuação e para evitar o cerceio ao direito à ampla defesa do Autuado, os membros da 3ª JJF, decidiram converter o PAF em diligência ao AUTUANTE, para que tomasse a seguinte providência: a) elaborasse demonstrativo analítico para cada uma das infrações, sendo que, para as infrações 01, 06, 07, 08 e 09, deveria ser nota por nota, totalizando mensalmente, conforme valores lançados no corpo do Auto de infração. Para as infrações 06 e 07, discriminasse as mercadorias adquiridas sujeitas ao pagamento do ICMS Diferença de Alíquotas.

A diligência não foi realizada. Em manifestação fiscal fls. 37/38, o Autuante declarou o seguinte: *“os arquivos contendo os dados necessários para cumprimento da presente diligência, foram arquivados como de praxe, na Pasta PUB da antiga INFAZ ILHÉUS. Quando da extinção da referida Unidade, solicitei recuperar os arquivos contendo todos os documentos pertencentes na minha Pasta JACSOUZA, ali arquivada, que continha todos os trabalhos elaborados na referida Unidade. Não consegui recuperar tais arquivos. Portanto fiquei impossibilitado de cumprir a diligência requerida. Informo ser necessário autorização para requerer os arquivos das EFD, NFe e demais documentos fiscais, para que possa satisfazer o determinado no presente despacho do CONSEF. Salvo melhor juízo”*.

Em obediência a legislação tributária e da situação relatada, o presente Auto de Infração não pode subsistir devido a insegurança na qualificação das infrações e na quantificação da base de cálculo. Não se pode afirmar com inequívoca certeza, que os valores lançados obedecem aos requisitos exigidos no art. 39 do RPAF/99, para validade do Auto de Infração.

Com efeito, o art. 142 do CTN estabelece que, no lançamento, cabe à autoridade fiscal calcular o montante do tributo devido. Obviamente, em observância ao princípio da garantia à ampla defesa, plasmado no art. 2º do RPAF/99, tal cálculo deve ser consubstanciado em demonstrativo e/ou documento juntado aos autos, o que não ocorreu. Igualmente, o parágrafo 1º do art. 18 do RPAF/99 estabelece que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões ser corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente.

No presente caso, em função da ausência dos citados demonstrativos da base de cálculo, sem os quais é impossível determinar com segurança o montante do débito tributário, esta 3ª JFJ converteu o PAF em diligência, a fim de que fosse purgado o vício encontrado. No entanto, esta não foi cumprida.

Para determinação da base de cálculo, a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente como esta foi apurada, o que há de ser feito de forma clara, apontando o critério ou método adotado pelo Fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação.

A exigência de clareza da forma como foi apurado o débito decorre dos princípios da legalidade e da verdade material, devendo os agentes do Fisco pautar os seus atos com observância do Código Tributário Nacional, precisamente o seu artigo 142, parágrafo único, assim como o RPAF/99, em seu art. 39. A descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.

No presente caso, observo que o Auto de Infração descumpre o disposto no inciso II do artigo 130 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, que determina:

art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

O lançamento de ofício, também contraria o artigo 41, inciso II, do RPAF/99, que repete o teor do mencionado artigo do COTEB.

A autuação em foco enquadra-se, ainda, na situação descrita na Súmula CONSEF nº 1:

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 compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Nesta seara, a falta de demonstração da base de cálculo e da origem dos valores que materializam o auto de infração implica ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa e do contraditório, acarretando a nulidade do Auto de Infração.

Assim, concluo após toda a análise acima exposta, que a demonstração equivocada de como se chegou à base de cálculo do imposto e da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Represento à autoridade competente que determine a renovação do procedimento para verificação dos reais fatos ocorridos, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99. Informo ao contribuinte que ele poderá regularizar qualquer situação, sem penalidade, antes do início de nova ação fiscal.

Ante ao exposto, 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 **089604.0003/18-9**, lavrado contra **JSG DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA**.

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 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR