

A. I. Nº - 207095.0010/20-2
AUTUADO - MOREIRA, TOLEDO & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/07/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-02/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SÚMULA 01 DO CONSEF. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Diante do fato de não constar no lançamento a necessária e imprescindível demonstração da base de cálculo do imposto exigido, sequer os critérios utilizados para apuração do montante lançado, até pela incapacidade de realização da diligência requerida, o lançamento padece de vício insanável, inclusive quanto ao exercício do pleno direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 11 de fevereiro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$203.871,24, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **07.01.02.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de abril, julho a setembro e dezembro de 2015, fevereiro a dezembro de 2016.

Consta a informação do autuante de que *“a princípio cabe registrar que o enquadramento de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária, deve ser considerada sua descrição, na legislação própria, juntamente com sua classificação fiscal correspondente na NCM.*

Assim, caso a NCM esteja indicada na norma, mas a descrição do produto não corresponda ao que está escrito no dispositivo legal, não se aplica a substituição tributária. Dê-se o devido destaque ao fato de que a análise deve ser feita considerando-se a classificação fiscal que consta na respectiva Nota Fiscal. O art. 289 do RICMS/12 determina que as mercadorias elencadas no seu Anexo 1 estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

O estabelecimento comercial cadastrou mercadorias idênticas com várias NCMs do mesmo item, de itens distintos e outros alheios ao Anexo 1 do RICMS/12.

Ex:

CANTONEIRA ALU 5/8" 2M.....76042920
CANTONEIRA BC 25CM C/2.....83024100
CANTONEIRA P/FORRO 25x30 C/3M.....72166190
DESEMPENADOR P/PORTAS C/2.....94039090
DESEMPENADOR P/PORTAS DP90 C/2.....83024200
DISCO LIXA P/LIXAD ANG. POLITRIZ 7" G50.....82023900
DISCO LIXA P/LIXAD ANG. POLITRIZ 7" G36.....68053020
ESQUAD PREC EPL3200 5CV TRIF LEO.....84659900
ESQUADRETA 55/78/26/1036/997/3528C/4.....83024200
ESQUADRETA ALX004/008/012/021/023/038C/4.....79070090

ESQUADRETA P/011/720/623 C/4.....76042920
ESQUADRETA P/ALX002/016/017 C/4.....76042100
FITA 22x0,40 BRANCO TX 50M P.....39204900
FITA 22x0,45 BRILHO 20M R.....39162000
FITA 22x0,45 ARGILA TX 20M P.....39204900
GRAMPO GRAMP AT3033S 80/06 22000 UN PUMA..83052000
GRAMPO ROSEIRA 10.....73170020
GRAMPO SARG APERTO RAP 24 IW1973 IRWIN.....82057000”

Tempestivamente, o autuado, por seu representante, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 26 a 40, onde, após breve resumo dos fatos, inicialmente tem como extremamente importante para o correto entendimento dos fatos, esclarecer ser empresa cuja atividade principal é o fornecimento de matérias primas utilizadas com exclusividade pela indústria de móveis feitos sob encomenda, sobretudo por marceneiros autônomos, Micros Empreendedores Individuais e demais empresas que trabalham na confecção de móveis.

Fala que uma rápida pesquisa no seu cadastro de clientes, possibilita a qualquer analista minimamente atento, a percepção desta verdade. Além disso, trata-se de uma empresa que mantém rigorosamente em dia todas as suas obrigações para com seus colaboradores, fornecedores, clientes e, em particular, suas obrigações sociais, tributárias, fiscais e contábeis, fornecendo, sempre, informações precisas de suas atividades, por meio das diversas obrigações acessórias a que está obrigada, além do inegociável respeito ao meio ambiente.

Se diz surpreendida com a lavratura de quatro Autos de Infração, de números 207095.0007/20-1, 207095.0008/20-8, 207095.0010/20-2 e 207095.0011/20-2, todos elaborados pelo Auditor Fiscal José Pedro Robertson de Sousa, lavrados em 11/02/2020, e cientificados em 12/02/2020.

Aduz ser imprescindível para a correta compreensão dos julgadores, que os erros cometidos e que motivaram as lavraturas dos quatro Autos de Infração relacionados, decorrem, em apertada síntese, dos seguintes erros no levantamento fiscal:

- a) Consideração de mercadorias sujeitas a antecipação parcial, como sendo de antecipação total, desconsiderando os recolhimentos feitos pelo contribuinte;
- b) Consideração de mercadorias sujeitas a antecipação total, como sendo de antecipação parcial, desconsiderando os recolhimentos feitos pelo contribuinte;
- c) Como consequência, consideração de créditos indevidos sobre as mercadorias que entendeu sujeitas a substituição tributária;

d) Por conseguinte, as mercadorias que a fiscalização desconsiderou como sujeitas a Substituição Tributária constantes do anexo 1 do RICMS/12, entendeu cobrar o ICMS não destacado nos documentos fiscais NF-e e NFC-e;

e) Cobrança de multa pela falta de escrituração de notas fiscais de determinado mês, que estão escrituradas em meses subsequentes, cujo lançamento nos livros próprios efetuou pelo critério de data de entrada;

Por estes motivos, os Autos de Infração são interligados e devem ser analisados e julgados conjuntamente, uma vez que a correção dos erros cometidos em um, implicará correção nos demais. Analisando (o que foi possível analisar com os demonstrativos incompletos e desconexos), identificou diversas falhas no levantamento fiscal, que serão objetivamente demonstrados adiante.

Fala não ser necessário apelar para o Princípio Constitucional do direito à ampla defesa, diante do notório zelo que este Conselho adota em seus julgados, que tem ao longo de anos assegurado este direito a quem se socorre contra eventuais abusos ou erros cometidos durante flagrantes lançamentos feitos sem o devido cuidado pelas autoridades lançadoras,

No caso em discussão neste processo, ocorreu ter ficado impossibilitada de conhecer todos os elementos necessários a completude dos lançamentos, coincidentes em datas e valores, que motivaram a eventual ocorrência do suposto ilícito tributário que lhe é imputado. Os demonstrativos foram apresentados pelo autuante em total desconexão com os valores constantes dos autos, o que motivou diversas solicitações por contato telefônico e por fartos e-mails enviados diretamente para seu endereço corporativo na SEFAZ, nas seguintes datas (histórico):

12/02/2020. Recebimento do Auto de Infração sem os Demonstrativos;

17/02/2020. - 10:25h - Solicitação das planilhas e Demonstrativos por e-mail, após ligação telefônica;

17/02/2020 - 14:14h — Recebimento dos Relatórios em PDF;

18/02/2020 - E-mail informando ao fiscal que há divergências entre os valores do relatório e o que consta do Auto;

18/02/2020. 14:03h - Auditor solicita retirada da documentação em CD na inspetoria com Sra. Isabel Ribeiro;

18/02/2020. 17:18h - E-mail informando que estivemos na SEFAZ, porém a documentação não estava disponível;

18/02/2020. 21:45h - Recebimento dos relatórios novamente inconsistentes e em PDF;

03/03/2020 - E-mail informando que ainda há relatórios com valores diferentes do apresentado nos Autos, destacando diversos pontos divergentes;

03/03/2020. 9:14h Auditor responde que valores deverão ser apresentados na defesa administrativa;

09/03/2020. Protocolo de petição, visando reabertura de prazo (SIPRO 29864/2020-5);

17/03/2020. Foi à Inspeção solicitar análise da solicitação protocolada;

17/03/2020. Em resposta a solicitação constante do Processo SIPRO 29864/2020-5, o Auditor encaminha os mesmos documentos inconsistentes enviados em 18/02/2020;

25/03/2020. O Supervisor, Sr. Joelson, encaminha cópia do e-mail de 17/03/2020 do Sr. José Pedro;

26/03/2020. Resposta ao Supervisor com detalhamento das diferenças entre os Relatórios e os Autos de Infração;

30/03/2020. O Supervisor responde para contatar o autuante para maiores esclarecimentos;

30/03/2020. 11:25h. Auditor responde que a empresa deverá apresentar defesa administrativa anexando suas apurações.

Como demonstrado, não logrando êxito em obter tais demonstrativos diretamente do Auditor Fiscal, pois somente de posse deles poderia se manifestar sobre a procedência ou não da cobrança, protocolou Petição direcionada ao Inspetor Fazendário da INFAZ Centro Norte, através do processo SIPRO 029864/2020-5.

Ocorre que, em que pese toda cordialidade e presteza no atendimento do Sr. Inspetor Fazendário e do Supervisor da unidade, e apesar da cobrança elaborada por estes, o autuante continuou remetendo os mesmos demonstrativos sem conexão com os valores cobrados, o que lhe impede uma defesa plena, uma vez que considerará os demonstrativos inconsistentes apresentados sem a certeza do que está sendo efetivamente cobrado, pautando sua análise na eventualidade de que as mercadorias apontadas no levantamento fiscal, contemplem algumas das mercadorias que o autuante considerou e que não é de seu conhecimento completo.

Pontua ter elaborado um demonstrativo com as diferenças, que também foram enviados por e-mail para o autuante, na tentativa de obter os dados.

Relata que também não lhe foram apresentados, quaisquer demonstrativos que evidenciem os diversos e tempestivos pagamentos que foram realizados, nem como o autuante chegou aos valores que cobra em seu levantamento fiscal, sendo sabido ser imprescindível para que uma

determinada mercadoria seja considerada no instituto da substituição ou antecipação tributária, que ela figure como tal na legislação tributária, em especial no Anexo 1 ao RICMS/2012.

Sem os respectivos demonstrativos dos valores eventualmente calculados pela fiscalização, que se faz condição essencial saber quais mercadorias foram consideradas ou não em seu trabalho, é impossível saber (e, portanto, conferir sua procedência) quais mercadorias, ao final, foram levadas a efeito de cálculo na autuação, e como esta demonstração não foi feita, resta comprovado o prejuízo ao amplo direito de defesa assegurado na nossa Constituição Federal e em nossa legislação baiana, devendo o lançamento ser considerado nulo.

Considerados os fatos que comprovam o cerceamento de defesa constantes do item precedente, apresenta, as razões da total improcedência do presente Auto de Infração, com base nos relatórios imprecisos e desconexos a que obteve acesso.

Inicialmente, aponta ter o autuante na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, relacionado algumas mercadorias e suas respectivas NCM, dando a entender que a empresa autuada teria manipulado seu cadastro de produtos ao incluir, em suas palavras, *“mercadorias idênticas com várias NCM do mesmo item, de itens distintos e outros alheios ao Anexo 1 do RICMS/12”*.

A este respeito, indica proceder seu cadastro de mercadorias seguindo rigoroso processo de análise e orientação das normas técnicas, que definem, ainda que algumas mercadorias tenham finalidade e descrição parecidas, seu enquadramento leva em conta os materiais que são compostos (metais, alumínio, plásticos, etc.), de forma a refletirem a veracidade das informações, como se verá adiante os exemplos sugeridos na descrição dos fatos.

Extraíndo do próprio site da SEFAZ na internet, na seção de “Perguntas e Respostas”, verifica as orientações sobre a Substituição Tributária, que transcreve.

Ainda que haja prejuízo claro ao não ser possível compreender com clareza quais as mercadorias que o autuante considerou, tomados os demonstrativos inconsistentes em que se identificam algumas mercadorias que serviram possivelmente para a imputação de suposta infração, o que se verifica no levantamento fiscal é que a autoridade lançadora desconheceu estas regras elementares de enquadramento na substituição tributária e cobrou o ICMS de mercadorias que notadamente estão fora do alcance deste instituto tributário, que serviram para cálculo e recolhimento corretos por antecipação parcial nos seus respectivos vencimentos, e como dito precedentemente, na descrição dos fatos deste Auto de Infração, foram apresentados como argumentos para enquadramento, algumas mercadorias copiadas, com as observações tidas como pertinentes.

Numa rápida pesquisa nos órgãos definidores das NCM, bem como suas descrições, identifica que os materiais utilizados em sua confecção (alumínio, metais, plásticos, etc.) definem NCM diferentes em função dos insumos utilizados. Assim, um sapato feito de material plástico possui NCM diferente de sapato feito de couro, da mesma maneira que uma cantoneira de alumínio possui NCM diferente de uma cantoneira de metal, exemplifica.

Assevera que, ainda assim, nenhuma das mercadorias elencadas na “Descrição dos Fatos” e nos Demonstrativos de 2015 e 2016 pelo autuante, ou em qualquer demonstrativo apresentado, passa no filtro dos critérios estabelecidos na legislação tributária com relação à Substituição Tributária, constantes do Anexo 1, ao RICMS/12.

Sustenta que, se observando o quadro apresentado, algumas mercadorias possuem previsão para a cobrança da Substituição Tributária constante do Anexo 1 do nosso RICMS, vigente em 2015 e 2016, com definição de uso como materiais de construção, como, por exemplo, o item 24.76 do referido anexo que dispõe: *“Outras guarnições, ferragens e artigos semelhantes de metais comuns, para construções, inclusive puxadores, exceto persianas de alumínio constantes do item 81 - 7616, 8302.4”*.

Assim, pontua ser a vontade do legislador incluir claramente na Substituição Tributária as mercadorias com utilização em construções e não como insumo na fabricação de móveis e obras

de marcenaria, sendo que os materiais que comercializa são de uso exclusivo na fabricação de móveis e não existe aplicação conhecida na construção civil, muito ao contrário, além do fato de que estes materiais usados exclusivamente na indústria moveleira, possuem valor de mercado muito superior aos de uso da construção civil, e, portanto, seria, além de impossível seu uso efetivo, inviável economicamente, arremata.

Por estas razões, considerando que nenhuma das mercadorias apontadas no levantamento fiscal está inclusa no Anexo 1 ao RICMS/2012, sustenta dever ser o presente Auto de Infração considerado totalmente improcedente.

Uma vez que não se conhece com segurança o que está sendo cobrado pela fiscalização, com os critérios legais de separação das mercadorias sujeitas a antecipação parcial e total, procedeu aos cálculos e recolheu rigorosamente em dia todas as suas obrigações fiscais, quer do ICMS normal, quer as sujeitas a antecipação e/ou substituição tributária.

Frisa que além de uma equipe de colaboradores e assessores especializados nas áreas tributária, fiscal e contábil, pauta as pesquisas de enquadramento tributário de suas mercadorias em consultoria da IOB, reconhecida por sua larga experiência nestas áreas, baseando o resultado das consultas na interpretação administrativa dos Estados, inclusive com a jurisprudência do Estado da Bahia.

Aduz que no período fiscalizado foram recolhidos os valores indicados em tabela que apresenta e desconsiderados no levantamento fiscal.

Garante estar apresentando em anexo todas as apurações realizadas mensalmente, comprovando os valores calculados e recolhidos rigorosamente em dia, bem como relatório extraído dos sistemas da SEFAZ contendo os comprovantes de pagamentos do que é realmente devido e pago.

Ressalta que em sentido contrário aos procedimentos da fiscalização em dificultar o acesso às informações, apresentando relatórios que além de inconsistentes possuem ao todo mais de mil páginas em formato PDF, para facilitar a análise, as planilhas foram feitas em formato Excel, permitindo identificar todas as Notas Fiscais e os respectivos valores devidos, e em que pese o bom relacionamento adotado durante todo o processo de fiscalização e mesmo agora durante o prazo de impugnação junto ao autuante, o Inspetor Fazendário, o Supervisor e toda a sua equipe, os lançamentos efetuados não podem prosperar e devem ser excluídos por completo do presente Auto de Infração.

Em que pese o zelo e diligência praticados pela autoridade fiscalizadora, lhe pareceu também muito apressada a conclusão da fiscalização, que do início da fiscalização até a entrega do presente Auto de Infração se passaram trinta dias aproximadamente, sendo notificada deste Auto de Infração em 12/02/2020, desconsiderando a complexidade das figuras tributárias que envolvem uma atividade com uma diversidade de produtos com a do caso concreto em tela, havendo necessidade de mais tempo para análise das operações do contribuinte e também de explicações sobre eventuais dúvidas que naturalmente surgem numa fiscalização deste porte de empresa.

Ressalta que, em momento algum, lhe foi solicitado quando da fiscalização, qualquer demonstrativo das apurações realizadas para confronto com suas conclusões, o que prejudicou inequivocamente a qualidade do trabalho realizado, o que, se tomados os devidos cuidados e maior tempo para a sua realização, teria evitado os lançamentos comprovadamente descabidos, nulos ou improcedentes. Uma análise mais apropriada nos livros e na documentação objeto da ação fiscal, restaria desnecessária a autuação, haja vista que descabe o pagamento da antecipação reclamada no presente processo.

Assim, entende dever ser o presente levantamento fiscal corrigido para considerar nulos ou improcedentes totalmente os lançamentos dos períodos lançados de 2015 e 2016, uma vez demonstrados os equívocos que devem ser corrigidos. Além disso, para ele, o levantamento fiscal não encontra respaldo na legislação pertinente, uma vez que as mercadorias comercializadas pelo contribuinte e que supostamente foram consideradas no levantamento fiscal, neste processo, não

estão sujeitas a Antecipação ou Substituição Tributária e devem ser corrigidos os seus equivocados enquadramentos e cobranças, conforme constam dos autos.

Conclui no sentido de que, à vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência total da ação fiscal, espera e requer:

1. Seja acolhida a presente impugnação por sua tempestividade;
2. Que os Autos de Infração 207095.0007/20-1, 207095.0008/20-8, 207095.0010/20-2 e 207095.0011/20-9 sejam analisados e julgados conjuntamente uma vez que guardam correlação de erros inequívocos entre si;
3. Caso se não considere suficientes as provas apresentadas da improcedência ou nulidade dos lançamentos ora impugnados, requer a realização de diligência por estranho ao feito, com a finalidade de corrigir todos os equívocos cometidos durante o trabalho, com a consequente reabertura de prazo para o exercício do sagrado princípio do Contraditório e da Ampla Defesa;
4. Ao final, cancelar-se o débito fiscal reclamado, por ser nulo ou improcedente referentes aos exercícios 2015 e 2016.

Foram juntados documentos às fls. 73 a 172.

Consta à fl. 174, e-mail de 21/05/2020 subscrito pelo autuante, dirigido a servidores da Inspetoria na qual estava lotado, se reportando a *“arquivos do DTE comunicando as empresas”* e *“Moreira (Leo Madeiras): solicitação de indicação das situações tributárias das mercadorias; envio das informações fiscais juntados com todos os demonstrativos”*

À fl. 175, se constata mensagem de número 159.108, transmitida pelo DTE em 11/05/2020, intitulada *“Outros Assuntos”*, dirigida à empresa autuada, na qual o autuante indica estar acostando arquivos, em pastas compactadas, referente aos Autos de Infração 207095.0007/20-1, 207095.0008/20-8, 207095.0010/20-2 e 207095.0011/20-9, tendo sido a mesma lida e cientificada em 12/05/2020.

Também constam nos autos (fl. 176), mais uma mensagem transmitida pelo DTE em 11/05/2020, sob o número 158.629, mais uma vez dirigida à empresa autuada, em que *“diante das alegações apresentadas...”*, apresente arquivos no prazo de dez dias, sendo a mesma lida e cientificada na mesma data.

Em 04/06/2020, se apresenta manifestação do contribuinte (fls. 179 a 181), no sentido de que, diante da apresentação pelo autuante de informação fiscal, na qual reconhece alguns erros no seu levantamento fiscal levado a efeito no presente Auto de Infração, e considerando a substancial redução dos valores reclamados, restando, ainda, R\$ 10.459,39 a ser discutido, se mostra extremamente frágil a manutenção das demais infrações, limitando-se a apresentar argumentação teórica, na contramão do que executou durante a fiscalização.

Aponta que para sustentar o levantamento fiscal, apresenta pareceres exarados pela DITRI, cuja exatidão e completude não lhe permite obter acesso, por se tratar, aparentemente, de restrito a servidores da SEFAZ, diante de consulta no portal da Secretaria na internet, não ser possível obter estas informações.

Ressalta que tais pareceres se referem a períodos cuja Lei e Regulamento estão revogados, vez que vigentes até 31/03/2012, e não podem ser aplicados ao caso concreto em tela, que trata dos exercícios 2015 e 2016.

Diz pretender a aplicação correta dos preceitos legais e não apenas a repetição teórica da norma, tendo calculado e recolhido rigorosamente em dia todos os tributos devidos no período fiscalizado.

Apresenta, para complementar as informações contidas na peça defensiva, em formato excell, todos os cálculos feitos, por itens de mercadorias, constando na coluna *“ST/GNRE”* a demonstração dos valores de ICMS/ST de todas as mercadorias sujeitas à antecipação total.

Indica que no demonstrativo corrigido apresentado, aparecem, ainda, itens como “parafusos”, que estão claramente na substituição tributária, e devem ser retirados, no conjunto dos demais itens demonstrados na defesa original.

Evitará a repetição dos argumentos defensivos, mas ratifica a necessidade de aceitação da impugnação integral, em todos os seus termos.

Destaca ter tomado conhecimento da informação fiscal pelo DTE, sendo, nesta oportunidade, oferecido prazo de dez dias para nova manifestação e em função dos Decretos estadual e municipal, frente aos feriados por conta da pandemia, e diante da contagem ser por dias corridos, estando sem funcionar no período, não obteve nenhum dia útil para analisar satisfatoriamente os documentos apresentados pelo autuante, que não lhe respondeu aos e-mails solicitando ampliação do prazo, nem atendeu as tentativas de contato telefônico.

Conclui ratificando os termos originais de sua impugnação, reiterando os requerimentos anteriormente feitos.

Às fls. 195 e 196 consta o documento denominado “Informação Fiscal à manifestação”, no qual o autuante, após reproduzir o artigo 22 e § 1º do RPAF/99, relata que em 26/05/2020 recebeu e-mail da Sra. Meire Cezário, do setor fiscal da Asseplan Contabilidade, em anexo, solicitando prorrogação de prazo para atendimento à informação fiscal em função dos últimos Decretos estaduais e municipais, com alteração de datas para evitar a propagação do Corona vírus, sem, contudo, informar seus números e datas de publicações.

Em 04/06/2020 recebeu e-mail do setor CCRED NORTE informando sobre o protocolo da manifestação e apensação ao PAF, anexo.

Após copiar os Decretos, conclui que *“consoante inc. I do § do art. 10 do RPAF, solicito a certificação da INTEMPESTIVIDADE da manifestação por ter sido apresentada fora do prazo legal”*.

Em 15/06/2020 foram os autos encaminhados pela Inspetoria de origem, para julgamento, e em 04/08/2020 distribuídos para este Relator para fins de instrução processual (fl. 199).

Esta Junta de Julgamento Fiscal determinou em 31/08/2020, a realização de diligência (fls. 200 e 200-v), com o fito de que fossem adotadas as seguintes providências por parte do autuante, ou servidor para tal designado:

- Elaborasse demonstrativos analíticos e sintéticos referente ao levantamento, para entrega ao contribuinte, em arquivos gravados em disco de armazenamento de dados, de tabela editável (planilha Excel), constando cópia exata da peça apresentada, com todos os dados necessários, conforme previsão do § 3º do artigo 8º do RPAF/99;
- Prestar informação fiscal, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa apresentada pelo contribuinte com fundamentação, observando as determinações do artigo 127, §6º e obedecendo o prazo previsto no caput do art. 127 do RPAF/99.

A seguir, encaminhamento dos autos ao setor responsável pelo preparo do processo para a adoção das seguintes medidas:

- Entregar à autuada, contra recibo, todos os demonstrativos e levantamentos produzidos pelo diligente, inclusive cópia da mídia eletrônica contendo os papéis de trabalho gravados, com reabertura do prazo de defesa em sessenta dias para se manifestar, querendo;
- Desconsiderar a intempestividade da manifestação do contribuinte “decretada” pelo autuante, por completa falta de amparo legal, haja vista que os prazos processuais devem seguir rigorosamente o estabelecido nos artigos 22, 23 e 24 do já citado RPAF/99, cabendo a sua decretação à autoridade competente para tal, como o responsável pelo preparo do processo ou pelos Julgadores e Conselheiros do CONSEF;

- Caso o contribuinte apresentasse nova manifestação, os autos deveriam retornar para o autuante ou servidor designado, que obrigatoriamente, deveria tomar conhecimento, e, desejando, se manifestar;

Em cumprimento a determinação emanada da Junta de Julgamento Fiscal, diante da aposentadoria do autuante, estranho ao feito informou em 03/03/2021, laconicamente à fl. 203, que frente a impossibilidade de elaborar os demonstrativos solicitados, a autuação deveria ser julgada nula.

Constam nos autos protocolizada em 16/02/2021, manifestação do autuado (fls. 205 a 208), na qual, inicialmente, aponta se tratar de diligência não cumprida, pois nenhum dos elementos solicitados pelo CONSEF foram realizados, exceto a reabertura do prazo de defesa, sem suprir os demais itens, sobretudo em relação às planilhas coincidentes com valores cobrados no Auto de Infração e já largamente informado na impugnação original e manifestação sobre a informação fiscal.

Relata que as informações contidas no novo documento emitido em suposto cumprimento da diligência, contém os mesmos argumentos do autuante, se limitando a dizer que as planilhas já teriam sido entregues em algum momento para a empresa, sem anexar qualquer prova de ter isso realmente acontecido.

Lembra que em vez de apresentar seus demonstrativos, em resposta a e-mail que solicitava diretamente ao autuante as planilhas, obtinha como resposta que a empresa deveria apresentar as planilhas de cálculo para conferência, o que foi feito, porém, ignorado pelo mesmo.

Observa que o despacho para reabertura de prazo continha a informação de que o autuante havia se aposentado em setembro de 2020, o que possivelmente inviabilizou o acesso ao banco de dados do sistema de fiscalização SIAF, além do fato de que aquele, mesmo quando na ativa, não frequentava a repartição fazendária, pelo fato de residir no estado de Sergipe, em Aracaju, vindo pouquíssimas vezes à Inspetoria, segundo informações do próprio atendimento da SEFAZ, o que dificultava o contato até mesmo com os colegas, quanto mais com o contribuinte.

Assegura que durante o período de reabertura de prazo, fez várias tentativas de obtenção das planilhas, em vários contatos telefônicos, e por e-mail, inclusive as tentativas de contato pessoal foram negadas, por conta da pandemia.

Diz ser fato que os demonstrativos de uma suposta infração devam ser comprovados com base na legislação e com os correspondentes demonstrativos que possibilitem ao contribuinte se defender de eventuais erros no levantamento fiscal, como já reconhecido pelo autuante em sua informação prestada.

Reconhece o fato de o autuante ter apresentado informação fiscal, reconhecendo erros no levantamento, mas muito longe da verdade dos fatos.

Garante ter conduta idônea perante o Fisco, tendo sido fiscalizado em diversas outras oportunidades, sempre recebendo louvor pelo cumprimento fiel de suas obrigações fiscais, não possuindo pendência cadastral ou fiscal desde sua abertura.

Aponta que ainda tendo sido reduzido o valor do Auto de Infração, se mostra sobremaneira frágil a manutenção do valor remanescente, diante do fato de o autuante ter se limitado a apresentar argumentação teórica na contramão do executado durante os trabalhos de fiscalização, especialmente os Pareceres exarados pela DITRI, cuja exatidão e completude não lhe permite o acesso, por se tratar, aparentemente, de conteúdo de acesso restrito a servidores da SEFAZ, diante da consulta realizada no portal da Secretaria na internet, sem obter informações.

Sustenta, mais uma vez, que os mencionados Pareceres se referem a períodos cuja Lei e Regulamento estão revogados, eis que vigentes até 31/03/2012, não podendo ser aplicados ao caso concreto, que trata dos exercícios de 2015 e 2016.

Externa pretensão de aplicação correta dos preceitos legais e não apenas a repetição teórica da norma, vez ter calculado e recolhido rigorosamente em dia todos os tributos devidos no período fiscalizado.

Complementa ter apresentado nos autos, em formato excel, todos os cálculos feitos por item de mercadoria, demonstrando na coluna “ST/GNRE” os valores de ICMS/ST de todas as mercadorias sujeitas a antecipação total, aparecendo, ainda, produtos como “parafusos” que estão claramente na substituição tributária, e devem ser retirados dos demais itens demonstrados na defesa original.

Frisa evitar repetição dos argumentos defensivos, mas ratifica a necessidade de aceitação da impugnação integral em todos os seus termos.

Conclui que, considerando não ter sido a diligência cumprida integralmente, tal como determinada, reafirma integralmente os termos originais da impugnação, especialmente:

1. Sejam acolhidas a impugnação original e a manifestação sobre a informação fiscal apresentada;
2. Que os Autos de Infração 207095.0007/20-1, 207095.0008/20-8, 207095.0010/20-2 e 207095.0011/20-9 sejam analisados e julgados conjuntamente uma vez que guardam correlação de erros inequívocos entre si;
3. Caso se não considere suficiente a provas apresentadas da improcedência ou nulidade dos lançamentos ora impugnados, requer a realização de diligência por estranho ao feito, com a finalidade de corrigir todos os equívocos cometidos durante o trabalho, com a consequente reabertura de prazo para o exercício do sagrado princípio do Contraditório e da Ampla defesa;
4. Ao final, cancelar-se o débito fiscal reclamado, por ser nulo ou improcedente referentes aos exercícios 2015 e 2016.

Consta à fl. 219, despacho encaminhando o “*processo ao Auditor Fiscal para ciência da Manifestação do Contribuinte*”, datado de 26/02/2021, tendo o diligente, à fl. 220, apostado “ciente”, em 08/03/2021, na folha de e-mail que lhe foi encaminhada.

Foram os autos remetidos para julgamento em 18/03/2021 (fl. 221), recebidos no CONSEF em 14/04/2021 e retornados para este relator em 22/04/2021 (fl. 221-v).

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal, através da transmissão de Intimação para Apresentação de Livros, Documentos e/ou Prestação de Informações em 13/01/2020, por meio do DTE, mensagem 147.848, lida e cientificada em 14/01/2020 (fl. 07).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 16 a 23, impressa de forma amostral, não constando qualquer mídia digital com as planilhas que serviram de base para a autuação.

A ciência do Auto de Infração ocorreu em 12/02/2020, de forma pessoal, na pessoa de procuradora devidamente habilitada para tal, de acordo com o documento de fl. 24.

Não foi encontrada nos autos qualquer informação fiscal prestada pelo autuante, em que pese afirmação de a mesma existir, inclusive com alteração de valores.

De igual modo, antes de qualquer apreciação, entendo pertinente esclarecer o fato de que os prazos processuais devem seguir rigorosamente o estabelecido nos artigos 22, 23 e 24 do RPAF/99, cabendo a sua decretação apenas e tão somente às autoridades a quem é atribuída a necessária competência para tal, como o órgão responsável pelo preparo do processo ou pelos Julgadores e Conselheiros do CONSEF, inexistindo tal atribuição para o autuante fazê-lo, como visto no presente feito.

Mesmo raciocínio vale para intimação acerca da concessão, dilatação ou devolução de prazo processual.

Por outro lado, lembro da suspensão dos prazos processuais decretada seguidamente pelo Governo do Estado, diante da situação sanitária vivida, o que tenho como não observada ao longo do presente processo.

Analizando as arguições defensivas, postas a nível de preliminares, nas suas intervenções processuais, o contribuinte autuado se pautou pelo argumento de não ter recebido demonstrativos relacionados com a autuação, ou com os valores constantes do Auto de Infração, apesar de, comprovadamente, ter tentado por todos os meios ao seu alcance, o acesso aos mesmos, como se percebe na documentação acostada às fls. 210 a 215.

Início pela preliminar de cerceamento do direito de defesa apresentado, diante do fato do não acesso do contribuinte aos arquivos dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material, funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção.

Esclareço ser o direito de ampla defesa uma importante a garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (*“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”*).

Por este princípio, as partes processuais (Fisco e contribuinte), terão amparo (genericamente), de levarem ao processo todos os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou, na sua conveniência manterem silentes de modo a não produzir provas contra si mesmo.

Com tal determinação, o legislador visou o afastamento de eventuais arbitrariedades e desrespeitos as normas jurídicas por parte do Estado frente aos cidadãos, lhes garantindo a necessária segurança jurídica no processo administrativo.

Ainda observo que pelo mesmo, se assegura ao contribuinte o direito de ver os argumentos contrários ao lançamento tributário devidamente apreciados e considerados pelo órgão julgador administrativo, o que se faz neste momento.

Romeu Felipe Bacellar Filho, ainda que analisando o processo administrativo disciplinar (Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003) afirma que o mesmo deve pautar pela *“consagração legal em sentido constitucional”*.

A doutrina, representada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta:

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;

2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;

3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;

4- direito de apresentar defesa escrita”

Já Roque Antônio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário. 2009, Malheiros, p. 464), entende “*indubitável, portanto, que, mesmo em procedimento administrativo-tributário deve ser garantido aos acusados o direito à ampla defesa antes de serem tomadas, contra eles, quaisquer medidas sancionatórias*”.

E complementa (idem, ibidem, p. 465): “*se o contribuinte desconhece as razões determinantes do lançamento, bem assim os elementos em que ele se apoia, não terá como exercer efetivamente seu direito de defesa, ainda que este lhe venha posteriormente ser reconhecido, sob o aspecto formal*”.

Havendo, violação do contraditório e da ampla defesa, o processo se tornará viciado, diante da exigência da bilateralidade na relação processual, oportunizando à outra parte valer-se do direito de responder à imputação feita através de Auto de Infração.

No presente caso, cristalino se apresenta, não somente do folhear dos fólhos, como igualmente, dos fatos trazidos nas intervenções defensivas do contribuinte, bem como dos documentos acostados ao feito, ter sido negado o acesso ao contribuinte aos elementos fundamentais e essenciais do lançamento.

E tanto tal direito infelizmente não foi garantido ao contribuinte, diante da negativa de entrega do demonstrativo, que teria lastreado o Auto de Infração, não tendo, pois, livre acesso aos seus elementos, o que lhe tolheu tal direito, impondo severa restrição, o que sustenta e respalda o argumento posto.

Ao finalizar, o próprio diligente, instado a apresentar o levantamento realizado, opinou pela nulidade do Auto de Infração, frente a ausência de elemento fundamental para a sua análise, não somente pelo contribuinte autuado, como igualmente, pelo julgador.

Este princípio, no Código de Processo Civil (CPC), aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal, na forma do artigo 180 do RPAF/99, se encontra insculpido no seu artigo 7º:

“É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

De igual forma, não foi obedecido o princípio do contraditório, o qual possui íntima simbiose com o da ampla defesa, tendo Néilson Nery Costa assim entendido: “*O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela*”.

Assim, se tem no contraditório a verdadeira exteriorização da ampla defesa, embora sejam princípios que não se confundem, uma vez que aquele tem valia antes da ampla defesa, ou seja, a partir somente da ciência sobre o processo e suas razões (de fato e de direito) é que se abre a possibilidade de defesa ao sujeito passivo da relação jurídica tributária.

Desta maneira, tal princípio, é o exercício do contribuinte (litigante) em demonstrar seus argumentos contra as alegações lhe imputadas, a sua ciência sobre tudo que enseja o processo, em todos os seus aspectos, propiciando o maior equilíbrio possível à relação processual, reduzindo ou anulando qualquer desigualdade que poderia ser suscitada ou aventada.

Diante dos argumentos anteriormente alinhados, claro está, em função do cerceamento do direito de defesa observado, que leva a incerteza e insegurança quanto ao cometimento da infração pelo contribuinte autuado, a situação caracterizada no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99:

“Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Pelos expostos motivos, tenho o Auto de Infração como nulo, ficando prejudicada a apreciação dos demais requerimentos formulados pela empresa em suas intervenções.

Recomendo a autoridade competente avaliar, respeitando o prazo decadencial, a possibilidade de realizar nova ação fiscal, no intuito de verificar a existência de valores eventualmente devidos à Fazenda Pública, no período autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº. **207095.0010/20-2**, lavrado contra **MOREIRA, TOLEDO & CIA. LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto n 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR