

A. I. N° - 128984.0005/17-2
AUTUADO - PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU / INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0252-04/24-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. BASE DE CÁLCULO. ERRO EM SUA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Não foram disponibilizados ao autuado os demonstrativos que embasaram o lançamento original. Diligência fiscal realizada por auditora fiscal estranha ao feito resultou em elaboração de novos demonstrativos que não refletem os mesmos valores indicados na autuação, impossibilitando ao autuado defender-se daquilo que foi acusado. Configurado cerceamento ao direito de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 14/06/2017 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 418.020,12, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da imputação abaixo:

- Infração 01 – 03.02.05: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Efetou o recolhimento do ICMS a menor que o devido em virtude de erro na aplicação da base de cálculo do imposto referente saídas com mercadorias, operações devidamente escrituradas nos livros fiscais”.*

Cientificado o autuado pessoalmente do lançamento, fl. 03, ingressou por intermédio de seu Representante Legal com Impugnação ao lançamento, fls. 20 a 32, onde, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração em razão de o autuante não ter apresentado demonstrativo relacionando de forma individual as notas fiscais que deram causa à autuação, requisito este que considera indispensável à defesa.

Acrescentou que, além disso, existe imprecisão técnica no lançamento no tocante aos valores apurados, vez que o autuante não observou a existência de crédito tributário constante em seu livro Registro e Apuração do ICMS que anexou, pontuando que os valores exigidos na autuação deveriam terem sido compensados com o crédito tributário exigido.

Requeru a nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa e, se assim não for entendido, que seja realizada diligência ou perícia contábil para constatação dos reais valores devidos.

No mérito, pontuou que a notificação não encontra guarida na legislação tributária, enquanto que, as multas e juros aplicados são abusivos, representando um enriquecimento ilícito do Estado, configurando autêntico abuso de poder.

Voltou a se referir a existência de créditos de natureza tributária que alegou possuir, afirmando que, desta maneira, inexistente obrigação tributária, comprometendo a validade do Auto de Infração, e, por igual, em relação à multa aplicada, que, ao seu entendimento, poderia ser, no máximo, no percentual de 2%, voltando a requerer a realização de diligência/perícia contábil.

Concluiu pugnando pela Nulidade do Auto de Infração.

O autuante apresentou informação fiscal datada de 27 de novembro de 2017, fls. 80 e 81, afirmando que as alegações defensivas não procedem, visto que está informado com clareza a infração cometida.

Disse que o demonstrativo mensal do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, fl. 11, apura o ICMS devido nos meses concernentes aos exercícios de 2014 e 2015, enquanto que a infração e o enquadramento legal se encontram descritos às fls. 01 a 03 da inicial.

Citou não ser necessária a realização da perícia contábil suscitada pela defesa uma vez que os valores exigidos estão devidamente lançados no Auto de Infração e no demonstrativo de débito, fls. 01 a 05, os quais foram apurados mediante auditoria fiscal atendendo as exigências legais em vigor.

Concluiu requerendo a Procedência do Auto de Infração.

O autuado foi intimado para efeito de cientificação da informação fiscal via Correios, fls. 82 e 83, cuja comunicação foi devolvida ao remetente, constando à fl. 84 o seguinte despacho com data de 05/03/2018: *“Depois de várias tentativas para tomada de ciência, sem sucesso, encaminhe-se ao CONSEF para os devidos fins”*.

Em 30/05/2018 o presente PAF foi encaminhado em diligência à Infaz de origem/autuante, fl. 85, nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/17, exige crédito tributário no valor de R\$ 418.020,12 sob a acusação de que o autuado recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, exercícios de 2014 e 2015.

Em sua defesa o autuado, por intermédio de seus patronos, requereu a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o autuante não discriminou as notas fiscais que deram origem à autuação, afirmando que esta situação prejudica o pleno exercício da defesa.

Ponderou, ainda, que não foi observado pelo autuante a existência de crédito tributário que lhe pertence, citando, a título de comprovação, cópia do livro RAICMS que anexou aos autos.

Em sua informação fiscal o autuante afirma que não se sustentam os argumentos defensivos vez que o demonstrativo mensal dos recolhimentos efetuados a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo consta à fl. 11 dos autos e o ICMS devido corresponde aos valores lançados no demonstrativo de débito de fls. 01 a 05.

Considerando que o demonstrativo de fl. 11 citado pelo autuante refere-se a um resumo do débito, portanto um quadro sintético do levantamento;

Considerando que os demonstrativos de fls. 01 a 05 referem-se ao próprio lançamento sem oferecer outras informações de forma detalhada;

Considerando, ainda, que inexistem nos autos quaisquer outros levantamentos analíticos referentes ao lançamento e que a mídia eletrônica (CD) de fl. 10, não possibilitou que fosse efetuada uma leitura do seu conteúdo, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante adote as seguintes providências:

1 – Elabore um demonstrativo analítico que totalize por cada mês, os documentos fiscais que deram origem ao demonstrativo resumo do débito de fl. 11, o qual poderá ser feito também em CD que possibilite a leitura do mesmo, inclusive com indicação da chave de acesso;

2 – Que se pronuncie a respeito da alegada existência de crédito tributário arguida pela defesa;

3 – Após essa providência a INFAZ deverá intimar o autuado, bem como seus patronos, no endereço constante no rodapé da petição de defesa, fls. 20 e seguintes, fazendo a entrega dos demonstrativos acima que deverão ser elaborados pelo autuante, reabrindo-se o prazo de defesa de 60 (sessenta) dias para que se manifestem a respeito dos mesmos.

Adotadas essas providências o PAF deverá retornar ao CONSEF para conclusão de instrução e julgamento”.

O PAF foi encaminhado em 26/06/2018 ao autuante para atendimento da diligência acima

solicitada, tendo este retornado o PAF em 14/09/2023 contendo o seguinte despacho: *“Tendo em vista que estou atualmente lotado na IFMT SUL exercendo as atividades no Trânsito de Mercadorias (CFAMT), em períodos de Plantão fiscal, 10 dias x 20 dias, ininterruptos, não estando em plenas condições para elaborar informação fiscal, face as atividades desenvolvidas e situação de sanidade. Estando prestes a realizar intervenção cirúrgica oftalmológica, pois estou com acuidade visual, em estado moderado de deficiência.*

O presente PAF demanda nova realização de levantamentos que requer a utilização do SIAF, e neste lapso de tempo que estou exercendo as atividades no Trânsito de Mercadorias passou por diversas atualizações. Portanto, solicito que seja indicado outro servidor para prestar informação fiscal”.

Em 21/11/2023 o PAF foi encaminhado pelo Sr. Inspetor Fazendário da IFMT Sul à Infaz Costa do Cacau, fl. 90, *“para adoção das medidas que julgar pertinentes”.*

Em 21/03/2024 foi anexado aos autos Processo SIPRO nº 018912/2024-6, contendo Informação Fiscal prestada pela auditora fiscal Romy Santos Silva, estranha ao feito, fls. 92 a 105, e mídia digital fl. 106, na forma abaixo reproduzida:

“Em atendimento a diligência do CONSEF exarada às fls. 85 do Auto de Infração acima identificado, ROMY SANTOS SILVA, Auditora Fiscal, Cadastro 13.294.888-7, lotada na INFRAZ/COSTA DO CACAU, na condição de fiscal estranho ao feito, vem informar que:

Em razão da impossibilidade de leitura dos demonstrativos constantes da mídia CD / fls.10 do PAF, foram realizados novos levantamentos fiscais com base na EFD e documentos fiscais dos exercícios fiscalizados, cujos arquivos foram disponibilizados pela SEFAZ/BA. Os novos demonstrativos foram gerados em planilhas de formato EXCEL e seguem anexos às fls. 93/105 dos autos e mídia CD/Fls. 106, dando cumprimento à primeira providência solicitada na diligência de fls. 85 do processo em comento.

Em relação ao pronunciamento sobre alegação da existência de crédito tributário solicitada na segunda providência da diligência acima mencionada, verificamos que a autuada faz referência a créditos fiscais lançados no LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS da empresa – fls. 22, anexos às fls. 41/74 do Auto de Infração ora diligenciado. Da análise, constatamos que estes créditos fiscais foram deduzidos dos débitos fiscais no decorrer da apuração do ICMS dos períodos fiscalizados.

Encaminhamos o presente processo à Coordenação Administrativa da INFRAZ/COSTA DO CACAU, para proceder ao cumprimento da terceira providência da diligência acima citada, conforme determinação do Sr. Relator”.

Consta à fl. 108, Mensagem DT-e encaminhada ao autuado em 25/03/2024 fornecendo cópia integral da diligência realizada, com a concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para manifestação, entretanto, em 19/06/2024 o PAF foi encaminhado ao CONSEF sem que tenha havido manifestação pelo autuado e, finalmente, em 12/07/2024 foi tramitado para este relator para efeito de instrução.

VOTO

De acordo com o constante na inicial, o Auto de Infração em tela foi expedido em 14/06/2017 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 418.020,12, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Efetuou recolhimento do ICMS a menor que o devido em virtude de erro na aplicação da base de cálculo do imposto referente saídas com mercadorias, operações devidamente escrituradas nos livros fiscais”.*

Tempestivamente o autuado, através do seu Representante Legal ingressou com Impugnação ao lançamento, onde, em preliminar, requereu a nulidade do lançamento por cerceamento ao seu direito de defesa em razão de não lhe ter sido entregue pelo autuante o demonstrativo analítico indicando, individualmente, as notas fiscais que deram causa à autuação, a fim de que lhe possibilitasse as devidas análises.

Em 26/06/2018 o PAF foi encaminhado em diligência ao autuante para que fosse entregue ao

autuado os referidos demonstrativos questionados pela defesa, tendo o PAF só retornado ao CONSEF em 14/09/2023, ou seja, após transcorridos mais de 05 (cinco) anos), contendo o seguinte despacho: ***“Tendo em vista que estou atualmente lotado na IFMT SUL exercendo as atividades no Trânsito de Mercadorias (CFAMT), em períodos de Plantão fiscal, 10 dias x 20 dias, ininterruptos, não estando em plenas condições para elaborar informação fiscal, face as atividades desenvolvidas e situação de sanidade. Estando prestes a realizar intervenção cirúrgica oftalmológica, pois estou com acuidade visual, em estado moderado de deficiência.***

O presente PAF demanda nova realização de levantamentos que requer a utilização do SIAF, e neste lapso de tempo que estou exercendo as atividades no Trânsito de Mercadorias passou por diversas atualizações. Portanto, solicito que seja indicado outro servidor para prestar informação fiscal”.

Em 21/11/2023 o PAF foi encaminhado pelo Sr. Inspetor Fazendário da IFMT Sul à Infaz Costa do Cacau, fl. 90, ***“para adoção das medidas que julgar pertinentes”.***

Em 21/03/2024 foi anexado aos autos Processo SIPRO nº 018912/2024-6, contendo Informação Fiscal prestada pela auditora fiscal Romy Santos Silva, estranha ao feito, fls. 92 a 105, e mídia digital fl. 106, na forma abaixo reproduzida:

“Em atendimento a diligência do CONSEF exarada às fls. 85 do Auto de Infração acima identificado, ROMY SANTOS SILVA, Auditora Fiscal, Cadastro 13.294.888-7, lotada na INFAZ/COSTA DO CACAU, na condição de fiscal estranho ao feito, vem informar que:

Em razão da impossibilidade de leitura dos demonstrativos constantes da mídia CD / fls.10 do PAF, foram realizados novos levantamentos fiscais com base na EFD e documentos fiscais dos exercícios fiscalizados, cujos arquivos foram disponibilizados pela SEFAZ/BA. Os novos demonstrativos foram gerados em planilhas de formato EXCEL e seguem anexos às fls. 93/105 dos autos e mídia CD/Fls. 106, dando cumprimento à primeira providência solicitada na diligência de fls. 85 do processo em comento.

Em relação ao pronunciamento sobre alegação da existência de crédito tributário solicitada na segunda providência da diligência acima mencionada, verificamos que a autuada faz referência a créditos fiscais lançados no LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS da empresa – fls. 22, anexos às fls. 41/74 do Auto de Infração ora diligenciado. Da análise, constatamos que estes créditos fiscais foram deduzidos dos débitos fiscais no decorrer da apuração do ICMS dos períodos fiscalizados.

Encaminhamos o presente processo à Coordenação Administrativa da INFAZ/COSTA DO CACAU, para proceder ao cumprimento da terceira providência da diligência acima citada, conforme determinação do Sr. Relator”.

Apesar de constar à fl. 108, Mensagem DT-e encaminhada ao autuado em 25/03/2024 fornecendo cópia integral da diligência realizada, com a concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para manifestação, em 19/06/2024 o PAF retornou ao CONSEF sem que tenha havido manifestação pelo autuado.

De tudo quanto acima explanado, vejo que assiste total razão ao autuado em seu pedido de nulidade do Auto de Infração em razão de se configurar flagrante cerceamento ao seu direito de defesa.

Isto porque, na realidade, a diligência realizada resultou em uma nova fiscalização realizada por auditora fiscal estranha ao feito, que declarou, textualmente que ***“Em razão da impossibilidade de leitura dos demonstrativos constantes da mídia CD / fls.10 do PAF, foram realizados novos levantamentos fiscais com base na EFD e documentos fiscais dos exercícios fiscalizados, cujos arquivos foram disponibilizados pela SEFAZ/BA. Os novos demonstrativos foram gerados em planilhas de formato EXCEL e seguem anexos às fls. 93/105 dos autos e mídia CD/Fls. 106, dando cumprimento à primeira providência solicitada na diligência de fls. 85 do processo em comento”.***

Como se observa, não foram reconstituídos os demonstrativos originais que embasaram o lançamento inicial, mas, em razão da impossibilidade da leitura dos demonstrativos constantes da mídia de fl. 10, juntada aos autos pelo autuante, ***“foram realizados novos levantamentos fiscais com base na EFD e documentos fiscais dos exercícios fiscalizados, cujos arquivos foram disponibilizados pela SEFAZ/BA. Os novos demonstrativos foram gerados em planilhas de formato EXCEL e seguem anexos às fls.***

93/105 dos autos e mídia CD/Fls. 106...”, o que significa dizer que o autuado continuou sem conhecer os documentos fiscais que embasaram o lançamento original, já que a diligência se pautou em novos levantamentos fiscais e não na recomposição dos valores autuados, tanto que, os novos valores apurados não contêm valores iguais aos constantes da autuação, o que configura em flagrante inovação ao lançamento original.

Nestas circunstâncias acolho o pedido formulado pelo autuado e voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração por cerceamento ao seu direito de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **128984.0005/17-2**, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA**.

Esta Junta 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, de 17/08/18, efeitos a partir de 18/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR