

A. I. Nº - 206961.0003/18-4
AUTUADO - A V M LESSA DE ITABUNA
AUTUANTE - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUSA ANDRADE
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU / INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0258-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. É nulo o lançamento que não contenha os elementos necessários a indicação da maneira empregada para fim de determinação do valor da base de cálculo, o que torna insegura a autuação. Configurado cerceamento ao direito de defesa. Nulidade decretada com fulcro no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela teve sua expedição ocorrida em 29/03/2018 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 51.365,94, mais multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, em decorrência das seguintes imputações:

- **Infração 01 – 07.01.01:** *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior”*. Valor lançado R\$ 35.399,29 referente ao período de janeiro/2013 a junho/2016.

- **Infração 02 – 07.15.01:** *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas para fins de comercialização”*. Valor lançado R\$ 15.966,65, referente ao período de janeiro/2013 a junho/2016.

À fl. 19 dos autos, consta uma mídia digital, CD -, totalmente vazio, sem constar qualquer gravação, constando escrito de forma manual que se refere a “NF-e Demonstrativos”.

À fl. 20 está anexada uma solicitação da autuante ao Sr. Inspetor Fazendário com o seguinte pedido: *“Solicito o envio deste Auto de Infração por AR, visto que a Empresa autuada não funciona no local e não foi possível encontrar os sócios da mesma”*, autorização esta concedida pelo Sr. Inspetor Fazendário, tendo a intimação sido enviada para o endereço do autuado, cadastrado na SEFAZ, fls. 22 e 23, entregue em 20/04/18.

À fl. 24, está juntado cópia do Processo SIPRO nº 154437/2018-3, onde foi cadastrada a defesa apresentada pelo autuado referente ao presente PAF em 18/06/2018, portanto tempestiva, estando, contudo, colacionada a mesma, sem numeração, cópia da defesa apresentada pelo autuado em relação ao PAF nº 2069610006/18-3 no valor de R\$ 259.631,25, que em nada se relaciona ao presente PAF, constando, ainda, um envelope com mídia digital – CD Room, gravado em 19/12/2023, contendo o teor da defesa apresentada pelo autuado em 16/06/2018, sem assinatura, referente ao A.I. 2069610006/18-3, logo, diverso do presente.

Consta Informação Fiscal à fl. 25, prestada por preposto não identificado, Processo SIPRO 059997/2018-2, relacionada a este PAF (2069610003/18-4), onde está dito que após levantamento das mercadorias adquiridas para comercialização, foi constatado omissão nos recolhimentos referentes a antecipação do ICMS, sendo *“contempladas e mensuradas”* as notas fiscais eletrônicas de entradas e de saídas de mercadorias.

Concluiu ratificando os valores reclamados, os métodos de apuração do ICMS por antecipação tributária e os valores não recolhidos por antecipação tributária por substituição, tendo sido anexada ficha “*Dados Cadastrais*” do autuado indicando sua situação de “**Baixado**” em 15/06/2021.

Encaminhado o presente PAF para instrução em 21/06/2022, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada em 28/07/2022, deliberou por sua conversão em diligência à Infaz de Origem, nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em tela reclama ICMS no total de R\$ 51.365,94 decorrente de três acusações.

Consta à fl. 24 o protocolo referente ao Processo SIPRO nº 154437/2018-3, de 18/06/2018, referente a defesa apresentada pelo autuado em relação ao presente A.I.

Ocorre, entretanto, que foi juntada aos autos, fls. 25 a 28, defesa referente a outro Auto de Infração, ou seja, o de nº 2069610006/18-3, que apesar de ter sido lavrado contra o mesmo autuado, em nada se relaciona ao PAF 2069610001/18-4.

Isto posto, decidiu esta 4ª JJF pela conversão deste PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Desentranhar deste PAF a defesa pertinente ao outro processo e juntar a defesa referente ao processo, de acordo com o constante no processo Sipro acima citado, juntamente com a respectiva mídia digital em formato word.

2 – Em seguida cientificar o fato a autuante no sentido de que a mesma verifique se é necessária emissão de outra informação fiscal ou se mantém a mesma constante à fl. 30, que deverá ser devidamente assinada pela autuante com sua identificação.

Atendida as solicitações acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para instrução e julgamento”.

Consta à fl. 31 Mensagem DT-e encaminhada ao autuado, com data de 27/10/22, não lida pelo autuado, e outra, por igual, fl. 34, para efeito de cumprimento da diligência solicitada, entretanto, o processo retornou ao CONSEF com o seguinte despacho: “**Encaminhe-se ao CONSEF após tentar entrar em contato com o contribuinte e não obter retorno. Obs. A auditora encontra-se aposentada**”.

Novamente o PAF foi encaminhado em diligência, com data de 28/02/2023, fl. 37, nos seguintes termos:

Em 28 de julho de 2022 o presente processo foi encaminhado em diligência à Infaz Itabuna nos seguintes termos:

(...)

*Consta à fl. 38, uma intimação via DT-e, com a seguinte mensagem: “**Fica o contribuinte intimado no prazo de 10 (dez) dias, atender a diligência do CONSEF conforme cópia anexa**”.*

*Na mesma folha, consta um despacho manuscrito, com data rasurada, nos seguintes termos: “**Encaminhe-se ao CONSEF, após tentar entrar em contato com o contribuinte e não obter retorno. A auditora encontra-se aposentada**”.*

Considerando que a diligência acima não foi atendida na forma solicitada, sobretudo em relação ao item “1” acima, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por nova remessa do processo em diligência no sentido de que a Infaz Itabuna atenda ao quanto solicitado na diligência anterior, posto que a diligência foi solicitada a Infaz.

Fica ressaltado que até o presente momento não existe neste processo defesa para o presente Auto de Infração (2069610003-18/4), apesar de constar tal número no protocolo SIPRO nº 154437/2018-3, porém, foi juntada aos autos defesa relacionada a outro processo (2069610006/18-3) lavrado contra o mesmo autuado.

Isto significa que, ante a ausência nos autos da defesa específica à autuação, ratifica-se o quanto solicitado anteriormente, sendo que, o não atendimento, deverá ser analisado pelo responsável do setor na Infaz, se o autuado se enquadra na condição de revel, situação esta que impede o encaminhamento do processo para julgamento.

Ressalta-se, por fim, que acaso seja juntada a peça defensiva relativa ao presente processo, deverá ser o mesmo encaminhado a auditor fiscal estranho ao feito para produzir a informação fiscal, tendo em vista que a autuante, segundo consta nos autos, se encontra aposentada.

O processo retornou ao CONSEF em 31/01/2024, com base no seguinte despacho: “Encaminhe-se ao CONSEF, após atender solicitação de fl. 33. Obs. A auditora encontra-se aposentada e o contribuinte não encontrado”.

Em 01/02/2024, fl. 40, o processo retornou à Infaz Itabuna, para cumprimento da diligência de fl. 39, entretanto, consta à fl. 40v o seguinte despacho, sem assinatura ou identificação do servidor: “Ao CONSEF por não conseguir atender a diligência de fl. 33, a mesma pede para juntar a defesa referente ao presente processo, junto com a mídia digital em formato word, sendo impossível atender a mesma pois a auditora encontra-se aposentada e o contribuinte não foi localizado, conforme despacho à fl. 39”.

Às fls. 42 e 43, a Coordenação Administrativa deste CONSEF, acostou aos presentes autos peça referente a defesa apresentada pelo autuado em 16 de junho de 2018, com o seguinte despacho: “Para instrução ou julgamento tendo em vista a diligência solicitada pela 4ª JJF deste CONSEF, fl. 37, que resultou no despacho da Infaz Itabuna, sem identificação de quem rubricou.

Esclareça-se que a Secretaria deste Conselho juntou aos autos, fls. 42/43, cópia de suposta defesa do AI em epígrafe, sem assinatura, datada de 16/06/2018, que consta da pasta “Consef_p.processuais”.

Após todo o enredo acima descrito, transcrevo, de forma literal, a peça dita “como suposta defesa”, juntada pela Secretaria deste Consef, fls. 42 e 43:

“REF: AUTO DE INFRAÇÃO: 2069610003/18-4

AVM LESSA DE ITABUNA, pessoa de direito privado, estabelecido à Rua Professor Alicio de Queiroz, 811, CEP 45600-310, Itabuna – BA, inscrita no CNPJ 01.683.123/0001-37 e no CAD-ICMS-BA sob o nº 046.168.131, por seu representante legal que esta subscreve nos termos de seu Contrato Social, inconformada com o Auto acima mencionado, apresenta suas razões de DEFESA.

DOS MOTIVOS DA AUTUAÇÃO.

Trata-se de Auto de Infração MP valor de R\$ 51.365,34 (Cinquenta e um mil, trezentos e sessenta e cinco reais) referente falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária e antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades ou adquiridas para comercialização.

DOS MOTIVOS DA DEFESA.

Infração 01 – 07.01.01 – Nos termos do Convênio ICMS 45/99 c/c o art. 379 do RICMS/97, cabe ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações interestaduais de vendas de mercadorias, para destinatários localizados no Estado da Bahia, efetuar a retenção e consequentemente o recolhimento do imposto. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio de vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto exigido, existem regras de direito formal que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito.

Infração 02 – 07.15.01 – É nulo lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal. Há cerceamento de defesa quando a autuante deixa de listar as notas fiscais, emissão, valor e emitentes para a determinação dos valores encontrados no auto acima descrito, A aplicação da base de cálculo constante em cada documento fiscal de aquisição, deduzido do valor do imposto destacado no próprio documento.

DO PEDIDO

Diante do exposto acima em função de erro material no cálculo do imposto, pedimos ao CONSEF para considerar o auto de infração NULO de pleno direito pois desprovido de legalidade e sem amparo jurídico e, no mérito declara-lo IMPROCEDENTE por ser de inteira justiça

Itabuna-BA 16 de junho de 2018.

ANTONIO VALTER MOTA LESSA

CPF – 088.827.035-68

RG – 83426795 SSP – BA”.

VOTO

Após a sucessão de acontecimentos ocorridos nos presentes autos, acima narrados, passo a me posicionar em relação ao presente lançamento.

O Auto de Infração em tela teve sua expedição ocorrida em 29/03/2018 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 51.365,94, mais multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, em decorrência das seguintes imputações:

- **Infração 01 – 07.01.01:** *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior”*. Valor lançado R\$ 35.399,29 referente ao período de janeiro/2013 a junho/2016.

- **Infração 02 – 07.15.01:** *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas para fins de comercialização”*. Valor lançado R\$ 15.966,65, referente ao período de janeiro/2013 a junho/2016.

Inicialmente registro que admito como verdadeira a cópia da defesa de fls. 42 e 43, embora sem assinatura, apresentada pelo autuado em 16/06/2018, juntada aos autos pela Secretaria deste CONSEF, devidamente extraída da pasta de peças processuais deste órgão julgador, e, também, por levar em consideração que a Informação Fiscal de fl. 30 ou 25 (?) (existem duas numerações neste processo), se reporta aos argumentos trazidos na citada peça defensiva, enquanto que a cópia do Processo SIPRO 154437/2018-3, de 18/06/2018, afixada à fl. 24 (?), se referir ao presente Auto de Infração, o que atesta a existência da defesa, até porque, o contribuinte não foi considerado revel. Desta forma passo a enfrentar os argumentos defensivos.

Em sua defesa, basicamente o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, abarcando as duas infrações, sob a justificativa de que o lançamento foi efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio de vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa, além de que ocorreu preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal, ocorrendo cerceamento de defesa quando a autuante deixou de listar as notas fiscais, emissão, valor e emitentes para a determinação dos valores indicados na autuação, inclusive sem indicação da forma empregada para determinação do valor da base de cálculo.

A rigor, os argumentos acima não foram devidamente enfrentados por quem produziu a informação fiscal.

Examinando os demonstrativos impressos pela autuante e juntados à defesa, fls. 11 a 18, já que a mídia digital de fl. 19 se encontra vazia, vejo que esses demonstrativos intitulados *“Resumo da Antecipação Tributária Total Apurada”* e *“Resumo da Antecipação Tributária Parcial”*, não oferecem elementos claros e necessários ao pleno exercício de defesa, pois, além de se referirem a **resumo dos cálculos** que teriam sido realizados, contém, apenas, o montante mensal da **“antecipação calculada”**, que é o mesmo valor do chamado **“valor devido 1”** do qual, foi deduzido o que considerou como pago, para apontar o valor devido/autuado.

Consoante se verifica, em ambas as infrações, o levantamento fiscal é totalmente incompleto, já que não contém a indicação individualizada dos documentos fiscais que o originaram e a chamada **“antecipação calculada”** não está demonstrada, situação esta que fragilizava a base de cálculo indicada.

Nestas condições e diante da total insegurança na determinação do valor da base de cálculo, com base no Art. 18, inciso IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, e, também, por levar em consideração a situação cadastral do autuado que já se encontra “baixado” desde 15/06/2021 enquanto que a autuante está aposentada, o que inviabiliza qualquer possibilidade de realização de diligência na tentativa de sanear o feito, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206961.0003/18-4, lavrado contra **A V M LESSA DE ITABUNA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

