

PROCESSO	- A. I. Nº 269511.0002/02-0
RECORRENTE	- MARIA CONCEIÇÃO DE AZEVEDO RAMOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JJF nº 0242-02/02
ORIGEM	- INFAZ SENHOR DO BONFIM
INTERNET	- 28.11.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0413-12/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão proferida com preterição do direito de defesa. Constitui cerceamento, a falta de entrega de cópia dos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Devolvam-se os autos à Junta Julgadora para sanear a irregularidade, reabrindo-se o prazo de defesa ao autuado. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no prazo regulamentar, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99 em face da decisão proferida na 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão nº 0242-02/02.

A acusação fiscal exige imposto no valor de R\$33.447,50, acrescido de multas relativas as seguintes irregularidades:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação na condição de Microempresa Comercial Varejista, relativo às aquisições provenientes de outros Estados, nos períodos de março a dezembro de 1997 e março a dezembro de 1998;
- 2) Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas no período de fevereiro a dezembro de 2000.

Houve impugnação do sujeito passivo no prazo regulamentar tendo sido intimado em 14/03/02 (fl. 436), e ingressou com a peça defensiva em 11/04/02, onde alega que a autuação foi realizada em razão do CFAMT ter captado uma série de notas fiscais de compras que pelas quantidades e valores não deixavam dúvidas quanto ao caráter habitual das operações.

Asseverou que discordava totalmente do Auto de Infração e requereu o arquivamento alegando que existe Jurisprudência pacífica que para a caracterização da infração por parte do contribuinte, o ônus seria do Fisco, que se baseou apenas no CFAMT, sem a prova material e que as notas fiscais se referiam a via recolhida pelo Fisco.

Alegou que outro erro do autuante é que não considerou o crédito oriundo de outros Estados, e aplicou a alíquota de 17% sobre todas as notas fiscais, o que levaria a um enriquecimento sem causa para o Estado (baiano), e em prejuízo para o contribuinte, ao deixar de compensar o crédito de 7%, relativo às aquisições interestaduais. Concluiu requerendo a juntada de todas as notas

fiscais para que fosse confrontada a prova material e a validade do Auto de Infração. Requereu ainda a Improcedência do mesmo.

O autuante às fls. 450 e 451, rebateu os argumentos do autuado de que o Auto de Infração tenha sido lavrado baseando-se apenas no CFAMT, sem a prova material e que a maioria das notas fiscais seriam desconhecidas da empresa atribuindo a algum sórdido “comerciante”, que utilizou-se da inscrição estadual do impugnante.

Informa que a autuação está respaldada nas notas fiscais obtidas através do CFAMT, sem as quais não poderia proceder a fiscalização por que a empresa não apresentou qualquer documentação ao Fisco e ensejou a infração 02, além do descumprimento das obrigações acessórias tais como falta de escrituração fiscal e contábil e falta de emissão de nota fiscal como comprova o documento de fl. 61 e a declaração falsa de que não era contribuinte do ICMS (fl. 46).

Assegura que a alegação do autuado de que a exigência fiscal baseia-se apenas na listagem do CFAMT não é verdadeira, porquanto juntou as notas fiscais às fls. 199 a 432, e os anexos 3 e 4, às fls. 95 a 24 conforme determina o inciso I, do art. 60, do RICMS-BA.

Acrescenta que o autuado não conseguiu comprovar a improcedência da presunção, e por isso não se pode falar em crédito fiscal.

Diz que só seria devido o crédito se o imposto fosse apurado por arbitramento da base de cálculo, conforme art. 938, inciso I, alínea “c”, e § 2º, do RICMS/97.

Concluiu que na alegação de que mais de 70% das notas fiscais relacionadas no CFAMT são desconhecidas da empresa acabou por confessar o cometimento da infração, ao reconhecer parte das notas fiscais, ou seja, que teria realizado operações não registradas, e transfere a responsabilidade das outras notas fiscais para terceiros, sem fazer prova desta alegação. Requereu a Procedência total do Auto de Infração.

O julgamento proferido na 1ª Instância considerou que a exigência do imposto era subsistente, porque estava lastrado em notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 09 a 14 dos autos, e que o autuado não apresentou na defesa quaisquer prova ou levantamento acerca das suas alegações conforme determina o art. 123 do RPAF/99, e ainda, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art.143 do RPAF/99).

Observou que o autuado parcialmente confirmou a autuação quando declarou desconhecer parte das notas fiscais. E entendeu que a infração estava caracterizada com base no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7014/96, em razão do autuado não ter apresentado prova da improcedência da presunção. O Auto de Infração em tela, foi julgado Procedente.

O autuado no prazo recursal ao tomar ciência da decisão, conforme doc. à fl. 464 ingressou com o Recurso Voluntário, contra o Acórdão nº 0242-02/02 da 2ª JF, pleiteando a reforma da decisão com os seguintes argumentos.

- a) Pede que seja encaminhado ao subscritor do presente Recurso toda intimação para o seu endereço, sob pena de nulidade;

- b) Argue a preliminar do Auto de Infração por cerceamento de defesa, em razão do autuante não ter apresentado as notas fiscais ou as cópias das mesmas que respaldaram o trabalho fiscal;
- c) Diz que conforme entendimento deste CONSEF, em autuações idênticas, a não apresentação das notas fiscais, levaram as mesmas a não prevalecerem. Citou o Acórdão nº 0153/01 da 1ª CJF e Acórdão nº 2096-01/01 da 1ª JJF.

Quanto ao mérito, diz que diante da ausência de documentos, que se constitui em elemento essencial, neste caso, por estar ausente as aludidas notas fiscais, não poderia ser exigido imposto e multa. Bem como não pode exigir multa de caráter acessório, porque entendia que a autuação “começa por infringir o disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96”.

Diz que referente ao item 1 da acusação, diante da dúvida quanto à efetividade das operações poderia ser exigido apenas a multa de 10% do valor comercial da mercadoria, pelo ingresso no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal, mesmo assim, somente das notas fiscais acostadas ao feito.

Alega que referente ao item que acusa o autuado de omissão de saídas, com base nas notas recolhidas no trânsito, não deve prevalecer a autuação, porque o contribuinte não obteve vistas, o que implica em cerceamento à defesa. Acrescenta ainda, que mesmo se admitindo a omissão de saídas, o que não poderia ser feito neste Auto de Infração, teria o direito ao crédito em razão da entrada das mercadorias, e que não sendo observado o direito ao mesmo estaria violando o princípio constitucional da não cumulatividade.

Argue ainda, que como não obteve os elementos suficientes para afirmar que os dois itens não recaíram sobre as mesmas operações, considera que o item “ b” enseja o “*bis in idem*” por estar cumulado com o item “a”.

Reitera o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, e ainda reabertura do prazo de defesa, na hipótese da apresentação pelo autuante de algum documento e reforma do Acórdão.

Ao final, requereu a Nulidade ou a Improcedência, ou tão somente a multa formal pelas notas fiscais não escrituradas no livro REM- Registro de Entradas de Mercadorias.

A PROFAZ, às fls. 470 usque 480, considerou que a arguição de preliminar, por cerceamento do direito de defesa, por infração ao art. 46 do RPAF/99, diante do não recebimento dos demonstrativos de débito, concluiu que não havia nos autos, a prova de que foram entregues as cópias dos referidos demonstrativos de fls. 09 a 24 dos autos.

Considerou que o julgamento da 1ª Instância ocorreu com preterição do direito à ampla defesa , vez que a norma do art. 146 determina que se forneça cópias dos demonstrativos elaborados pelo Fisco, ao sujeito passivo. Opinou pela decretação da nulidade da Decisão Recorrida, com base no inciso II, do art. 18, do RPAF/99, devendo reabrir o prazo para que o autuado, após a entrega dos demonstrativos de fls. 09 a 24 dos autos, para que querendo volte a se manifestar.

VOTO

Concordo com o opinativo da PROFAZ quanto à decretação da nulidade da Decisão Recorrida, posto que é flagrante que houve cerceamento ao direito da ampla defesa do recorrente., assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Observo do cotejo às peças constantes dos autos, que os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 09 a 24 dos autos, não estão assinados pelo autuado ou seu representante legal, afirmando que tenha recebido cópia dos referidos demonstrativos, assim assiste razão ao recorrente, quando inconformado com a decisão diz que ficou prejudicado diante da falta dos documentos e demonstrativos.

Convém ressaltar o comando do artigo 39, do RPAF/99, que dispõe sobre o Auto de Infração, onde diz que o mesmo conterá o demonstrativo do débito tributário, discriminado, em relação a cada fato. Portanto, tem procedência o pedido do recorrente.

De fato, constitui cerceamento do direito de defesa e ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88). A inexistência de comprovação nos autos de que os demonstrativos que respaldaram a autuação, onde estão relacionadas as notas fiscais, o nome dos fornecedores e o cálculo da antecipação tributária das aquisições interestaduais constantes do item 1, e o demonstrativo constando as notas fiscais e o número do fornecedor referente as notas fiscais que não foram levadas a efeito nos registros fiscais e contábeis que ensejaram o item 2.

Por todo o exposto, voto pela decretação da NULIDADE da Decisão Recorrida, respaldado no art. 18, inciso II, do RPAF/99, devendo o processo retornar à Junta Julgadora para que seja encaminhado o processo à Inspeção Fiscal, afim de que sejam fornecidas cópias dos demonstrativos de fls. 09 a 24 dos autos, ao sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 dias, previsto no art. 123, do RPAF/99.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar a **NULIDADE** da Decisão Recorrida, referente ao Auto de Infração **nº 269511.0002/02-0**, lavrado contra **MARIA CONCEIÇÃO DE AZEVEDO RAMOS**, devendo retornar os autos à 2ª Junta de Julgamento Fiscal para sanar a irregularidade processual, devolvendo o prazo de defesa ao recorrente.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODEIGUES BALEEIRO COSTA – REPR DA PROFAZ