

PROCESSO - A. I. N° 269357.0010/00-3
RECORRENTE - EROCIDES CARDOSO VIEIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0193/01
ORIGEM - INFAC JUAZEIRO
INTERNET - 07.05.03

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0031-12/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Decretação da nulidade de ofício *ex vi* do art. 20 do RPAF-BA. Imputação imprecisa. Cometimento de equívoco pelo autuante no enquadramento da infração apurada, ao declarar, após a autuação, que não se trata de saldo credor na conta Caixa, mas sim, suprimento à Caixa, de origem não comprovada. Alteração, *a posteriori*, pelo autuante, da acusação fiscal sem que o sujeito passivo fosse notificado da modificação efetuada. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa e que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração NULO. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**, tendo em vista a decretação da nulidade absoluta de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão exarada pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n° 0193/01, que julgou Procedente o Auto de Infração, em referência.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto de R\$51.534,10, apurado através “do fluxo de caixa decorrente do confronto entre receita de vendas mensais de mercadorias, tidas como à vista, e as despesas de compras de mercadorias, também tidas como à vista, conforme demonstrativo e levantamentos analíticos às fls. 9 a 31 do PAF”.

O autuado, ora recorrente, na sua defesa, alega que o levantamento foi efetuado através de simulação por não considerar os livros contábeis, nem o saldo inicial da conta caixa, como também de não ter sido intimado à comprovar qualquer suspeita de irregularidade. Afirma, também, que estaria obrigado apenas a apresentar tão somente os livros e documentos fiscais e o livro Diário, caso tivesse, sentindo-se desobrigado a apresentar os comprovantes de despesas, empréstimos tomados e aumento de Capital Social. Ressalta que o valor exigido caracteriza-se confisco e que os livros e documentos estão à disposição para eventual revisão do procedimento, pelo que, diante dos fatos e das provas acostadas à defesa, requer que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

Após a juntada da defesa, o autuante apresenta sua informação fiscal.

Na Decisão Recorrida, o D. Julgador da 2^a JJF relata às fls. 95/96, o seguinte fato ocorrido neste processo, abaixo reproduzido, registrado pelo auditor na sua informação fiscal:

“O autuante, em sua informação fiscal às fls. 91 a 93, preliminarmente, esclarece que, embora não acarrete mudanças nos Demonstrativos anexados, deve-se, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/99, comunicar ao autuado a correção no texto do Auto de Infração, para que se manifeste sobre o assunto no prazo de 10 (dez) dias, considerando o equívoco cometido no enquadramento da infração apurada, por entender que não se trata de saldo credor da Conta Caixa, prevista no Inciso I do parágrafo 3º do artigo 2º do RICMS/97, mas sim de suprimento a caixa de origem não comprovada, prevista no inciso II do citado dispositivo.” (grifos nossos).

Do exame do processo, verifica-se que não foi atendida a solicitação do próprio autuante, para que fosse notificado o autuado para se manifestar, no prazo concedido, sobre alteração por ele efetuado no processo, em decorrência do equívoco cometido.

Desse fato, de fundamental importância para o deslinde da lide, embora tenha o mesmo constado do relatório do D. Julgador *a quo*, sobre ele silenciou, na fundamentação da Decisão Recorrida.

Em que pese o vício processual insanável ocorrido, o D. Julgador da 2ª JJF, prolatou o seu voto, julgando o Auto de Infração Procedente, sob o seguinte fundamento: *verbis*:

“Quanto ao levantamento efetuado, a falta da escrituração do livro Diário, o qual é feito a partir dos documentos de despesas e de receitas, vem justificar o procedimento adotado pelo autuante, principalmente, em razão da negação por parte do contribuinte de apresentar os documentos necessários, conforme admitido pelo próprio impugnante. Assim, conforme previsto no art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Inconformado com a decisão supra, o recorrente interpôs o presente Recurso Voluntário, alegando em seu favor:

- que não houve auditoria da conta Caixa como quer fazer crer o autuante e, como entendeu o CONSEF. Por esta razão não poderia ter sido apurado saldo credor já que não possui escrita contábil;
- que o fluxo de caixa elaborado pelo autuante simulou supostos saldos credores, sem considerar o estoque final em 31/12/98 que englobava mercadorias tributáveis e com o imposto pago por antecipação;
- que o autuante contraditou-se quando quis consertar o seu erro, não podendo falar em suprimento de Caixa de origem não comprovada, apenas com base na escrita fiscal;
- que o levantamento simulado do fluxo de caixa engloba um montante considerável de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Ao final, requer a reforma da Decisão Recorrida e a revisão do procedimento fiscal.

Através do Parecer nº 399/91, fls 141 e 142 dos autos, a PROFAZ opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário por entender que os argumentos apresentados pelo recorrente não são voltados a elidir a

infração imputada e são incapazes de fulminar o Auto de Infração. Acrescenta, ainda, que os documentos acostados aos autos pelo recorrente não são hábeis para afastar a presunção legal de omissão de saídas.

Na assentada do julgamento do dia 21/08/2002 o PAF foi remetido em diligência à ASTEC/CONSEF, para verificar “se é pertinente a alegação do recorrente que adquire mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária”, “se foi feito o estorno correspondente (...) por ocasião das saídas” e, finalmente, caso haja alteração que seja elaborado novo demonstrativo do fluxo de caixa.

Através do Parecer nº 0313/2002, fls. 152/155, a ASTEC atendeu o acima solicitado, elaborando os demonstrativos julgados pertinentes ao deslinde da lide.

Cientificados, autuado e autuante, não ocorreu pronunciamento por parte dos mesmos.

A PROFAZ reiterou os termos do Parecer de fls. 141/142.

VOTO

Da análise do presente processo, constatamos, efetivamente, a ocorrência de um vício formal que inquia de nulidade o lançamento de ofício, e, em que pese não ter sido tal questão ventilada pelo recorrente, tratando-se de nulidade absoluta, o julgador, de ofício, pode suscitá-la, o que ora se faz, em atendimento aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material que norteiam o processo administrativo fiscal, que, por sua vez, encontram ressonância no art. 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Trata a imputação para exigir o imposto de R\$51.534,10, apurado através do fluxo de caixa decorrente do confronto entre receita de vendas mensais de mercadorias, tidas como à vista, e as despesas de compras de mercadorias, também tidas como à vista.

O autuante, após apresentada, defesa em sua informação fiscal às fls. 91 a 93, preliminarmente, esclarece que, embora não acarrete mudanças nos demonstrativos anexados, deve-se, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/99, comunicar ao autuado a correção no texto do Auto de Infração, para que se manifeste sobre o assunto no prazo de 10 (dez) dias, considerando o equívoco cometido no enquadramento da infração apurada, por entender que não se trata de saldo credor da Conta Caixa, prevista no Inciso I do § 3º do artigo 2º do RICMS/97, mas sim de suprimento a caixa de origem não comprovada, prevista no inciso II do citado dispositivo. (grifos nossos).

Dessa alteração não foi notificado o contribuinte, ora recorrente.

Tal procedimento não se presta para a apuração do imposto na forma imputada no presente Auto de Infração, pelos motivos descritos. Refere-se a suprimento a caixa de origem não comprovada, que apresenta-se de maneira incorreta para o fim pretendido pela autuação, ante a modificação *a posteriori* para suprimento de caixa cuja origem não foi comprovada sem identificar qual o valor exato e data em que apurou o dito suprimento, via “levantamento de fluxo de caixa”.

Neste sentido, todas estas incorreções e procedimentos sem amparo legal maculam de morte o lançamento de ofício, o que nos leva a invocar o art. 20, do RPAF/BA para argüir a NULIDADE do

presente lançamento de ofício por se configurar nos autos a ocorrência da hipótese de nulidade prevista pelo art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA em vigor.

Ressalte-se, que por se tratar de anulação de lançamento por vício formal, onde o tributo foi exigido por meio de lançamento contendo incorreções insanáveis, deverá ser efetuado novo lançamento mediante instauração de outro procedimento fiscal, a salvo de tais incorreções, na forma e prazo previstos no art. 173, inciso II, do CTN.

Quanto ao Recurso Voluntário, ao contrário do opinativo da PROFAZ, entendemos que o mesmo encontra-se prejudicado pela nulidade ora decretada, não podendo ser objeto, assim, de apreciação por parte deste Colegiado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar prejudicado o Recurso Voluntário apresentado e decretar, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 269357.0010/00-3, lavrado contra **EROCIDES CARDOSO VIEIRA**, devendo ser efetuado novo lançamento do crédito tributário, mediante a instauração de outro procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 abril de 2003.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ