

PROCESSO - A.I. Nº 298943.0002/03-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAXITEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - MAXITEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0374-02/03
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 03.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0002-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIACÃO DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão de primeira instância que não apreciar o pedido de diligência, pois conforme preceitua a legislação processual as decisões devem ser fundamentadas. Decisão imotivada configura inobservância ao devido processo legal. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para apreciar a diligência requerida e proferir nova Decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, através de seus representantes legais, em face do voto prolatado na 2ª Junta de Julgamento Fiscal, mediante o Acórdão nº 0374-02/03 e de Recurso de Ofício, interposto na forma do art. 170, inciso I do RPAF/99, diante da Decisão ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado na ação fiscal.

A peça acusatória, aponta o contribuinte do cometimento de duas infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 258.862,23, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis no valor de R\$ 1.522.718,99, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 1998, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme documentos às fls. 15 a 21.
2. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março e abril de 1998, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 109.948,25, conforme demonstrativo e documentos às fls. 08 a 14.

Foi relatado na Decisão de 1ª Instância, que o sujeito passivo, argüiu a Procedência Parcial do Auto de Infração, alegando quanto à infração 2 que os fornecedores consignaram o nome do estabelecimento autuado nos documentos fiscais que serviam de base para autuação, apenas para fins de cobrança, porém, com endereço de entrega de outras filiais todas localizadas neste Estado onde as mercadorias ingressaram e foram escrituradas as notas fiscais. Informou que as notas fiscais foram escrituradas nos livros dos seguintes estabelecimentos: Notas Fiscais nºs 95312, 3346 e 3344 (Filial Comércio), 95311 e 3347 (Filial Pituba) e 3348 (Filial Feira de Santana). E foi relatado ainda, que o autuado juntou cópia de todas as notas fiscais e folhas do livro registro de entradas das filiais e folhas do livro Razão (fls. 167 a 184). E, que o autuado se insurgiu ainda quanto à

multa aplicada de 10%, que ficava absorvida pela multa punitiva, porquanto o débito apurado foi mediante o levantamento quantitativo de estoques. E referente ao item 1, alegou que não ocorreu omissão de saídas, e as notas fiscais foram incluídas indevidamente.

Alegou ainda que outra parte da autuação, foi a falta de inclusão da Base de Cálculo da Nota Fiscal nº 318.

Foi relatado que o autuante procedeu modificações no item 2. E que o mesmo esclareceu como efetuou a cobrança do item 1 para R\$218.332,75.

A Decisão recorrida considerou Procedente o item 1, e quanto ao item 2, que se refere à multa por descumprimento de obrigação acessória por falta de registro na escrita fiscal, observou que a infração 2 estava demonstrada à fl. 8, e por se tratar de multa acessória. e considerando que todas as notas fiscais foram computadas na auditoria de estoques que originou o débito da infração 1, a multa da infração 2, devia ser absorvida pela multa da obrigação principal. Concluindo que a apuração do imposto em que se encontrou diferenças de entradas e de saídas devia ser exigido sobre a diferença de saídas, nos termos da Portaria nº 445/98 (art. 4º e 5º), mantendo a exigência do item 1 e recorreu de Ofício por excluir a exigência do item 2.

O relator prolatou o seguinte voto:

“Pelo que está descrito no Auto de Infração, a infração 1 está fundamentada com base em auditoria de estoques em exercício fechado, tendo sido apurada diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas, sendo calculado o débito com base no valor das saídas por terem sido estas em valor superior às entradas enquanto a infração 2 faz referência a multa por descumprimento de obrigação acessória referente a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O débito da infração 2 encontra-se devidamente demonstrado à fl. 8, com a indicação das Notas Fiscais de Entrada nºs 95312, 95311, 3348, 3347, 3346 e 3344 que não foram escrituradas no livro fiscal próprio do estabelecimento, cujos documentos fiscais também foram incluídos no levantamento quantitativo das entradas às fls. 18 a 20 que originou o débito referente à infração 1.

Na primeira impugnação, o autuado comprovou que as notas fiscais haviam sido escrituradas no Registro de Entrada de outros estabelecimentos filiais da mesma empresa, com exceção das Notas Fiscais nºs 3344 e 3346, cuja prova foi apresentada no último Recurso defensivo. O autuante, por seu turno, em sua informação fiscal às fls. 193 a 196, concordou com a comprovação feita pelo autuado no primeiro Recurso e procedeu a exclusão das Notas Fiscais nºs 95312, 95311, 3348 e 3347 no levantamento quantitativo, e quanto às outras duas notas fiscais, se silenciou em sua informação à fl. 231, mantendo a multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Analizando-se os mencionados documentos fiscais constata-se que neles contém como destinatário o estabelecimento autuado, e como local de entrega outros estabelecimentos filiais da mesma empresa, e realmente foram escriturados no Registro de Entradas de outras filiais, conforme demonstrativo abaixo:

N.FISCAL	EMIÇÃO	FORNECEDOR	VALOR	LOCAL DE ENTREGA	I.EST.	NF fls.	RE fls.
95312	10/03/98	Motorola	313.585,34	Av.EE.UU, 1-Cj.1	48083827	9	174
95311	10/03/98	Motorola	104.797,76	Av.Ant.C.Magalhães, 1034	48055657	10	177
3348	06/04/98	Ericsson	6.685,63	Cons.Franco,292, Lj.201/212	48041751	11	180
3347	06/04/98	Ericsson	6.685,63	Av.Ant.C.Magalhães, 1034	48055657	12	177
3346	06/04/98	Ericsson	6.685,63	Av.EE.UU, 258	48083827	13	223

3344	06/04/98	Ericsson	661.042,51	Av.EE.UU, 258	48083827	14	223
------	----------	----------	------------	---------------	----------	----	-----

Nestas circunstâncias, estamos diante de um descumprimento de obrigação acessória por todos os estabelecimentos, qual seja, o autuado porque adquiriu mercadorias e não procedeu o lançamento dos documentos fiscais em seus livros fiscais, e as filiais citadas porque escrituraram documentos pertencentes a outro estabelecimento, inclusive utilizaram do crédito fiscal através de documento fiscal em nome de outro contribuinte, haja vista a vedação expressa na legislação tributária.

Quando um estabelecimento adquire mercadoria, e esta, por qualquer motivo, é entregue em outro estabelecimento através do mesmo documento fiscal, entendo que este último fica como depositário, cuja mercadoria, por não ter ocorrido a transmissão da propriedade, mesmo em outro estabelecimento, deve figurar do estoque do estabelecimento adquirente. Por ocasião da saída, a qualquer título, condiciona-se a emissão da respectiva nota fiscal pelo estabelecimento adquirente.

No caso, admitindo-se como comprovada a entrada das mercadorias nos estabelecimentos filiais através das notas fiscais em nome do autuado, entendo que mesmo assim, as mercadorias pertencem ao estoque do estabelecimento adquirente, uma vez que a simples indicação de entrega em locais diversos do destinatário não é suficiente para validar a operação, isto porque, nos termos do artigo 42 do RICMS/97, para os fins fiscais, os estabelecimentos são autônomos entre si, e se realmente as mercadorias não pertenciam ao estabelecimento autuado, este deveria ter emitido outras notas fiscais em nome dos respectivos estabelecimentos filiais, a título de transferência, onde consta como local de entrega das mercadorias, haja vista a vedação de carta de correção em nome do destinatário (§ 6º, art. 201, RICMS/97).

O artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, prevê a aplicação da multa de 10% do valor comercial da mercadoria sujeita a tributação que tenha entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal.

Desta forma, em que pese os esclarecimentos apresentados pelo sujeito passivo, e o reconhecimento do autuante, considero que a infração 02 está devidamente capitulada na segunda parte no citado dispositivo legal, pois, não havendo a transferência das mercadorias através de documento fiscal próprio, é inquestionável o caráter autônomo de cada estabelecimento.

Contudo, considerando que todas as notas fiscais foram computadas na auditoria de estoques que originou o lançamento do débito da infração 1, nos termos do § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, a multa de que cuida a infração 2, deve ser absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal.

Sobre a infração 1, pelas considerações feitas, todas As Notas fiscais nºs 95312, 95311, 3344, 3346, 3347 e 3348 devem figurar no levantamento das entradas na auditoria de estoques, e quanto à Nota Fiscal nº 0318, correspondente a saída a título de remessa para montagem de 5.012, não há como considerar o referido documento fiscal no levantamento das saídas, visto que o mesmo foi emitido em 05/01/1999, data essa, posterior ao período objeto da auditoria de estoques (doc. fl. 227).

Assim, considerando que a auditoria de estoques apurou diferenças de entradas e de saídas, é devido o imposto com base nas diferenças das saídas, nos termos dos artigos 4º e 5º da Portaria nº 445/98.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$ 258.862,23.”

O sujeito passivo inconformado com o julgamento da 1ª Instância, através de seu representante legal interpôs Recurso Voluntário, às fls. 247 a 267, onde suscita a nulidade do Acórdão prolatado na Junta de Julgamento Fiscal, sob o argumento de que a referida Decisão omitiu no julgamento o Pedido de diligência formulado na peça de impugnação.

Alega que o art. 147, § 2º do RPAF preceitua que o indeferimento deve ser fundamentado e indicadas as razões pelo relator, quando o mesmo individualmente não acatar o pedido formulado ou se decidido pela Junta ou Câmara de Julgamento o relator mencionará os motivos do indeferimento no relatório do Acórdão da Decisão.

Assevera que houve omissão no Acórdão, do pedido de diligência formulado, porque se verifica apenas uma singela referência do pedido formulado pelo recorrente, sem que haja, ao menos, o indeferimento expresso do pedido ou exposição dos motivos, nos quais a Junta de Julgamento Fiscal se pautou para decidir pela não realização da diligência.

Diz que é nula a Decisão recorrida por omissão de manifestação quanto ao pedido de diligência para comprovar o registro de notas fiscais nos estabelecimentos recebedores das mercadorias, sem transitar pelo estabelecimento autuado, o que elidiria a infração 2, e que está vinculada à infração 1, e por consequência, não deveria ser computado no levantamento das entradas, reduzindo a omissão de saídas apontadas pelo autuante.

Alega ainda que a diligência demonstrará a inexistência de omissão de saída de celulares Ericsson para montagem de kits, e que os mesmos foram entregues à empresa que os industrializava, por ordem do autuado, e que todas retornaram após a montagem.

No mérito aduz que referente à infração 1, o relator considerou a existência de duas situações distintas, sendo a primeira quanto às notas fiscais, que embora escrituradas nas filiais do autuado, como o autuante reconheceu, o julgador entendeu que devia mantê-las no levantamento quantitativo, e a segunda situação, é quanto à Nota Fiscal nº 318, que a Junta de Julgamento Fiscal omitiu-se de buscar a verdade material, e desprezou os fatos que levaram a sua emissão extemporânea.

Aduz que o próprio relator admitiu que as notas fiscais estão escrituradas nas filiais do autuado quando expressou no voto que houve descumprimento de obrigação acessória, mais ainda assim, manteve a autuação.

Alega que o autuante reconheceu que as notas fiscais supostamente omitidas foram efetivamente escrituradas em outros estabelecimentos, e retificou a autuação referente ao item 1, excluindo as notas fiscais que foram comprovadas pelo autuado que estavam escrituradas nos livros de Registro de Entradas das filiais, e, ainda assim, a Junta de Julgamento Fiscal não considerou a revisão do autuante, que é autoridade competente para constituir o crédito tributário.

Insiste na diligência quanto ao item 1, e quanto à infração 2, diz que discorda da fundamentação da Decisão que excluiu a multa imposta na autuação. Ao final, requereu a nulidade do Acórdão e se ultrapassada a nulidade, pede a Improcedência do Auto de Infração, reiterando o pedido de diligência, *in loco*, para aferir a verdade material argüida na defesa.

A representante da PGE/PROFIS requereu diligência à fl. 271, onde considera que diante da Decisão de Junta de Julgamento Fiscal não ter emitido qualquer juízo de valor quanto ao pedido de diligência solicitado pelo autuado, e por se tratar de matéria fática, sugere que seja feita

diligência por fiscal estranho ao feito para verificar a ocorrência de equívoco no levantamento quantitativo.

A então relatora justificou as razões do indeferimento à fl. 276 com os seguintes argumentos: que constatou que o autuante na informação fiscal às fls. 193 a 196, elaborou novos levantamentos referentes às notas fiscais apresentadas pelo autuado quanto ao item 1, como se vê nas fls. 197 a 206, e o contribuinte teve ciência e apresentou nova manifestação, assim, considera que a diligência é desnecessária porque a dúvida suscitada pelo recorrente quanto às notas fiscais, as mesmas estão no processo e possibilitam o julgamento do mérito.

A PGE/PROFIS exara novo Parecer à fl. 278 dos autos, onde concluiu que após análise das razões do Recurso Voluntário considera que os argumentos jurídicos apresentados provocam revisão no Acórdão.

Diz que o contribuinte desde a defesa pugna pela realização de diligência fiscal e a Junta de Julgamento Fiscal não emitiu nenhum Juízo de valor quanto à solicitação do recorrente, ferindo o princípio da ampla defesa e do contraditório. Conclui que restou caracterizado o vício insanável o que justifica a decretação da nulidade do Julgado de 1ª Instância, e opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A questão a ser examinada inicialmente na presente lide, é a nulidade suscitada pelo sujeito passivo nas razões do Recurso Voluntário interposto tempestivamente, onde o mesmo alega que o julgamento foi omisso quanto à diligência requerida na fase defensiva, e diz que esse vício não pode ser sanado, aduzindo que não houve o indeferimento expresso, e não há fundamentação na Decisão tomada pela Junta de Julgamento Fiscal em não realizar a diligência fiscal.

Conforme determina o art. 147 no seu § 2º, incisos I e II, o relator fundamentará as razões do indeferimento, e quando o indeferimento for feito pela Junta ou Câmara de Julgamento Fiscal na fase de instrução do PAF, quando na Decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do Acórdão da Decisão.

Verifico que a fl. 235, consta o Termo de Instrução onde está consignado que os membros da Junta de Julgamento deliberaram que não havia necessidade da realização de diligência, por entender que o processo reunia todas as condições para o deslinde da questão, e, assim, o processo seria incluso na pauta de julgamento.

Ocorre que no relatório foi mencionado pelo relator que houve por parte do patrono do autuado a alegação de necessidade de diligência para atestar os documentos fiscais, e o pedido de revisão fiscal da Auditoria de Estoque, sem que, no entanto, tenha feito qualquer menção dos motivos que levaram os membros da Junta de Julgamento Fiscal na fase instrutória do processo concluírem pelo indeferimento da diligência solicitada pelo autuado. Assim, a Decisão contrariou o dispositivo processual já acima mencionado (art. 147, § 2º, inciso II, “b” do RPAF/99).

Neste sentido, a PGE/PROFIS pautou o Parecer opinativo de que o procedimento adotado na 1ª Instância feriu o princípio da ampla defesa e do contraditório, e por essa razão concluiu que estava caracterizado o vício insanável na Decisão de 1º grau, o que a seu ver justificava a decretação da nulidade.

Deste modo, diante da Decisão estar em desconformidade com o RPAF vigente, e ficar constatada a existência da eiva no julgado recorrido, acato o Parecer da PGE/PROFIS e com fundamento no art. 18, inciso III do RPAF/99, voto pela nulidade do julgamento de 1ª Instância prolatado no

Acórdão nº 0374-02/03, para que retorne à 2ª Junta de Julgamento Fiscal, e seja apreciado o Pedido de Diligência, proferindo nova Decisão.

Por todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para tornar NULA a Decisão recorrida, assim, quanto ao Recurso de Ofício fica o mesmo PREJUDICADO diante da nulidade do julgamento de 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto, e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar e julgar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 298943.0002/03-3 lavrado contra **MAXITEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo o mesmo retornar à 1ª Instância, para apreciar o pedido de diligência e proferir nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS