

PROCESSO - A. I. N° 110024.0007/03-6
RECORRENTE - CONSTRUMAX MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF N° 0498-02/03
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 25.03.04

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0083-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão de Primeira Instância por não ter sido observado o devido processo legal. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento para adotar as medidas pertinentes às infrações 2 e 3 do lançamento de ofício Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 2^a JJF, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em tela para exigir crédito tributário, decorrente das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 6.119,96, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, no período de janeiro de 2001 a novembro de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 42 a 44, 181, 132 e 133.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente a mercadorias sujeitas a substituição tributária, nos exercícios de 2001 a 2002, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 5.277,42, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, conforme documentos às fls. 42 a 93, e 133 a 181.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 376,70, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, através das notas fiscais nº 32045, 47687 e 43217, nos meses de março/01, janeiro e junho de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 40 a 41, 130, e 38 e 39.
4. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 538,19, no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao mês de junho de 2002, conforme documento e demonstrativo às fls. 24 a 37.
5. Recolhimento a menos do ICMS no valor R\$ 250,81, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente ao mês de agosto de 2002.

Sustenta a Decisão da 2^a JJF, ora recorrida que:

- da análise das peças processuais, notadamente a defesa formulada às fls. 185 a 187, constata-se que o recorrente não se insurgiu quanto aos itens 3, 4 e 5.

- no tocante a entrega dos documentos que instruem a ação fiscal, o processo não atendeu às disposições contidas na legislação citada. Contudo, conforme está previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, “*as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*”

- as omissões existentes no processo, foram devidamente sanadas mediante a juntada aos autos da cópia do Auto de Infração nº 206921.0004/03-5 e da respectiva Ordem de Serviço, ressaltando-se que a ação fiscal ocorreu no mês de junho/03 e foi executada por outro preposto fiscal. Além disso, restou comprovado que houve a entrega ao sujeito passivo mediante intimação pela INFAZ Iguatemi (doc. fl. 206), sob recibo, das cópias dos demonstrativos e das notas fiscais coletadas no CFAMT constantes às fls. 38 a 102, e 132 a 181, além do citado AI e OS. Por conta disso, rejeita as preliminares de nulidades, pois a partir da entrega de tais documentos, as omissões existentes no processo foram devidamente sanadas, e a partir desse momento o sujeito passivo pode exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Se não o fez no prazo estipulado na Intimação à fl. 206, o seu silêncio se configura como uma aceitação e reconhecimento dos documentos que não lhe haviam sido entregues.

- os itens 1 e 2 são subsistentes, já que o recorrente não se pronunciou sobre a intimação. Além disso, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo;

- consta registrado no Sistema de Informações que o contribuinte até o mês de junho de 2002 se encontrava na condição de empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, fato esse que foi devidamente observado pelo autuante, tendo inclusive concedido os créditos fiscais previstos no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02 até o período em que o estabelecimento se encontrava inscrito nessa condição.

- detectada pela fiscalização a falta de contabilização de entradas de mercadorias com base em notas fiscais coletadas pelo CFAMT, a legislação tributária autoriza a presunção legal de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, sendo, desprovida a alegação do recorrente de que seria indevida a exigência por ser uma empresa de pequeno porte optante pelo regime do SIMBAHIA;

- constata-se, quanto à infração 2 a falta de contabilização de entradas de mercadorias através de notas fiscais coletadas no CFAMT, o que mesmo se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, é correto exigir o imposto relativo as operações de saídas anteriores utilizadas no pagamento de tais aquisições, conforme ocorreu no caso do item 1;

- descabe a aplicação de multa em questão, tornando, portanto, improcedente este item da autuação;

- fica representada a autoridade fazendária competente a instaurar novo procedimento fiscal visando a cobrança do tributo relativo à entrada das mercadorias não contabilizadas correspondentes as notas fiscais não registradas relacionadas às fls. 42 a 43, e 132 a 133.

Conclui pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- ratifica todo o teor de sua defesa, dentro dos fundamentos já apresentados;
- o profissional subscritor sente-se prejudicado, haja vista que a aludida intimação com entrega dos demonstrativos e documentos que não acompanharam a autuação não foi direcionada ao profissional que, no caso, é o representante legal do contribuinte, para todos os efeitos legais do PAF;
- desconhece que tenha havido reabertura do prazo de defesa, o que se fazia necessário em razão do disposto no art. 46 do RPAF;
- pede que seja decretada a nulidade da Decisão da JJF, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo em seguida ser reaberto o prazo de defesa, que não pode ser substituído pelo de 10 (dez) dias;
- no mérito, até junho de 2002 a autuada gozava dos benefícios do SIMBAHIA, sendo dispensada o cumprimento de determinadas obrigações acessórias, dentre elas de escrituração do LRE, sustentando que não havendo a obrigação de escriturar as entradas, não há razão para a exigência do imposto;
- aduz que, mesmo que houvesse a obrigação escritural, a falta citada em tela ensejaria a multa de 10 % (dez por cento);
- assevera que se mantida a exigência, haveria de se adequar a mesma as normas que regem a EPP, uma vez que o recorrente até junho/2002, estava enquadrada no regime SIMBAHIA;

Ao final, requer seja decretada a nulidade da Decisão e a reabertura de prazo de defesa, ou que o lançamento de ofício seja julgado nulo ou improcedentes os itens contestados.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação sustenta que é descabida a alegação de nulidade, em razão do CONSEF não ter intimado, na remessa das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT a pessoa do patrono do recorrente.

Entretanto, entende pertinente o argumento do recorrente quanto a não abertura do prazo de defesa por ocasião da remessa das cópias das notas fiscais coletadas pelo CFAMT, já que tais documentos são essenciais ao exercício do direito de defesa e, portanto, deveriam ter sido entregues no momento da cientificação da autuação.

Em razão disso, opina pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Após a análise dos autos verifico que a nulidade apontada pelo recorrente deve ser acolhida, haja vista que após a juntada aos autos do Auto de Infração nº 206961.0004/03-5 às fls. 198/199, bem como dos demonstrativos e das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, comprovado à fls. 205, não fora reaberto o prazo de defesa.

De fato, no caso em tela, no momento da intimação do recorrente não foram fornecidos os documentos indispensáveis ao esclarecimento dos fatos narrados, conforme prevê o art. 46 do RPAF. Tais documentos foram disponibilizados, apenas, em 11.11.03, para que no prazo de 10 (dez) dias o recorrente apresentasse sua manifestação, com fulcro no § 1º, art. 18 do RPAF.

Entretanto, entendo que a falta de fornecimento ao recorrente dos referidos documentos não se configura em incorreções ou omissões, ou mesmo na não-observância de exigências meramente formais exigidas legalmente, conforme prescreve o supracitado dispositivo legal, mas verdadeiro cerceamento ao direito de defesa.

Deveras, como se tratam de documentos essenciais para o esclarecimento dos fatos, a falta de sua apresentação, no momento da intimação do Auto de Infração, inviabiliza o exercício do direito de defesa do recorrente.

Nesse contexto, partilho do entendimento da dnota representante da PGE/PROFIS no sentido de que, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (art. 5º, inc. LV da CF), deve ser declarada a nulidade de todos os atos praticados após apresentação dos documentos em 11.11.03, já que não foi aberto prazo para apresentação da devida defesa, repita-se.

Ante o exposto, voto pelo **PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, para anular a Decisão recorrida, a fim de que seja determinada a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias ao recorrente para apresentação de defesa administrativa, consoante disposto no art. 123 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário, apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida que gerou o Acórdão JJF nº 498-02/03, no Auto de Infração nº 110024.0007/03-6, lavrado contra **CONSTRUMAX MATERIAS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo o processo ser remetido à Junta de Julgamento para a adoção de medidas pertinentes às infrações 2 e 3.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

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