

0235PROCESSO	- A.I. N° 087078.0011/03-3
RECORRENTE	- DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF n° 0502-02/03
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 10.08.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0235-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA. NOVA DECISÃO. Na Decisão recorrida não consta qualquer manifestação sobre a realização ou não da diligência requerida, nem sobre o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, o que implica na sua nulidade, porque proferida com preterição do direito de defesa. O PAF deve retornar à 1ª Instância, para que sejam apreciados os pedidos formulados pelo recorrente desde a sua impugnação inicial, e proferida nova decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração interposto pelo autuado contra a Decisão da 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 0502-02/03 – insurgindo-se contra os itens 2 e 9, que tratam das seguintes irregularidades:

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$1.641,89, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro de 2000, além de maio de 2001. Este item foi julgado procedente em parte no valor de R\$1.054,22.
9. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, e não atendeu às intimações datadas de 01/07/2003, 15/07/2003 e 30/07/2003, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias. Julgado procedente.

As alegações do embargante foram:

1. Quanto à infração 2, negou, veementemente, que as mercadorias cuja base de cálculo monta R\$3.550,41, e o ICMS R\$630,57, tenham ingressado no seu estabelecimento, e disse que o julgador da 1ª Instância deixou de apreciar o requerimento de diligência, contido na defesa, para que junto às emitentes das notas fiscais fosse verificado o destino das mercadorias que lhe foram enviadas.
2. No que tange à infração 9, afirmou que o julgador, também, deixou de apreciar o seu pedido quanto à aplicabilidade do § 4º, do artigo 46 do COTEB, que trata da possibilidade das multas por descumprimento de obrigações acessórias serem reduzidas ou canceladas pelos órgãos julgadores.

Concluiu requerendo a realização da diligência pleiteada e que fosse cancelada total ou parcialmente a multa exigida no item 9.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, ressaltou que o presente Embargos de Declaração deve ser conhecido como Recurso Voluntário, pois o recorrente pretende ver

modificada a Decisão de 1^a Instância em seu conteúdo de mérito e o Recurso Voluntário previsto no vigente RPAF/99 para devolver toda a matéria à apreciação desta CJF é este, logo, é silente de dúvida tratar-se caso onde deve ser aplicado o princípio da fungibilidade dos recursos.

Em relação ao pedido de diligência relacionada à infração 2, disse que a JJF refere a esse tipo de diligência quando trata da infração “2 a e b”, e sustenta que esta tem por base notas fiscais apreendidas pela fiscalização que foram endereçadas ao estabelecimento autuado, onde constam corretamente os seus dados, logo assiste razão ao julgador ao afirmar que o ônus da prova deve ser do contribuinte, e este deve providenciar junto ao fornecedor elementos que neguem o cometimento da infração.

Quanto ao argumento de que a JJF não apreciou o pedido de aplicação do art. 46, do COTEB, entendeu tratar-se de pedido inepto, pois o recorrente não indica que dispositivo desse artigo quer seja aplicado e de que forma pretende seja altera a autuação.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário

VOTO

Inicialmente, concordo com o opinativo da representante da PGE/PROFIS de que o presente Embargos de Declaração deve ser conhecido como Recurso Voluntário.

De fato, o contribuinte autuado, desde a sua impugnação inicial solicitou que o Auto de Infração fosse baixado em diligência, para que se verificasse junto ao fornecedor o recebimento da mercadoria, conforme se vê à fl. 141, parágrafo sexto, dos autos.

Também pleiteou que fosse aplicada a regra contida no § 4º, do art. 46, do COTEB, porque não teria agido com dolo, fraude ou simulação, ao não atender as intimações para apresentação de seus arquivos magnéticos (fl. 155).

Lendo o voto proferido pelo relator da 2^a JJF, não visualizei qualquer manifestação sua sobre a realização ou não da diligência requerida, nem sobre o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória (infração 9).

Desta forma, esta 1^a CJF fica impedida de apreciar estes pedidos, sob pena de supressão de instância, implicando na nulidade da Decisão recorrida, porque proferida com preterição do direito de defesa (art. 18, II, do RPAF/99).

Voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, para julgar nula a Decisão recorrida, e determinar o retorno do PAF à 1^a Instância, para que sejam apreciados o pedidos formulados pelo recorrente desde a sua impugnação inicial, e proferida nova Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida pertinente ao Auto de Infração nº 087078.0011/03-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.**, devendo o PAF retornar à 1^a Instância, para que sejam apreciados os pedidos de diligência e de cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, formulados pelo recorrente desde a sua impugnação inicial, e proferida nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

