

PROCESSO - A. I. Nº 280080.0067/05-5
RECORRENTE - FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA. (FRATELLI CDD ILHÉUS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0410-02/05
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0146-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Existência de nulidade na Decisão questionada porque se deixou de colacionar aos autos os resumos de apuração do levantamento quantitativo efetuado, bem como, ocorreu inovação pelo autuante quando, ao prestar informação fiscal, alterou os fatos concernentes à infração 1 e não foi reaberto o prazo de defesa. A ausência desses elementos invalida a Decisão de 1ª Instância. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão em relação às infrações 1, 3, 4 e 5. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 2ª JJF, através do Acórdão n.º JJF 0410/02-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2005, reclama débito no valor total de R\$ 453.636,10, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$2.731,22, no mês de dezembro de 2003, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme documentos às fls. 154 a 156.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativa aos exercícios de 2003 e 2004, sendo aplicada multa no valor total de R\$100,00, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 38.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$193.847,70, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 38.
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$256.727,18, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento

quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2003 e 2004), conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 38.

5. Escrituração do livro Registro de Entradas, em desacordo com as normas regulamentares, em razão da falta do resumo mensal das operações e da totalização por CFOP, referente ao mês de janeiro de 2004, sujeitando à multa no valor de R\$140,00.
6. Falta de atendimento a intimação, expedida em 18/02/2005, para apresentação do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, sujeitando-se à multa no valor de R\$90,00.

O sujeito passivo, por seu representante legal, em sua impugnação às fls. 78 a 86, argüiu a nulidade do lançamento consubstanciado no Auto de Infração, a pretexto de cerceamento de defesa, com base nas seguintes preliminares:

1. Ausência de fundamentação legal – entende que houve omissão quanto à indicação dos artigos ou dos artigos da lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, pois consta no Auto de Infração apenas a indicação de dispositivos regulamentares e do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.
2. Descrição imprecisa da infração 01 – alega que a data da ocorrência indicada de 11/02/03 e a data de vencimento de 12/10/03 estão incompatíveis com a acusação fiscal, tendo em vista que a sua submissão ao regime de apuração do ICMS que prevê o recolhimento até o 9º dia do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, bem assim o fato de que as folhas do Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS colacionados aos autos referem-se ao mês de dezembro de 2003, período diverso da infração descrita.

No mérito, pleiteou a improcedência da infração 1, sob o fundamento de que, em relação ao período de dezembro de 2003, os documentos constantes nos autos demonstram a exatidão entre o valor registrado e o valor recolhido de R\$1.802,59, conforme documentos às fls. 95 a 101.

Quanto as infrações 3 e 4 asseverou que todas as operações comerciais de compra e venda realizadas, no período, pelo estabelecimento foram devidamente documentadas através de notas fiscais e regularmente escrituradas nos livros fiscais competentes, tendo acostado cópias do Registro de Entradas e Registro de Saídas, bem como diversas notas fiscais de entradas e de saídas (docs. fls. 102 a 143) visando demonstrar a insubsistência das citadas infrações.

Com relação às infrações 2, 5 e 6, salientou que se tratam de ocorrências referidas de inadimplemento de obrigação acessória, não decorrentes de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, as quais não ensejaram falta de recolhimento do tributo. Com esse argumento, pediu a aplicação do disposto no artigo 158, do RPAF/99.

Por fim, requereu fossem acolhidas as preliminares de nulidades, ou, se rejeitadas, que fosse julgado improcedente o Auto de Infração, sendo que, no tocante às infrações 2, 5 e 6, que as mesmas fossem canceladas ou reduzidas as multas com base no art. 158 do RPAF/99.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 149 a 152, esclareceu que a sua ação fiscal decorreu da Ordem de Serviço nº 503806/05 e rebateu a preliminar de nulidade de cerceamento de defesa de que a simples menção de artigo do Regulamento do ICMS não tem validade, citando o artigo 96 do CTN, onde está definido que a expressão “legislação tributária” compreende as leis, decretos e as normas complementares.

Salientou que, na fundamentação de cada uma das penalidades, foi indicado o dispositivo do RICMS/BA, que está em consonância com a Lei nº 7.014/96 e na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto à infração 1, justificou o equívoco cometido dizendo que o lançamento foi feito automaticamente utilizando o Sistema SAFA que gera os arquivos para o Sistema SEAI sem a sua

intervenção. Informou que a data correta do débito do mês de dezembro de 2003 deve ser 31/12/03 e o vencimento da obrigação tributária o dia 09/01/2004, conforme documentos às fls. 44 a 56.

Por outro lado, disse que a diferença apurada de R\$2.731,22, refere-se a aproveitamento de crédito sobre a tomada de serviços (fl. 45), não apresentada nos arquivos magnéticos, considerado indevido em virtude do autuado não ter apresentado a comprovação de tal operação, tudo conforme documentos de fls. 54 a 156.

Em seguida, explicou que as infrações 3 e 4 são originárias de apuração de diferenças em auditoria de estoques nos exercícios de 2003 e 2004, cujos demonstrativos encontram-se às fls. 06 a 38, com detalhamento nos arquivos constantes no CD-ROM juntado ao processo e entregue ao autuado, conforme termos às fls. 40 a 43.

Informou que o demonstrativo das omissões do ano de 2004 encontra-se à fl. 34, enquanto que o relativo ao ano de 2003 foi anexado à informação fiscal às fls. 158 a 161, e destacou que os documentos apresentados pelo autuado não são suficientes para afastar a acusação fiscal de omissões de entradas e de saídas de mercadorias.

No que concerne às demais infrações, o preposto fiscal justificou a origem para a aplicação das respectivas multas formais, quais sejam: Infração 2: omissão de saídas de mercadorias isentas/não tributadas apurada na auditoria de estoques dos anos de 2003/2004; Infração 5: escrituração do livro Registro de Entradas, sem efetuar o resumo mensal das operações referentes ao mês de janeiro de 2004, e ainda a falta de totalização da CFOP; Infração 6: falta de atendimento a intimação constante à fl. 71 para a apresentação do livro RUDFTO. Asseverou que o apelo do contribuinte autuado no artigo 198, do RPAF/99, não invalida a acusação fiscal.

Concluindo, observou que o autuado não juntou provas de suas alegações que afastem as acusações fiscais, e pediu a manutenção integral do Auto de Infração.

Constou às fls. 163 a 164 que o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal e dos novos elementos acostados aos autos, quedando-se, porém, silente.

Através do Acórdão JJF Nº 0410/02-05, a 2.ª JJF julgou procedente em parte o Auto de Infração, reduzindo o valor do débito constante do Auto de Infração para R\$453.306,10, sob o entendimento de que:

- a) quanto a preliminar de ausência de fundamentação legal, entendeu a primeira instância que *“os fatos descritos no corpo do Auto de Infração estão em perfeita sintonia com os dispositivos da legislação tributária, notadamente do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, descritos no enquadramento de cada infração, e em momento algum, tais disposições regulamentares, impediu o contribuinte de exercer a ampla defesa o contraditório, ressaltando-se que para fins de definição da norma aplicável a fiscalização deu cumprimento ao citado Regulamento, cujos artigos são originários de norma complementar, lei, convênios, tratados, etc”*;
- b) quanto a preliminar de descrição imprecisa da infração 1, decidiu o *a quo* que *“realmente o contribuinte teve razão suficiente para essa alegação, pois ela foi indicada apenas que se refere ao desconcontro entre o imposto recolhido e o escriturado do RAICMS”*, salientando que *“Este tipo de descrição está previsto no sistema automatizado do Auto de Infração (SEAI) da SEFAZ, e, normalmente, é utilizado em autuação na hipótese do contribuinte declarar no Registro de Apuração do ICMS o valor devido do imposto mensal, e ao ser confrontado com o documento de arrecadação (DAE) recolhido, ser evidenciada divergência de valor entre o declarado e o recolhido”*; além disso, asseverou a Decisão recorrida que *“foi apontado que a data da ocorrência e do vencimento da obrigação tributária estavam incompatíveis com a acusação fiscal, no que também tem razão o contribuinte”*; todavia, decidiu o Colendo Órgão

de primeira instância que “*em ambos os casos, o preposto fiscal em sua informação fiscal supriu tal omissão e incorreção esclarecendo o real motivo da autuação e efetiva data do fato gerador, ou seja, que o lançamento da importância de R\$ 2.731,22, refere-se a aproveitamento de crédito fiscal sobre a tomada de serviços (fl. 45), não apresentada nos arquivos magnéticos, e não comprovada tal operação, conforme documentos de fls. 54 a 56, e que a ocorrência foi constatada no mês de dezembro de 2003, data de ocorrência 31/12/2003 e a data do vencimento o dia 09/01/2004*”, razão pela qual considerou “*ultrapassadas tais arguições, pois o autuado foi cientificado da informação fiscal e não se manifestou*”;

- c) concluiu que “*no plano formal, não houve inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedisse o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa*”, rejeitando-se as preliminares arguínas;
- d) quanto ao mérito da autuação, a R. Junta de Julgamento Fiscal considerou “*procedentes todas as infrações, uma vez que, a partir do momento que foi comprovada a entrega dos levantamentos e demonstrativos de apuração do débito e esclarecida cada infração, foi assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a sua impugnação do lançamento mediante a apresentação das provas que as acusações fiscais foram imputadas indevidamente*”; decidiu, porém, que “*o valor da multa correspondente à infração 02 deve ser modificado para o valor de R\$ 50,00, tendo em vista que o contribuinte cometeu apenas uma infração – omissão de saídas de mercadorias não tributadas – embora tenha ocorrido um dois exercícios*”;
- e) asseverou, ainda, que “*A legislação tributária (art. 140, do RPAF/99) prevê que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas*”, restando demonstrado que in casu “*todas as infrações estão devidamente demonstradas e acompanhadas dos elementos de provas, e o autuado não apresentou nenhuma prova em sentido contrário*”;
- f) além disso, reiterou a Decisão de primeira instância o fato de que não foi verificado em nenhum momento que “*houvesse ocorrido cerceamento de defesa argüido pelo sujeito passivo, cujo lançamento ocorreu através do Auto de Infração na forma prevista no artigo 38 e 39 do RPAF/99, e o mesmo teve a oportunidade de elidir cada infração trazendo aos autos os documentos necessários para esse fim, inclusive teve outra oportunidade ao ser intimado pela repartição fazendária a tomar conhecimento da informação fiscal e dos documentos que instruem os autos, e se silenciou*”.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 2ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal.

Quanto a infração 1, voltou a pleitear a nulidade da mesma, vez que, mesmo após a informação fiscal, persiste a nulidade, à vista da indubitosa incompatibilidade entre a data de ocorrência indicada (11/02/2003) e a data de vencimento explicitada (12/10/2003), incompatibilidade que, apesar de expressamente reconhecida, não foi devidamente sanada pelo ilustre autuante. Ademais, prossegue, constata-se a absoluta insubsistência da infração imputada ao autuado, em virtude da exatidão entre o valor registrado nos livros fiscais e declarado pelo contribuinte e o valor recolhido, ou seja, R\$1.802,59, conforme documento de arrecadação estadual anexo à defesa, pagamento contra o qual não há qualquer impugnação pelo autuante. Aduz que o preposto fiscal inova quanto ao mérito da infração 1, incorrendo em nova nulidade, alterando, através da informação fiscal, a descrição fática, ao afirmar que o valor exigido “*refere-se a aproveitamento de crédito sobre tomada de serviços de transporte (fls. 45), não apontada nos arquivos magnéticos*”, ao passo que, no Auto de Infração, é descrito que o autuado supostamente teria recolhido a menor o ICMS “*em decorrência de desconcontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS*”, desconcontro, de plano,

afastado pelos documentos colacionados pelo autuado, restando, por conseguinte, plenamente demonstrada a improcedência da exigência fiscal.

No que concerne às infrações 3 e 4, assevera que foram colacionadas aos autos folhas relativas ao Livro Registro de Entradas e ao Livro Registro de Saídas, além de diversas notas fiscais – tanto de entradas como de saídas de mercadorias – em valores expressivos, demonstrando cabalmente, como afirmado em sua peça defensiva, a insubsistência do levantamento efetuado pelo autuante. Salienta que é absolutamente injustificada a acusação de omissão de entradas de mercadorias, tanto mais quando, no Auto de Infração, não são indicados os elementos sobre os quais se baseou o ilustre autuante, sendo suficientes para elidir a exigência fiscal, ao contrário do que afirma o autuante e do que decidido em primeira instância. Alega que procedeu regularmente à escrituração das operações de compra e venda realizadas, não havendo de se cogitar de aquisição de mercadorias sem documentação fiscal, nem muito menos, sem o respectivo registro contábil das entradas em seu estabelecimento, o que, por consequência, revela a total impertinência das infrações 3 e 4.

De referência às infrações 2, 5 e 6, repisa o recorrente os argumentos suscitados em primeira instância, apenas acrescentando que *“o ilustre autuante não contesta, em sua informação fiscal, que o indigitado descumprimento de deveres formais não ensejou evasão tributária, nem tampouco impugna a afirmação de que o eventual inadimplemento não decorre de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada do autuado”*.

Ao final, postula pela reforma da Decisão de primeira instância, dando-se provimento ao Recurso Voluntário interposto, acolhendo-se as preliminares suscitadas ou julgando improcedente o Auto de Infração, cancelando-se ou reduzindo-se as multas referentes às infrações.

Encaminhado o presente PAF à PGE/PROFIS, solicitou o ilustre procurador a realização de diligência, a fim de que o recorrente fosse intimado para a imprescindível formalização de sua representação processual.

Incluído o processo em pauta suplementar, decidiu esta Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal pelo indeferimento do pedido de diligência formulado, uma vez que a representação processual do recorrente estava devidamente formalizada nos autos, determinando-se o retorno dos autos à PGE/PROFIS para emissão de novo Parecer.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS entende, inicialmente, que não há como prosperar a tese de nulidade da autuação suscitada pelo recorrente, posto que todas as infrações indicam os dispositivos infringidos da legislação. Outrossim, no que concerne ao argumento recursal de que o autuante inovou na informação fiscal, concordou em parte com as alegações do recorrente, por entender que, ao prestar a informação fiscal, o autuante alterou os fatos que motivaram a caracterização da infração, pelo que deveria ter sido reaberto o prazo de defesa, a fim de que restassem resguardados os princípios da ampla defesa e do contraditório, opinando pela decretação da nulidade da Decisão de Primeira Instância, devendo o prazo de defesa ser reaberto a partir da informação fiscal.

Na assentada de julgamento, o conselheiro suplente Carlos Fábio Cabral Ferreira suscitou, de ofício, a nulidade da Decisão recorrida também em relação às infrações 3, 4 e 5, tendo em vista que deixou o autuante de colacionar aos autos os documentos referentes aos resumos de apuração dos levantamentos quantitativos.

VOTO

Inicialmente, por se tratar de matéria prejudicial ao deslinde da presente *vexata quaestio*, há que ser enfrentado, em sede de preliminar, o pedido de nulidade da infração 1, formulado pelo

recorrente, tendo em vista a ocorrência de inovação por parte do fiscal autuante ao alterar os fatos constantes do Auto de Infração, bem como o pleito, de ofício, da nulidade da Decisão recorrida, em razão da falta de documentos relativos aos resumos de apuração dos levantamentos, suscitado quando da assentada de julgamento.

Nesse sentido, aquiescendo ao opinativo exarado pela PGE/PROFIS, comungo em parte com o pleito formulado pelo recorrente. De fato, ao prestar a sua informação fiscal, o ilustre fiscal autuante inovou ao alterar os fatos que motivaram a caracterização da infração 1, razão pela qual deveria, indubitavelmente, ter sido reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, e não de 10 (dez) dias, como ocorrido, a fim de resguardar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

No que concerne a preliminar suscitada de ofício na assentada de julgamento, igualmente, entendo que por esta razão deve a Decisão de Primeira Instância ser julgada NULA, em razão de não terem sido colacionados aos autos os resumos de apuração dos levantamentos quantitativos, indispensáveis ao conhecimento do recorrente. Logo, deve o processo retornar a Primeira Instância, a fim de que o autuante acoste aos autos os resumos de apuração dos levantamentos quantitativos de estoque, objeto da autuação, reabrindo-se, em favor do ora recorrente, o prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar acerca dos mesmos.

Destarte, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, decretando a nulidade da Decisão recorrida para que inicialmente, seja o autuante intimado a colacionar aos autos os resumos de apuração dos levantamentos quantitativos que serviram de base para a presente autuação, reabrindo-se posteriormente, a partir da informação fiscal e em favor do recorrente, o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para se manifestar sobre os documentos a serem juntados, tendo em vista a inovação do autuante ao alterar os fatos que motivaram a consubstanciação da referida infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 280080.0067/05-5, lavrado contra **FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA. (FRATELLI CDD ILHÉUS)**, devendo os autos retornar àquela instância para saneamento novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS