

PROCESSO - A. I. Nº 156743.0024/04-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SAGA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A
RECORRIDOS - SAGA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 2ª JJF nº 0032-02/06
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 05/07/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0263-12/06

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração. Comprovado o prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório em razão de não haver sido intimado do resultado da diligência solicitada pela 2ª JJF. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento. Recurso de Ofício **PReJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/04, em razão dos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], pelo autuado, relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2002 e 2003), sendo lançado imposto no valor de R\$332.706,81, com multa de 70%;
2. falta de apresentação do livro Registro de Inventário, tendo o contribuinte sido intimado três vezes [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa no valor de R\$460,00.

O autuado apresentou defesa alegando como preliminar a nulidade do procedimento fiscal, com fundamento no art. 18, II, do RPAF, porque a intimação foi praticada com cerceamento do direito de defesa, por ofensa ao art. 46, uma vez que não se fez acompanhar dos demonstrativos indispensáveis à formação do processo, tolhendo o prazo legal para a apresentação da defesa. Argumenta que, conforme reiteradas decisões deste Colegiado, o vício deve ser sanado, com a reabertura do prazo de defesa, pois os demonstrativos somente foram ofertados em momento diverso, diminuindo o interstício concedido pela lei para o exercício pleno do direito de defesa.

No mérito, alega que, no período objeto da ação fiscal, a empresa efetuava quase que exclusivamente vendas por encomenda. Explica que o seu estabelecimento trabalha de forma vinculada a processos de licitação (concorrência, tomada de preços, etc.). Somente após o resultado das licitações é que efetua a compra das mercadorias que se obriga a entregar e, por isso mesmo, não mantém estoques. Aduz que a falta de estoques é fruto direto da modalidade de atuação da empresa e que é impossível a comercialização de qualquer produto sem Nota Fiscal, até porque o processo licitatório não permite. Assegura que todas as mercadorias vendidas foram adquiridas vinculadas a processos de licitação e que foram vendidas mediante e emissão de Notas Fiscais, apesar de serem necessárias algumas adaptações ou melhoramentos nos produtos, o que é denominado pela empresa, em cada licitação, de “solução”. Observa que, no campo dos demonstrativos do Auto de Infração destinado à especificação das mercadorias objeto do

levantamento, o fiscal autuante indicou os bens que são base para a montagem de equipamentos, utilizados que são de acordo com as necessidades de cada venda.

O autuado prossegue dizendo que, para participar de cada processo de licitação, a empresa deve atender ao disposto nos respectivos editais. Para tanto, apresenta sempre as denominadas “soluções”, que nada mais são do que integrações de diversos equipamentos a fim de satisfazer às exigências de funcionalidade e execução das tarefas pretendidas com a aquisição dos produtos por parte da empresa licitante. Por isso, a sua empresa se vê obrigada a adquirir os módulos ou equipamentos que se fizerem necessários, os quais, associados, irão compor uma “solução”, a exemplo da “Switch de grande porte ou roteador”. Ocorre que, na Nota Fiscal de venda, dada a necessidade de ser emitida de acordo com o edital de licitação ou a nota de empenho, que são instrumentos genéricos nas descrições dos produtos a serem adquiridos, consta descrição diversa, não significando, contudo, que possa existir venda sem Nota fiscal, pois isto é impossível, tendo em vista que a empresa só vende aquilo que promete vender, após vencer as licitações. Alega que as diferenças apontadas no Auto de Infração decorreram justamente da falta de observação dessas nuances específicas da atividade da empresa.

Diz que, mesmo com o prazo reduzido, pelo fato de a oferta dos demonstrativos ter ocorrido em data posterior ao da intimação do Auto de Infração, firma como ponto fundamental da defesa a demonstração da movimentação física e financeira do estoque dos anos de 2002 e 2003. Alega ter dificuldade de fazer essa demonstração, pelo fato de haver divergências na descrição dos produtos nas Notas Fiscais de entrada e de saída, em decorrência da necessidade de serem observadas as descrições dos empenhos das licitações, obrigando a empresa a inserir descrições de produtos, por vezes, distintas das descrições constantes nas Notas Fiscais dos fornecedores, sendo preciso demonstrar a efetividade das “soluções” encontradas em cada caso, a fim de comprovar que determinadas Notas Fiscais são emitidas tendo como descrição aquela exigida na licitação, englobando vários itens distintos. Explica que a adoção de discriminação sintética, conforme indicação do processo licitatório a que se refere à Nota Fiscal, é o único meio para se efetivarem as vendas e, entendido isso, se chegará ao caminho que elidirá a autuação.

Tomando por referência os demonstrativos fiscais, a defesa passa a fazer o que chama de detalhamento individualizado dos quantitativos. Pede revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito.

O fiscal autuante prestou informação contrapondo que a alegação da defesa de que exerce o comércio de venda por encomenda e por isso não escritura o Registro de Inventário e que depende de licitação para comprar e vender o produto não justifica a desobediência ao RPAF vigente.

Quanto à diferença encontrada no levantamento quantitativo, o fiscal considera que o Auto é inquestionável, posto que foi o produto do exame dos documentos entregues pela empresa, que são as ferramentas para o trabalho de organização do método fiscal na homologação do processo de comercialização e industrialização, que não deve ficar à margem da lei, ao contrário, deve ser posto à prova em qualquer procedimento fiscal para ser aprovado, se feito com ordem e clareza. Diz que não está clara, na defesa, a observação do autuado sobre a especificação das mercadorias comercializadas, ao dizer que “o Sr. Autuante... os produtos que”, de modo que parece faltar algum termo. Diz que não entendeu as chamadas “soluções” criadas para atender aos editais, citadas na defesa, pois tais “soluções” devem, antes de tudo, atender à legislação vigente.

Com relação à alegação de prazo reduzido pela oferta dos demonstrativos, o fiscal diz que tal protesto não procede, pelo fato de ter o autuado dado o visto em cada folha do levantamento quantitativo no mesmo dia em que ficou ciente do Auto, recebendo também cópia dos demonstrativos, e, alguns poucos dias após o ciente, o contador recebeu todos os documentos em devolução, conforme recibo à fl. 35.

Segundo o autuante, os documentos juntados pelo contribuinte comprovam os lançamentos efetuados no levantamento fiscal, pois se trata de cópias de Notas Fiscais que foram utilizadas na

ação fiscal, desde a fl. 57 até a fl. 121, e mais alguns documentos fornecidos pelos órgãos destinatários dos equipamentos vendidos pelo autuado, pelos quais o contribuinte tenta justificar as diferenças encontradas pela fiscalização.

Quanto à alegação das “soluções” encontradas pelo autuado, o fiscal considera terem o fim meramente protelatório, pois a empresa poderia ter cumprido as suas obrigações acessórias, na forma documental e legal. Aduz que as Notas Fiscais de entrada e saída, além das referências normais e usuais, têm o campo “Dados Adicionais”, que deve ser utilizado justamente para informações complementares que sirvam de esclarecimento para situações que possam suscitar dúvidas, se bem que a fiscalização não teve dúvida quando do exame dos referidos documentos.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo, este se manifestou reiterando todos os termos de sua defesa, destacando que a informação fiscal nada contém que possa inovar ou definir o curso deste processo, demonstrando, pelo contrário, que é imprescindível para o deslinde da questão o atendimento ao pedido de revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito, que foi solicitado na peça defensiva. Acentua que a necessidade de revisão do lançamento resta ainda mais configurada porque o autuante, na informação prestada, apenas emitiu opiniões pessoais, afirmando que os elementos carreados pela defesa não merecem acolhida, sem avaliar de forma efetiva qualquer documento, demonstrativo ou alegação. Reclama que o fiscal, além de apegar-se expressamente a “obrigações acessórias” para tentar suportar a cobrança de ICMS, ainda diz, sem uma análise dos fatos, fundamentos, demonstrativos e documentos, que a seu ver a defesa teria fim protelatório e conclui propondo a manutenção da autuação. Frisa que a informação fiscal, levada a efeito dessa forma, contraria o disposto no art. 127, § 6º, do RPAF. Reitera o pedido de diliggência revisional por fiscal estranho ao feito, na forma delineada na defesa, bem como os pleitos pela nulidade ou improcedência da autuação.

Foi determinada a realização de diligência pela Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, para que fosse feita uma revisão geral do lançamento objeto do item 1º do Auto de Infração, levando em conta os pontos assinalados pela defesa.

A auditora designada para efetuar a revisão procedeu às retificações dos demonstrativos de entradas e saídas, com alteração inclusive do valor dos preços médios das mercadorias, concludo que o valor do imposto do item 1º do Auto de Infração deve ser reduzido de R\$332.706,81 para R\$ 192.112,68, na forma demonstrada no Parecer às fls. 143 a 147.

Consta à fl. 148 que foi entregue cópia da conclusão da revisão ao preposto da empresa, o técnico contábil Aderbal Cosme Farias. Esta não voltou a se manifestar.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O débito do item 1º deste Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato este apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2002 e 2003).

A defesa suscita, como preliminar, a nulidade do procedimento fiscal, com fundamento no art. 18, II, do RPAF, alegando que a intimação foi praticada com cerceamento do direito de defesa, por ofensa ao art. 46, uma vez que não se fez acompanhar dos demonstrativos indispensáveis à formação do processo, tolhendo o prazo legal para a apresentação da defesa.

Deixo de acatar a preliminar de nulidade, uma vez que nos demonstrativos fiscais anexados aos autos consta a assinatura do preposto da empresa. Quem assinou os recibos nos demonstrativos foi a mesma pessoa que recebeu a cópia do Auto de Infração.

A defesa suscitou várias questões, as quais não foram rebatidas objetivamente pelo fiscal autuante, que praticamente se limitou a dizer que os documentos juntados pelo contribuinte comprovariam os lançamentos efetuados no levantamento fiscal, pois são cópias de Notas Fiscais que foram utilizadas na ação fiscal, acrescidos alguns documentos fornecidos pelos

órgãos destinatários dos equipamentos vendidos pelo autuado, pelos quais este tenta justificar as diferenças encontradas pela fiscalização.

Quanto aos erros materiais apontados pela defesa, o fiscal sequer tocou no assunto, ao prestar a informação, deixando de atentar para o mandamento contido no § 6º do art. 127 do RPAF.

Atendendo ao pedido do sujeito passivo, esta Junta determinou a revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito.

A auditora designada pela ASTEC para efetuar a revisão procedeu às retificações dos demonstrativos de entradas e saídas, com alteração inclusive do valor dos preços médios das mercadorias, concluindo que o valor do imposto do item 1º do Auto de Infração deve ser reduzido de R\$ 332.706,81 para R\$ 192.112,68, na forma demonstrada no Parecer às fls. 143/147.

Consta à fl. 148 que foi entregue cópia da conclusão da revisão ao preposto da empresa, o técnico contábil Aderbal Cosme Farias. Esta não voltou a se manifestar.

Tenho por exatos os valores apurados na revisão fiscal. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas indicações constantes à fl. 145.

Com relação ao item 2º, considero ter ficado patente o cometimento da infração. Se não há estoque a ser escriturado, isto deve ser consignado no livro próprio. Aliás, a multa não foi aplicada por falta de escrituração, mas sim pela falta de exibição do livro de inventário ao fisco. A exibição ou apresentação do livro ao fisco nada tem a ver com a existência ou não de estoque. Noutros termos, os livros fiscais devem ser apresentados ao fisco, independentemente de se encontrarem ou não escriturados. Consta que o fiscal intimou o contribuinte três vezes, e o livro não foi apresentado. Mantenho a multa. Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

A JJF recorre de Ofício a este Conselho de Fazenda.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente suscita preliminar de nulidade da Decisão recorrida, alegando: “ao contrário do quanto asseverado pela douta JJF na fundamentação da Decisão, não teve lugar a regular intimação da empresa sobre o trabalho da ASTEC. Com efeito, a JJF baseou-se no fato de constar às fl. 148, ‘a entrega de cópia da diligência’ ao Sr. Aderbal Cosme Farias, ‘preposto da empresa’. Sem adentrar a discussão de ser ou não o sr. Aderbal ‘preposto’ da empresa, cumpre observar que o registro de fl. 148 sequer possui as características de um ‘recibo’, a não ser em relação a ele próprio. Tal documento se refere ao ‘termo de encerramento da diligência’, não constando no mesmo, de forma clara e expressa, que se estava ofertando, na oportunidade, cópia do Parecer da v. ASTEC ao contribuinte. Instado pela empresa após a intimação do Acórdão ora recorrido, o Sr. Aderbal afirmou NÃO TER RECEBIDO CÓPIA DA DILIGÊNCIA. Assim, a prova serve tão-somente para comprovar o recebimento do ‘termo’, o que influi na fundamentação da Decisão, pois, em verdade, o ato que impõe a manifestação do autuado sobre a diligência não foi cumprido.”

No mérito, apresenta longo demonstrativo de caráter essencialmente técnico, acompanhado de demonstrativo e documentos, com o objetivo de impugnar a ação fiscal solicitando finalmente a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, com o objetivo de conhecer o modo de operar da empresa e em seguida realizar uma revisão no processo.

A PGE/PROFIS rejeita a preliminar de nulidade, fundamentando: “Aduz o recorrente, em sede preliminar, que existiu in casu um patente vício de comunicação processual referente à ciência do Parecer emitido pela ASTEC, tendo em vista que o documento acostado às fl. 148 dos autos não se prestaria a comunicar o inteiro teor da diligência realizada por fiscal estranho ao feito. Em relação a essa tese recursal, não merece guarida a pretensão de nulidade propalada pelo recorrente, pois resta claro pela análise do documento acima desvelado que a comunicação processual se concretizou em sua inteireza, pois a assinatura apostada no rosto do documento demonstra evidente conhecimento do termo de diligência. Outrossim, olvida-se o recorrente que

o sentido da expressão “termo” denota a documentação de um ato processual, restando claro, assim, que o termo de diligência significa a documentação de uma diligência realizada.” Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Às fl. 148 do PAF consta um documento, assinado pela Auditora Fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, com o seguinte texto: “*TERMO DE DILIGÊNCIA- CONSEF/ASTEC. Aos 21 dias do mês de outubro de 2003, efetuamos trabalhos diligênciais, solicitado pela JJF do CONSEF, no Auto de Infração nº 156743;0024/04-3 lavrado contra a empresa SAGA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A, IE nº 49.528.903, estabelecida na rua Castro Alves, loja 336, Pontal, Ilhéus. Recebi, em 21/10/2005. Assinado Aderbal Cosme Farias. Técnico Contab.”*

Às fl. 149 consta o TERMO DE ENCAMINHAMENTO, com data de 05/01/2006, assinado pelo Assistente do Conselho, Ciro Roberto Seifert, com a seguinte redação: “*Cumprida a diligência solicitada pelo Relator da 2ª JJF, devolvo o presente processo com o Parecer Técnico nº 2523/2005, elaborado pela Auditora Fiscal Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, cadastro 232.852-4, para que sejam cientificados a autuante e o autuado, a teor do que determina o art. 149-A do RPAF/99”.*

Em 12/01/2006 o PAF foi encaminhado à Secretaria do CONSEF para saneamento e julgamento, e em 24/01/06 foi despachado ao Relator José Bezerra Lima, que em 30/01/2006 solicita sua inclusão em pauta de julgamento.

Está devidamente comprovado que a Secretaria da SEFAZ não cumpriu o despacho do Assistente do Conselho de Fazenda, de fl. 149, no sentido de que fossem notificados o autuante e o autuado do Parecer Técnico da ASTEC, decorrente do cumprimento da diligência solicitada pelo relator da 2ª JJF, acarretando assim, a nulidade da Decisão de Primeira Instância, por cerceamento do direito de defesa do recorrente, em face da não notificação do resultado da diligência, conforme determina o art. 149-A do RPAF.

Em face do exposto, devido a consequência dos autos, considero PREJUDICADO o Recurso de Ofício e, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para declarar NULA a Decisão recorrida, devendo o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento, após a correção da irregularidade apontada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 156743.0024/04-3, lavrado contra SAGA SISTEMAS E COMPUTADORES S.A., devendo o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

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