

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0012/06-0
RECORRENTE - COMERCIAL YPIRANGUINHA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0096-02/07
ORIGEM - INFAC VALENÇA
INTERNET - 09/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0283-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE PRELIMINARES SUSCITADAS. NOVA DECISÃO. A falta de apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnativa configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0096-02/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 10/12/2006, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$14.436,85, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003 a 2005, conforme demonstrativos, fls. 21, 112 e 192, sujeitando à multa no valor de R\$5.060,75, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, 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. Sendo cobrado imposto no valor de R\$5.496,32, e aplicada à multa de 60%;
3. Falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo a mercadoria entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$1.779,16 e aplicada a multa de 60%;
4. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Sendo cobrado o imposto de R\$133,48 e aplicada à multa de 60%;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Sendo cobrada a multa de 10%, sobre o valor das operações totalizando o valor de R\$1.936,31;
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Sendo cobrada a multa de 1%, sobre o valor das operações totalizando o valor de R\$30,83.

O autuado impugnou o lançamento, reconhecendo expressamente as infrações 5 e 6, insurgindo-se quanto às demais infrações.

No tocante à infração 1 disse que acobertou o fato gerador do tributo através da emissão de notas fiscais série D-1 e 1, ou seja, o fato gerador foi levado a tributação e recolhido o tributo, asseverando não ter havido inobservância aos artigos do RICMS-BA/97 infringidos apontados pelo

autuante, eis que, por questões alheias à sua vontade (sinistro/razões técnicas) não pôde emitir os cupons fiscais naquelas oportunidades. Prossseguiu afirmando que sua alegação poderá ser comprovada mediante prova testemunhal, que desde já a defendant protesta, nos termos do inciso LV do art. 5º, da Constituição Federal.

Transcreveu o § 2º, do art. 238, do RICMS-BA/97, com o intuito de justificar a emissão da nota fiscal de venda a consumidor 1 e D-1.

Aduziu, ainda, que mesmo tendo emitido as notas fiscais a consumidor no talão D-1 e 1 e não pelo ECF – equipamento emissor de cupom fiscal, por motivos de ordem técnica e estando devidamente escrituradas e recolhido o imposto devido, o autuante aplicou multa de 5% sobre o valor da operação.

Concluiu ressaltando que a infração 1 configura verdadeira ilegalidade, não podendo, pois, prosperar a multa aplicada, eis que a defendant se enquadra em situação de escusa legal da obrigação acessória.

Em relação à infração 2, o autuado alegou que a fiscalização se embasou nos arts. 371, inciso I, alíneas “a” e “b”; art. 125, combinado com art. 61, do RICMS-BA/97, aplicando a multa prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, considerou, equivocadamente, diversos itens constantes das notas fiscais, como sendo destinadas à utilização em veículos automotores.

Disse que, por conta desse equívoco, o autuante entendeu, de forma errada, que o sujeito passivo não antecipou o tributo, como determina o item 30, do art. 353, do RICMS-BA/97, sendo que diversos itens das notas apuradas na ação fiscal não são peças destinadas para uso em automóveis, razão pela qual não poderia haver antecipação, nos exatos termos da lei.

Concluiu asseverando que a presente a infração procede em parte, pois somente as peças que efetivamente são utilizadas em automóveis deveriam ter o imposto antecipado, o que levaria a defendant a fazer a retenção do imposto. Acrescentou que as demais peças, por não se destinarem a automóveis, estão imunes à tributação antecipada do ICMS, pelo que a presente defesa deverá, nesse particular, ser acatada parcialmente para afastar a cobrança na parcela de itens indicada.

Quanto à infração 3 aduziu que não merece prosperar na integralidade a referida imputação de infração à defendant, eis que se trata do imposto creditado na apuração por ter deixado de fazer a antecipação das notas fiscais relativas à infração 2. Reafirmou que se a antecipação não procede, também não é cabível o estorno dos créditos, acrescentando, ainda, que, além disso, essas mercadorias, ao saírem do estabelecimento, geraram débito de ICMS, devidamente recolhido e não aproveitado pelo autuante.

Finalizou pleiteando o acolhimento da presente defesa, nesse particular, para afastar a cobrança indevida do tributo.

No que concerne à infração 4, disse se tratar de duas notas fiscais de peças para veículos, cuja antecipação total é obrigatória, conforme o item 30, do artigo 363, do RICMS-BA/97; entretanto assegurou que o tributo foi recolhido, conforme comprovante que anexou aos autos, entendendo, por isso, ser indevida a cobrança da antecipação parcial.

Concluiu requerendo que fossem acolhidas as justificações apresentadas e tornado insubstancial o presente Auto de Infração em relação às infrações impugnadas.

O autuante, em sua informação fiscal, apresentou suas ponderações para cada uma das infrações contestadas pela defesa.

No que diz respeito à infração 1, em relação à qual o autuado alega que não emitiu cupom fiscal “... por motivo de ordem técnica...”, ressaltou que a defesa não apontou qual o motivo que emitira as notas fiscais de venda a consumidor série 1 e D-1. Enfatizou que nos Registros de Saída do próprio autuado - exercício de 2003, fls. 76 a 111; exercício de 2004, fls. 156 a 191; e exercício

de 2005, fls. 254 a 286, verificou que, praticamente em todos os dias, foram emitidos cupons fiscais, simultaneamente ou concomitantemente com notas fiscais, quando eram para terem sido emitidos cupons fiscais.

Afirmou que o autuado não apresentou objetivamente qual o motivo de ordem técnica impediu a emissão do cupom fiscal.

Informou que solicitou extrato do sistema INC – Informação do Contribuinte, fl. 20, contendo informações sobre o ECF do autuado – “*ECF Detalhado*” - no qual consta que não há registro de nenhuma intervenção para manutenção, ou qualquer outra, o que estaria registrado, se tivesse havido paralisação do ECF.

Por tudo isso, concluiu o autuante, sustentando a autuação da infração 1, que o contribuinte efetivamente emitiu nota fiscal quando deveria emitir cupom fiscal, eis que não havia impedimento algum, pois nada foi comprovado, remanescente, tão-somente, meras alegações.

Em relação à infração 2, disse está reclamando o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e que, para tanto, foram consideradas as descrições e também a classificação NCM.

Afirmou que todas as notas fiscais com os materiais enquadrados no regime de Antecipação Tributária tiveram suas cópias apensadas aos autos, e que, como existem notas fiscais que contém mercadorias enquadradas no Regime Normal de apuração, nesse caso, assinalou os NCM's das mercadorias Antecipadas, as quais foram consideradas na apuração do imposto, como se verifica nos respectivos Demonstrativos.

Afirmou o autuante que, apesar da defesa alegar que houve equívoco e apresenta cópias de notas fiscais das fls. 401 a 438, entendeu serem todas as mercadorias constantes das notas fiscais apresentadas enquadradas como Antecipadas. Observou, ainda, que o autuado não especificou nenhuma mercadoria, apenas apresentou cópias de notas fiscais.

Por isso, sustentou a autuação para esta infração.

Por ser a infração 3 decorrente da infração 2, do mesmo modo, o autuante não acatou as alegações da defesa.

No que pertine à infração 4, asseverou o autuante que está sendo cobrada Antecipação Parcial das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 185379 - setembro/2004, fls. 327 e 319; e 214687 março/2005, fls. 343 e 333, e que, apesar da defesa apresentar cópia *fax* de DAE, fl. 439, ante a ilegibilidade, não fora possível verificar se corresponde, ou não, ao pagamento do imposto reclamado. Além do que, disse não identificar algum outro documento na Defesa que comprovasse o pagamento.

Reafirmou o autuante que, por ocasião da fiscalização, fizera a verificação dos débitos e também dos recolhimentos, estes resumidos na Relação de DAE's - 2003 a 2006 - fls. 14 a 19, e não identificara o pagamento das duas NF's acima referidas. Por isso, como não houve objetiva comprovação do imposto, manteve a autuação.

O autuante finalizou a informação solicitando que este Auto de Infração fosse julgado totalmente procedente.

À fl. 448, consta a juntada de relatório de pagamento parcial parcelado do débito exigido no presente Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF n.º 0096-02/07, decidiu a Primeira Instância pela Procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à infração 1, “*O § 2º do artigo 238, do RICMS-BA/97, prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do*

RICMS/97, a fim de documentar o fato"; acrescenta que "as condições de emissão de Cupom Fiscal por usuário de ECF, ou seja, a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor só é permitida nos seguintes casos: - Em decorrência de sinistro ou razões técnicas, esta última devidamente comprovada e consignada no livro Registro de Ocorrências a devida anotação da intervenção técnica; - Quanto houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que a empresa deverá anexar a primeira via do documento fiscal emitido no ECF à via fixa do documento fiscal emitido, no qual, será consignado o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF"; por outro lado, prossegue, "o artigo 123 do RPAF-BA/99, prevê que é assegurado ao sujeito passivo o direito de impugnar por escrito o lançamento tributário acompanhado das provas que tiver referentes às suas alegações, prerrogativa essa não fruída pelo autuado nos presentes autos", restando evidenciado que "além do autuado não ter carreado aos autos comprovação alguma acerca das circunstâncias em que ocorreram eventuais sinistros ou razões técnicas alegadas, não constam do sistema de controle de ECF da SEFAZ, fl. 20, registro de intervenção alguma no equipamento do autuado";

- b) no que se refere à infração 2, constatou que "além da defesa não especificar qual a mercadoria que não se trata de autopeça, o autuante ao elaborar os demonstrativos de débito Antecipação Tributária somente incluiu em cada nota fiscal as mercadorias classificadas no inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97", citando, como exemplos, "a mercadoria 'Vela Ignição' constante da nota fiscal nº 98731, fl. 293, e a mercadoria 'Condensador' constante da nota fiscal nº 50879, fl. 294, cujas NCM's 8511 1000 e 8532 2590, correspondem, respectivamente, aos itens 3081 e 3082 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97"; salienta, por fim, "que não assiste razão ao autuado quando alega que ocorreu equívoco em diversos itens constantes nas notas fiscais";
- c) no que pertine à infração 3, ressaltou que "tendo em vista a comprovação do cometimento pelo autuado da infração 02, deve também ser mantida a infração 03 diretamente dela decorrente";
- d) com relação à infração 4, entendeu que "Depois de examinar as peças constantes dos autos constato que o DAE carreado aos autos pela defesa, apesar da pouca legibilidade, o valor de R\$ 186,00 e a data do pagamento 20/06/2003 estão perfeitamente identificados no comprovante de pagamento anexado próximo ao aludido DAE, fl. 439, dados cujo recolhimento se confirma na Relação de "DAE's – Ano 2003" fl. 14", razão pela qual "depreende-se claramente que a comprovação apresentada pelo autuado não corresponde às notas fiscais, objeto dessa infração, eis que, o DAE apresentado refere-se a recolhimento realizado em data bem anterior às constantes nas notas fiscais".

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o autuado Recurso Voluntário, repisando integralmente os argumentos expendidos em sua peça impugnatória jungida aos autos. Suscita em sua peça recursal, por outro lado, duas preliminares de nulidade do Auto de Infração, em virtude da violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a saber:

- a) assevera que, por conta de intimação recebida no dia 24/04/2007, da lavra do mesmo auditor fiscal autuante, está sem poder consultar os documentos, livros e demais papéis referentes ao período compreendido entre os anos de 2003 e 2007, com a finalidade de elaborar o seu Recurso Voluntário; salienta que toda a documentação solicitada pelo auditor fiscal lhe fora imediatamente entregue após o recebimento da intimação, prejudicando o seu direito de defesa, na medida em que está impossibilitada de consultar os seus livros e documentos, em poder, como já dito, do referido fiscal; requer a devolução do prazo recursal, após a devolução dos documentos fiscais apresentados pelo recorrente, mediante prévia intimação da INFRAZ/VALENÇA;
- b) ressalta que em sua peça defensiva protestou pela produção de prova testemunhal, a fim de demonstrar que o seu equipamento ECF teve problemas técnicos que impediram o seu

funcionamento durante grande parte do meses objeto da infração 1; assinala que não obstante o protesto pela produção da prova testemunhal, a Decisão recorrida indeferiu a sua realização tacitamente, eis que, além de não fundamentar tal indeferimento de forma clara, sequer mencionou os motivos para desta forma proceder.

Ao final, postula pelo Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja anulada a Decisão de primeira instância, determinando-se a realização da prova testemunhal requerida na defesa administrativa, ou, não sendo acatada a tese supra estendida, que seja anulado o processo desde a abertura do prazo para interposição de Recurso, eis que o recorrente ficou impossibilitado de exercer a ampla defesa e o contraditório, tendo em vista que a documentação fiscal está em poder da INFRAZ/VALENÇA, conforme prova o documento ora juntado. Requer, ainda, que o Recurso Voluntário seja provido para julgar insubstinentes as infrações apontadas na autuação e que foram objeto de impugnação, quer na defesa administrativa, quer no presente Recurso.

A ilustre representante da PGE/PROFIS se manifesta, inicialmente, acerca das preliminares de nulidade apresentadas pelo recorrente em sua peça recursal.

Salienta, quanto à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa em face da intimação efetuada pela inspetoria fazendária para apresentação de livros e documentos fiscais, a mesma não merece guarida tendo em vista que, “*Da análise da cópia do termo intimatório acostado aos autos pelo contribuinte à fl. 471, dessume-se que referido instrumento destinou-se a estabelecimento diverso da empresario autuado, posto que tanto o endereço inserto no referido documento, quanto à inscrição estadual e o CNPJ não equivalem aos dados constantes do Auto de Infração de fls. 01/05*”, sem prejuízo do fato de que “*o recorrente não se desincumbiu de comprovar a efetiva entrega dos mencionados livros e documentos fiscais após o recebimento da intimação invocada*”.

Assevera, quanto à segunda preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento do pleito de oitiva de testemunhas, que não há como se acolher a tese sustentada pelo recorrente. Isso porque, prossegue, “*o conjunto probatório acostado aos autos afigura-se suficiente para comprovar as infrações imputadas no presente lançamento de ofício, legitimando-o*”. Registra que “*a natureza do que se quer ver provado, aliado à falta de sua delimitação exata configuram óbices ao deferimento do pedido do recorrente*”, notadamente porque no processo administrativo fiscal os fatos restam provados pela análise da prova documental acostada aos autos ou pela realização de prova técnica, que se faz desnecessária no caso vertente. Salienta que foi possível ao recorrente exercer amplamente o seu direito de defesa, com meios e recursos inerentes, não havendo, portanto, qualquer deslustre ao princípio do contraditório, em estrita consonância ao quanto prescrito no art. 5.º, LV, da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, invoca a ilustre Parecerista as mesmas razões de decidir apresentadas na Decisão recorrida para, ao final, opinar pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, passo a enfrentar a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo recorrente.

Argumenta o recorrente que, em sua peça defensiva, protestou pela oitiva de testemunhas, a fim de justificar a existência de problemas técnicos no seu ECF que o impediram de emitir o Cupom Fiscal, compelindo-o a emitir outros documentos fiscais, não tendo sido tal pleito sequer enfrentado pela Decisão recorrida.

Acolho a referida preliminar.

Isso porque, após cuidadosamente analisar a Decisão ora vergastada, verifiquei que o *a quo*, efetivamente, em momento algum apreciou a alegação defensiva expressamente formulada, como observado alhures, no bojo de sua peça defensiva.

Ora, a omissão quanto à apreciação de um pleito defensivo configura um vício que somente poderá ser sanado pelo próprio órgão faltoso, sob pena de supressão de instância administrativa, vedada na Carta Magna de 1988.

Daí porque, tendo sido formulado, expressamente, pleito de produção de prova testemunhal por parte do autuado e entendendo que o referido pedido não foi apreciado pelo *a quo* – seja acolhendo-o ou rejeitando-o -, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, acolhendo a preliminar suscitada pelo sujeito passivo, para ANULAR a Decisão recorrida e devolver os autos ao órgão prolator da Decisão recorrida para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **279696.0012/06-0**, lavrado contra **COMERCIAL YPIRANGUINHA LTDA.**, devendo o PAF retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2007.

TOLSTÓI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. PGE/PROFIS