

PROCESSO - A. I. Nº 380214.0007/06-0
RECORRENTE - SOARES & ALBUQUERQUE LTDA. (COMERCIAL ALBUQUERQUE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0414-02/06
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 28/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0093-12/08

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. Reformada a decisão de Primeira Instância que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração. A inspetoria fazendária ao juntar intempestivamente as manifestações do autuado a respeito das razões apresentadas na informação fiscal que trouxe novos elementos probatórios ao processo, deixou de observar os princípios do devido processo legal. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito de ampla defesa. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento. Declarada, de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2006, para reclamar ICMS no valor de R\$35.159,80, decorrente de falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, em face da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2005 e 2006), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas tributáveis.

De acordo com o relatório da 1ª Instância:

“A defesa alega que, tanto no exercício de 2005, quanto no exercício de 2006, o autuante ao elaborar o demonstrativo das omissões cometeria diversos equívocos em relação à nomenclatura das mercadorias utilizadas no levantamento quantitativo de estoque, por espécie de mercadorias. Aduz que resta demonstrada sua alegação na própria planilha de auditoria de estoques em que alguns itens apresentam o quantitativo de omissão nas saídas idêntico nas omissões de entradas.

Diz que o autuante deixou de considerar em ambos os exercícios fiscalizados diversas notas fiscais de entradas e de saídas.

Em relação ao exercício de 2005 o autuado apresenta uma lista de 30 itens, fls. 127 a 131, demonstrando individualizadamente os equívocos cometidos pela fiscalização e por ele identificados, anexando, inclusive cópias das respectivas notas fiscais e de prospectos ilustrativos – “folders” - dos itens cujas nomenclaturas apresentaram divergências. Para cada item contendo equívoco o autuado apresentou o refazimento do cálculo das omissões. Alguns desses itens deixaram de apresentar omissão e, outros tiveram a quantidade da omissão reduzida. Com as correções e ajustes procedidos pelo autuado em sua peça defensiva, o valor do débito apurado para o exercício de 2005 que era de R\$31.365,75, passou para R\$2.653,60, fl. 134.

Quanto ao exercício de 2006, do mesmo modo, o autuado procedera aos ajustes e correções, elencando em listagem, fls. 132 a 133, e anexando aos autos as cópias das respectivas notas fiscais. Com as alterações efetuadas pelo autuado o valor do débito apurado para o exercício de 2006 que era de R\$3.794,05 passou para R\$856,16, fl. 134.

Por fim, conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte.

Na informação fiscal, fls. 337 a 342, o autuante apresenta o detalhamento do exame efetuado nas alegações de equívocos e erros apontados pelo autuado de acordo com as comprovações anexadas aos autos.

Afirma que dos trinta itens elencados pela defesa, relativos ao exercício de 2005, os itens FRIG. TENDAL TODOS, MESA PLÁSTICA QUADRADA 70x70 e SANDUICHEIRA DIVERSAS, apesar de relacionados não foram contestados, e quanto aos demais 27 itens, somente não acolhera os seguintes:

- 1. ARM 58 x 70 – acolheu somente a Nota Fiscal nº 29, vez que, as demais notas fiscais apontadas já constam do levantamento;*
- 2. BALANÇA – as Notas Fiscais nºs 035 e 0188 não foram carreadas aos autos e as 032 e 0486 já se encontram lançadas;*
- 3. BR – 1000 R – a Nota Fiscal nº 031101 foi acatada e de nº 26485, não acolhida com base no folder;*
- 4. BUFFET DIVERSOS – a Nota Fiscal nº 002 foi acolhida e a de nº 012763 já consta do levantamento;*
- 5. CILINDROS DIVERSOS – foi inserida a Nota Fiscal nº 0029 e corrigida a Nota Fiscal nº 292 que fora considerada no levantamento como “check out”;*
- 6. FORNOS TODOS – não foram identificados os equívocos apontados;*
- 7. MOEDOR DE CAFÉ ELÉTRICO 1/3 HP - não reconhecida a divergência na nomenclatura relativa a Nota Fiscal nº 0181;*
- 8. PANORÂMICO STANDARD MODULAR 120 M – não acatada a divergência na nomenclatura constante no livro Registro de Inventários como sendo BALCÃO LCH TERMISA.*

Assevera o autuante que em decorrência dos ajustes supra elencados foram refeitos os demonstrativos de apuração das omissões resultando na redução débito relativo ao exercício de 2005. Originariamente lançado como sendo R\$31.365,75, passado para R\$13.342,76.

Diz que dos nove itens elencados pela defesa, relativos ao exercício de 2006, somente não foram acatados os discriminados a seguir, por não corresponderem as mercadorias constantes nas notas fiscais aos itens constantes do levantamento quantitativo de estoque.

- 1. BR – 1000 R e CIP-25 - não acatadas as Notas Fiscais nº 343249 (entrada), 580 e 594 (saídas);*
- 2. REF HOR 521 L – não acatadas as Notas Fiscais nºs 17217 (entrada), 483 e 572 (saídas).*

Com o acolhimento dos demais itens comprovados pelo autuado em sua peça defensiva, o débito relativo ao período de 2006 que era de R\$3.794,05, com as correções passou para R\$2.627,69.

Com as retificações e ajustes efetuados de acordo com as comprovações apresentadas pela defesa e que resultaram na elaboração de novos demonstrativos de apuração das omissões o valor total do débito da infração 1 que fora lançado originariamente no valor de R\$35.159,80, passou para R\$15.970,45.

Conclui o autuante requerendo que o Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte com base nas retificações por ele efetuadas e consolidadas nos novos demonstrativos de cálculos das omissões, fls. 377 a 394 e 418 a 435.

Notificado para tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado não se manifestou, fl. 436.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Após analisar as peças que compõem os presentes autos, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente da omissão de saídas de

mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005 de 2006, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas tributáveis.

Observe que embora conste dos autos, fl. 437, Termo de Revelia expedido pela Inspetoria Fazendária de Itabuna, a eficácia do aludido termo não subsiste em face da vigência do Decreto nº 10.055 de 18 de julho de 2006, que suspende o prazo para apresentação de defesa, justificações e Recursos em instância administrativa, durante o período de 22 de julho a 06 de agosto de 2006, tendo em vista a implantação do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT.

Em sua defesa o autuado alega que o levantamento realizado pela fiscalização continha diversos equívocos nas nomenclaturas das mercadorias, bem como, não foram consideradas algumas notas fiscais de entradas e de saídas. Fundamenta suas alegações através de relação discriminativa dos itens com equívocos e, colaciona aos autos cópias de prospectos ilustrativos dos fabricantes das mercadorias e das notas fiscais correspondentes.

O autuante ao proceder à informação fiscal depois de examinar as ponderações apresentadas pela defesa, à luz das comprovações carreadas aos autos, acolhe a grande maioria dos equívocos elencados pela defesa e refaz os demonstrativos de apuração das omissões resultando na redução dos débitos apurados, tanto para o exercício de 2005, quanto para o de 2006. Com isso, o débito total que fora lançado originariamente como sendo R\$ 35.159,80, passou, com as correções e ajustes para R\$ 15.970,45.

Ressalto que o autuado, mesmo formalmente intimado na forma regulamentar, fl. 436, não se manifestara a respeito do conteúdo da informação fiscal prestada pelo autuante.

Da análise das peças que integram o processo constato que o autuante acolhera todas as incorreções e equívocos apontados que foram devidamente comprovados pela defesa.

O autuante não acolhera, apenas, os itens indicados pela defesa sem a comprovação através da respectiva nota fiscal e os itens cujas notas fiscais indicadas já se encontravam lançadas nos demonstrativos.

No tocante aos equívocos relativos às nomenclaturas, o autuante acatou todas aquelas cujos prospectos apresentados revelaram efetiva similitude entre as mercadorias.

Ressalto também que os levantamentos realizados pela fiscalização estão de acordo com as diretrizes da Portaria 445/98, e que a multa fora aplicada corretamente, ou seja, é a prevista para o caso em tela, de acordo com o art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, diante das provas documentais trazidas aos autos pela defesa, bem como pela intervenção corretiva promovida pelo autuante, a qual eliminou as inconsistências do levantamento original acolho os ajustes consolidados nos demonstrativos de apuração das omissões elaborados pelo autuante, fls. 377 a 394 e 418 a 435, por entender que restou provado o cometimento parcial da infração pelo autuado.

Desta forma, tomando por base os últimos levantamentos e demonstrativos modificados pelo autuante às fls. 377 a 394 e 418 a 435, é possível concluir que o débito total lançado originariamente com sendo R\$ 35.159,80, passou, com as correções e ajustes para R\$ 15.970,45, consoante demonstrativos a seguir apresentado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

INF	DATA OCOR.	DATA. VENC.	BASE DE CALC.	ALÍQ	IMPOSTO DEVIDO	MULTA
01	31/12/05	09/01/06	78.486,82	17,0%	13.342,76	70,0%
01	02/05/06	09/06/06	15.457,00	17,0%	2.627,69	70,0%
T O T A L					15.970,45	

Pelo acima exposto, concluo dos exames realizados que restou evidenciado o cometimento parcial, por parte do autuado da infração que lhe fora imputada.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$15.970,45.”

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente volta a contestar parte da autuação, alegando novamente erro de nomenclatura dos produtos que relaciona, citando as notas fiscais correspondentes, anexando prospectos ilustrativos dos fabricantes e notas fiscais correspondentes, para argumentar que essa divergência ocasionou incorreção na apuração do imposto, que deverá, em consequência, ser reduzido para R\$7.676,17 em 2005 e R\$1.173,07 em 2006.

A PGE/PROFIS, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, afirmando, inicialmente, que o autuado repete *ipsis literis* as mesmas alegações, não devendo, portanto, merecer nova apreciação. Prosseguindo destaca que o autuante procedeu a retificação dos erros elucidados pelo autuado, elaborando novos demonstrativos de apuração das omissões, acatando também os equívocos apontados, com base nos folhetos anexados, que revelaram a efetiva similitude entre as mercadorias. Conclui observando que todos os argumentos já foram analisados na Primeira Instância, motivo pelo qual não tem o poder de modificar a Decisão guerreada, correta e proferida com embasamento legal. Ressalta ainda, que nada resta a entender, senão que comprovada está a infração.

À fl 503 do processo se encontra o seguinte despacho: “*Apensado, nesta data, Demonstrativo de Parcelamento de valor Parcial do débito. Em 29/02/08*”.

VOTO

Analisando os autos, observo que o julgador de Primeira Instância diz, em seu relatório, fl. 442, *in fine*, com data de 28/12/06: “*Notificado para tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado não se manifestou, fl. 436*”. O Termo de Intimação à fl 436 encontra-se assinado por representante legal da empresa, em 19/09/06. Às fls 451/453, protocolado em 29/09/06, consta manifestação do autuado sobre a informação do fiscal autuante. À fl. 483 o autuado peticiona, mostrando-se surpresa, pois, “*ao analisar o Acórdão da JJF, percebe claramente que os Srs. Julgadores não tiveram acesso ao nosso Recurso Voluntário, após manifestação do autuante, de numero anteriormente mencionado*”.

Percebe-se, claramente, que o julgador de 1º grau não tomou conhecimento da manifestação do autuado sobre a informação fiscal que produziu novos elementos probatórios e que o Acórdão da Junta de Julgamento Fiscal não enfrentou as provas produzidas pelo autuado, em face da juntada extemporânea de sua manifestação pela Inspeção de origem do processo. Assim, a respeito da intempestividade do Recurso Empresarial, que foi posteriormente protocolado, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário e, de ofício, decreto a NULIDADE da Decisão *a quo* e dos atos processuais subsequentes. Determino que seja processada a manifestação do contribuinte, produzida após manifestação fiscal, com o subsequente retorno do processo ao autuante para que se manifeste acerca das razões e provas colacionadas aos presentes fôlios processuais, devendo, em seguida, o processo retornar à JJF para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **380214.0007/06-0**, lavrado contra **SOARES & ALBUQUERQUE LTDA. (COMERCIAL ALBUQUERQUE)**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, após providências saneadoras.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REP. DA PGE/PROFIS