

PROCESSO - A. I. Nº 207108.0005/07-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL DE ALIMENTOS CARDOSÃO LTDA. (O CARDOSÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0302-01/08
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 28/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-11/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT não fornecidas em cópias ao autuado, apesar de realização de diligência nesse sentido. Cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte e inobservância do devido processo legal. Infração nula. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. Descumprida a diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de reabrir o prazo de defesa do contribuinte para se manifestar sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e os documentos acostados à sua manifestação, fica caracterizado o cerceamento ao seu direito de defesa, o que enseja a manutenção da Decisão que decretou a nulidade dessa infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0302-01/08), que julgou Nulo o presente Auto de Infração, lavrado com vistas a exigir o ICMS decorrente da constatação das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de janeiro de 2002, janeiro e fevereiro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$713,93, acrescido da multa de 50%. Consta que o contribuinte [deixou de fazer a substituição/antecipação tributária de algumas notas fiscais].
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$205.373,88, acrescido da multa de 70%.

A JJF, na Decisão remetida ao duplo grau obrigatório, rejeitou a decadência suscitada pelo sujeito passivo relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a abril de 2002, por entender que o prazo aplicável à hipótese dos autos, por se tratar de lançamento de ofício, deve ser aquele fixado no art. 173, inciso I, do CTN. Assim, consigna que o prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2003 e findou-se em 31/12/2007, revelando-se legítimo o procedimento fiscal instaurado em 03/05/2007, a partir da intimação do contribuinte.

Com relação à preliminar de nulidade do Auto de Infração, a JJF assim analisou a questão, *in verbis*:

"Quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração, por não fundamentar as exigências, noto que em relação à infração 01, o autuado sustenta desconhecer as notas fiscais sobre as quais o autuante exige o ICMS antecipado, sendo que no exercício foi recolhido o imposto por antecipação, referente a todas as notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária entradas no estabelecimento.

Vejo que o autuante ao prestar a informação fiscal diz que na relação CFAMT anexada às fls. 70/71, aparecem as referidas notas fiscais, oriundas do Estado de São Paulo, tendo solicitado ao CONSEF um prazo maior para anexar as notas fiscais em questão, porque foram solicitadas ao sistema CFAMT/SEFAZ, mas não chegaram até o dia de hoje.

Ocorre que, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, converteu o processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado, cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, bem como fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório.

A diligência não foi cumprida integralmente, tendo o autuante esclarecido apenas que anexou ao processo as Notas Fiscais n^{os} 22207, de janeiro de 2002, 68982 de janeiro de 2004. Com relação às Notas Fiscais n^{os} 47067, 47068, ambas de fevereiro de 2004, muito embora constem do sistema CFAMT, não foram localizadas, conforme correspondência emitida pela GETRA – Gerência de Trânsito.

Não resta dúvida que o contribuinte teve cerceado o seu direito de ampla defesa e do contraditório, pois, apesar de neste item da autuação a apuração se referir inicialmente a quatro notas fiscais, remanescendo apenas duas, mesmo assim o contribuinte não teve ciência destas, o que torna a exigência fiscal nula.

No que concerne à infração 2, assim como ocorreu com o item anterior da autuação, verifico que também houve cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, haja vista que no levantamento fiscal foram arroladas notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, tendo esta 1ª JJF, convertido o processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado, cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, bem como fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório. A diligência não foi cumprida.

Ademais, apesar de assistir razão ao autuante quanto ao roteiro de Auditoria de Caixa aplicado, pois, mesmo sendo o contribuinte enquadrado na condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, é legal a apuração com base no referido roteiro, não existe nos autos elementos de provas indispensáveis para confirmação da imputação.

Apesar de ter sido solicitado na diligência que o autuante comprovasse documentalmente se os pagamentos foram realizados dentro do mesmo mês de apuração, evidenciando a obtenção dos valores relativos às compras, bem como, colacionasse aos autos cópias dos documentos relativos às despesas (telefone, energia elétrica, Pró-labore, Simples, etc.) incluídas no Fluxo de Caixa, ainda que fosse por amostragem, a solicitação não foi atendida.

Noto que o autuante alega que o autuado não entregou, após devidamente intimado, as notas fiscais de entradas do período de 01/01/2004 a 31/08/2004, bem como as duplicatas (fevereiro a agosto) e os comprovantes de despesas e/ou pagamento, água, luz, telefone, etc. referentes ao período 2002 a 2005, apesar de na intimação inicial, datada de 03/05/2007, ter apresentado toda a documentação acima referida.

Já o autuado diz que todos os documentos solicitados pelo autuante foram entregues quando do início da fiscalização, porém, não foram todos devolvidos quando do encerramento da ação fiscal.

Vejo que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que o Auditor Fiscal tem fé pública e assevera que todos os documentos arrecadados foram devolvidos a contadora Marli Oliveira Rodrigues, ressaltando que, na segunda intimação datada de 12/12/2007, foi informado pela contabilidade que toda documentação referente ao exercício de 2002 a 2005, estava em poder do escritório desde a entrega no dia 08/04/2008, portanto, não havia ainda sido devolvida a empresa que se localiza na cidade de Uauá/BA.

Fé pública significa a “confiança que todos depositam na verdade ou legitimidade de ato emanado de autoridade pública ou funcionário devidamente autorizado, no exercício de suas funções.” (José Náufel, in Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, Editora Parma, 7ª edição, p.562).

A fé pública é presunção juris tantum da veracidade e legalidade do ato praticado pelo agente público, contudo, nada tem de absoluto e irretorquível, não podendo prevalecer quanto à negativa do contribuinte de não haver recebido em devolução os documentos fiscais.

Certamente, assim como a entrega dos documentos fiscais pelo contribuinte deve ser devidamente documentada, a sua devolução pelo agente do Fisco também exige a comprovação do recebimento. Não consta nos autos a comprovação da devolução.

Diante do exposto, considero nulo este item da autuação, haja vista que não obedece aos requisitos previstos em norma regulamentar, principalmente quanto à ocorrência de ausência de prova da acusação fiscal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99”.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 1ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

A decisão impugnada não merece reforma.

Andou bem a JJF ao decretar a nulidade integral deste auto de infração, por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, porquanto, em primeiro lugar, as afirmações feitas pelo autuante acerca da utilização de documentos fiscais coletados no CFAMT para embasar a infração 02 induziram em erro o contribuinte e a própria Junta de Julgamento Fiscal, ensejando, inclusive, o pedido de realização de diligência para que fossem entregues ao contribuinte tais notas fiscais, como se observa às fls. 203.

Veja-se que o autuante, na informação fiscal de fls. 204/206, faz expressa referência acerca da utilização de tais notas fiscais. Somente na sessão de julgamento foi esclarecido que, na realidade, os documentos coletados no CFAMT serviram apenas como indício de irregularidade na escrita fiscal e contábil do contribuinte, não sendo o fulcro da autuação. A apuração de saldo credor de caixa deu-se basicamente em virtude da análise dos dados constantes da DMA e dos documentos relativos às despesas do estabelecimento.

Assim, por ter dado relevância a documentos que não eram relevantes para a autuação, o autuante acabou por cercear o direito de defesa do contribuinte, dificultando a correta compreensão da controvérsia administrativa, o que caracteriza nulidade processual insanável.

A par disso, observo que a JJF, na diligência de fls. 202/203, determinou que fossem sanadas diversas irregularidades apontadas no PAF, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 (trinta) dias. Sucede que, não obstante a clareza da determinação emanada do órgão de primeira instância, a intimação foi expedida de maneira equivocada, constando apenas o prazo de 10 (dez) dias para manifestação acerca dos novos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal (fls. 354 – inúmeras).

Registre-se que, no caso em apreço, a reabertura do prazo de defesa era medida absolutamente necessária para o regular prosseguimento do feito, uma vez que o autuante, em resposta à diligência solicitada, elaborou extensos demonstrativos (fls. 208/344) e anexou documentação fiscal que não foi carreada aos autos juntamente com a peça de lançamento (fls. 347/349), relativamente a ambas as infrações. Assim, como a revisão do lançamento foi substancial e inovadora, o prazo concedido ao contribuinte deveria ter sido o de 30 (trinta) dias, sem o que restou cerceado o seu direito de defesa, contaminando todo o lançamento.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua decisão de Não Prover o Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF através do Acórdão nº 0302-01/08, sob a justificativa de que não foi cumprido o prazo de 30 (trinta) dias, determinado pela JJF, quando da revisão do lançamento pelo autuante, para que o sujeito passivo se pronunciasse, ensejando assim em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Conforme já citado, o Auto de Infração exige ICMS decorrente de “antecipação tributária” e de omissão de saídas de mercadorias, apurada através da constatação de “saldo credor de Caixa”.

Inicialmente, da análise dos autos, se observa que eram carentes as provas documentais que fundamentavam as infrações, pois não constavam do processo as notas fiscais colhidas no CFAMT, as quais eram objetos da antecipação tributária, como também os desembolsos financeiros do fluxo do Caixa (crédito a Caixa) não foram discriminados de forma analítica, de modo a oportunizar não só ao contribuinte verificar todas as “despesas” arroladas, mas também a possibilitar os membros deste CONSEF a exercer a sua missão de julgar.

Assim, acertadamente a JJF converteu o PAF em diligência fiscal para que o autante anexasse aos autos cópia das notas fiscais coletadas no CFAMT, como também comprovasse os pagamentos realizados, evidenciando a obtenção dos valores relativos às compras e às despesas incluídas no fluxo de Caixa, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

O autuante, em atenção ao quanto determinado, anexa duas notas fiscais colhidas no CFAMT, relativas à primeira infração, como também, em relação à segunda infração, apresenta novos demonstrativos do fluxo do Caixa, nos quais consignam analiticamente as notas fiscais (números do documento; data, valores das mercadorias) que ensejaram desembolso financeiro do Caixa, relativo aos exercícios de 2002 a 2005, com exceção do período de 01/01/2004 a 31/08/2004, cujo interstício, segundo o autuante, decorre da não entrega pelo atuado dos documentos solicitados.

Verifico que, a partir deste saneamento procedido pelo autuante, as acusações fiscais passaram a ter lastro documental que oferecesse ao sujeito passivo todas as condições necessárias para exercer seu direito e defesa. Contudo, por falha administrativa, quando da intimação ao contribuinte para apresentar sua defesa, equivocadamente, se consignou o prazo de 10 (dez) dias em vez de 30 (trinta) dias, como determina o art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Tal falha poderia ser corrigida pela JJF, determinando a reabertura do prazo legal e, posteriormente, submetido o processo a julgamento. Porém, o órgão julgador entendeu que havia ocorrido o cerceamento do direito de defesa, não só pelo prazo irregular, mas, também, pela não juntada aos autos dos documentos fiscais coletados no sistema CFAMT. Contudo, devo ressaltar que as notas fiscais colhidas no CFAMT dizem respeito à infração 01 e não compreendem do levantamento do Caixa, o qual, após o saneamento realizado pelo autuante, consigna como desembolso financeiro apenas as notas fiscais de compras fornecidas pelo atuado. Logo, não justifica a decisão da JJF.

Aliás, a propósito, restou claro e evidente que os documentos fiscais foram entregues pelo autuante ao contribuinte quando do término da ação fiscal que originou o Auto de Infração, pois, como se explicaria a apresentação de todas as notas fiscais de compras nos exercícios de 2002 a 2005, com exceção dos meses de janeiro a outubro de 2004, caso não tivesse o preposto fiscal

devolvido os documentos arrecadados? Inadmissível, na minha razão lógica, que o agente fiscal tenha devolvido parcialmente o documento fiscal, inclusive com a conivência do autuado, e só decorrido um lapso venha o contribuinte alegar que tais documentos não lhe foram entregues.

Porém, como não se comprovou o desembolso financeiro nos citados meses, entendo que a acusação fiscal nesse período ficou prejudicada. Contudo, quanto à primeira infração, relativamente às duas notas fiscais anexadas aos autos, e no tocante à segunda infração, no que diz respeito aos demais exercícios, o lançamento do crédito tributário é passível de saneamento e, para tal, deve-se anular a Decisão recorrida, para, posteriormente, reabrir o prazo de defesa ao contribuinte e recomençar o rito processual, conforme previsto no art. 18, § 1º, do citado RPAF, o qual estabelece que:

Art. 18. São nulos:

[...]

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Por fim, devo salientar que reiteradas vezes este Colegiado vem determinando a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido no art. 123 do RPAF, quando a acusação fiscal original não tenha oferecido condições reais para o exercício do pleno direito de defesa do contribuinte, como no caso presente.

Do exposto, nos termos do art. 20 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, declaro de ofício a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo retornar os autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento, com a apreciação do mérito, após reabertura do prazo de defesa ao sujeito passivo, razão por que considero PREJUDICADO o recurso interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **207108.0005/07-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS CARDOSÃO LTDA. (O CARDOSÃO)**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Fábio de Andrade Moura, Sandra Urânia Silva Andrade, Valnei Sousa Freire, Oswaldo Ignácio Amador e Denise Mara Andrade Barbosa,.

VOTO DISCORDANTE - Conselheiro: Fernando Antonio Brito Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARVOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – VOTO DISCORDANTE

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS