

PROCESSO	- A. I. N° 380214.0036/06-0
RECORRENTE	- ISAAC ANDRADE MATOS (SHOPPING MATOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0352-03/07
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 20/05/2009

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0102-11/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO A falta de entrega dos novos elementos apresentados em diligência realizada pelo próprio autuante ao sujeito passivo, compromete os princípios do contraditório e da ampla defesa, o que macula a Decisão de vício de nulidade, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF/BA, devendo ser aplicada a regra disposta no §1º do mesmo dispositivo. Anulada a Decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância para saneamento do vício, e ser proferida nova Decisão. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0352-03/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das infrações abaixo descritas, sendo objeto do presente Recurso, as constantes nos itens 1 e 4 da autuação:

INFRAÇÃO 1: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no período de janeiro de 2001 a setembro de 2003. Valor do débito: R\$89.470,33.

INFRAÇÃO 2: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia, nos meses de fevereiro, março, maio e junho de 2001, além de março de 2002. Valor do débito: R\$4.242,68.

INFRAÇÃO 3: Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia, nos meses de janeiro, abril, julho, agosto de 2001; janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro 2002; março de 2003; março, maio e julho de 2004; julho agosto e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$2.035,95.

INFRAÇÃO 4: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na condição de Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias de outro Estado. Antecipação Parcial. Valor do débito: R\$7.923,30.

INFRAÇÃO 5: Falta de escrituração do livro Caixa, na condição de Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, sendo exigida a multa no valor de R\$460,00.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF – fls. 1.321 a 1.327 - inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, argumentando no sentido de que a descrição dos fatos no Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e os dispositivos da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, ainda tendo sido acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Conclui, assim, que o processo está revestido das formalidades legais, não se encontrando nos

autos os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a JJF foi pela procedência parcial da autuação, nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 1 – Após consignar o relator que neste item se imputa ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através saldo credor na conta “caixa”, em diversos meses dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, ressaltou que o autuante reconheceu a existência de alguns empréstimos e refez os cálculos, conforme demonstrativos às fls. 217 a 246, ficando alterado o total do imposto exigido para R\$87.173,55, considerando o crédito fiscal presumido de 8%, conforme previsto no § 1º, do art. 19, da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/2002.

Observou ainda, que em relação aos empréstimos em nome da pessoa física e antecipação de imposto de renda (fls. 206 a 211), os respectivos valores não foram computados no levantamento fiscal. Assim, confrontando o levantamento originalmente efetuado pelo autuante com os demonstrativos elaborados após a revisão efetuada pelo autuante, constatou que, depois de computados empréstimos comprovados pelo sujeito passivo, o débito foi alterado em relação aos meses de janeiro/01, ficando elidida a exigência deste mês no valor de R\$144,99; o mês de fevereiro/01, de R\$2.210,23 para R\$2.206,16; o mês de abril/2003, de R\$4.875,10 para R\$1.904,31; o mês de maio/2003, de R\$3.498,55 para R\$1.264,56 e o mês de setembro de 2003, de R\$152,85 para R\$209,91, ficando inalterados os valores exigidos dos meses restantes, daí porque concluiu pela subsistência parcial desta infração, remanescente como devido o valor de R\$84.173,55, salientando que o autuado foi intimado quanto aos novos valores apurados e não apresentou qualquer elemento divergente;

INFRAÇÃO 2: Neste item, que imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia, nos meses de fevereiro, março, maio e junho de 2001, além de março de 2002, consignou o Relator de primeira instância que “*tendo em vista a alegação do autuado quanto ao recolhimento efetuado, no valor total de R\$970,45, não computado no levantamento original referente ao mês 05/2001, o autuante, na informação fiscal prestada às fls. 214/215, reconhece a procedência da alegação defensiva, uma vez que tal valor existe e consta do relatório à fl. 126 dos autos*” Acatando a exclusão efetuada, concluiu a JJF que resta como devido para este item o valor de R\$3.312,17, valor que foi acatado pelo contribuinte em sua nova manifestação à fl. 999;

INFRAÇÕES 3 e 5: O item 3 da autuação imputa ao contribuinte o recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia, nos meses de janeiro, abril, julho, agosto de 2001; janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro 2002; março de 2003; março, maio e julho de 2004; julho, agosto e dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls. 11 a 15 do PAF, e o item 5, por sua vez, imputa-lhe a falta de escrituração do livro Caixa, na condição de Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, sendo exigida a multa no valor de R\$460,00.

Consignou a JJF que embora o autuado tenha inicialmente alegado cerceio de defesa quanto a infração do item 3, bem como em relação à infração descrita no item 2, na manifestação apresentada após a informação fiscal reconheceu as infrações 2 (R\$3.312,17), 3 (R\$2.035,95) e 5 (R\$460,00), totalizando R\$5.808,12, daí porque considerou a Primeira Instância procedente as exigências fiscais em tela, por inexistência de controvérsia.

INFRAÇÃO 4: Neste item imputa-se ao contribuinte o recolhimento do ICMS por antecipação parcial efetuado a menos, referente às aquisições para comercialização de mercadorias provenientes de outros Estados. Ressaltou o relator da JJF inicialmente que o autuado alegou não ter adquirido as mercadorias constantes das notas Fiscais de compras, conforme demonstrativo que elaborou às

fls. 151/152, e que o autuante não considerou pagamentos da substituição tributária, conforme discriminou na planilha às fls. 152/154, reconhecendo como devido o valor de R\$3.101,64.

Consignou, ainda, que o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, elaborando demonstrativo referente às mercadorias sujeitas à substituição tributária, a exemplo da NF 206494, de 26/01/05, excluindo as mencionadas mercadorias do cálculo da Antecipação Parcial e alterando o valor a ser exigido para R\$7.512,73, valor que manteve, ressaltando que embora intimado o contribuinte para tomar conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos pelo autuante, cuja ciência está comprovada no documento à fl. 1319 dos autos, o mesmo não apresentou qualquer manifestação.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 1.336 a 1.339 - onde pede a reforma do Julgado quanto aos itens 1 e 4, aos seguintes argumentos:

- I. que a empresa foi impedida de exercer seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, já que embora tenha recebido a intimação para se manifestar sobre a informação fiscal do autuante, não lhe foram disponibilizadas cópias das alterações realizadas pelo autuante nem cópias do processo, negadas pela Coordenação de Cobrança da INFRAZ Itabuna, que apenas permitiu a leitura dos referidos documentos, o que também constitui abuso de autoridade e cerceio de defesa, já que a empresa não poderia se manifestar em sua totalidade sem os novos cálculos apresentados;
- II. que, assim, requer que sejam disponibilizadas as alterações efetuadas no processo para que possa se manifestar sobre os novos valores apurados, muito embora na presente peça recursal tecerá alegações que poderão estar predicas pela falta de acesso a tais alterações;
- III. que em relação à infração descrita no item 01 da autuação, que busca demonstrar, através do caixa, toda a receita auferida pelo contribuinte no período auditado, e que as infrações 2 e 3 reclamam ICMS não recolhido ou recolhido a menor, calculado sobre todas as receitas declaradas do período; e que, assim, como está se falando de um mesmo procedimento, questiona a possibilidade desta tributação sobre a mesma receita auferida no período questionado;
- IV. que a forma como foi apurado o procedimento é como se a empresa tivesse duas receitas diferentes: uma receita que foi apurada pelo Caixa e outra distinta, que não passou pelo Caixa, que foi apurada pela DME, o que é um contra senso, já que se o autuante entende que a auditoria de caixa revela o total das receitas auferidas pelo contribuinte, deveria, obrigatoriamente, abater as receitas que já foram objeto de declaração em DME;
- V. que de outra forma estar-se-ia diante de duas tributações sobre a mesma base de cálculo, a saber, receita auferida nos últimos 05 anos; mas a forma de apuração das empresas do SimBahia está definida em lei, não sendo à toa que o RICMS prevê a possibilidade de cobrança de multa de 5% sobre notas fiscais de compra não declaradas em DME por empresa deste regime, o que não foi o caso, pois todos os valores foram declarados na DME e,
- VI. que em relação à infração descrita no item 4, está totalmente impossibilitada de se manifestar, pois foi impedida, repete, pela INFRAZ Itabuna de levar as cópias do processo para uma análise mais amiúde.

Conclui que restou provado que as infrações descritas nos itens 1, 2 e 3 perseguem o mesmo objetivo, portanto só podendo reconhecer como devidas as duas últimas.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 1.348 e 1.349 requer diligência para que sejam fornecidas ao recorrente, cópias da informação fiscal, bem como dos documentos que a embasaram, com o intuito de evitar futura declaração de nulidade dos atos praticados.

Às fl. 1.351, consta despacho da lavra do procurador assistente da PGE/PROFIS, discordando parcialmente do referido opinativo, por entender que deva ser interposta Representação para que seja declarada a nulidade da Decisão, por cerceamento do direito de defesa, com a devida reabertura do prazo para manifestação sobre a diligência fiscal e, por conseguinte, novo *decisum* de Primeira Instância.

Às fl. 1.353 consta novo opinativo da PGE/PROFIS, desta feita subscrito pela Procuradora Sylvia Amoêdo, onde esclarece que em verdade o procurador assistente utilizou o termo Representação no sentido amplo, pois deve de fato ser decretada a nulidade da Decisão recorrida por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em sua competência recursal, no julgamento do Recurso voluntário interposto pelo autuado, ao tempo que aponta, itemizadamente, em seu Parecer, as razões que levam à proposição da nulidade da referida Decisão, a seguir transcritas:

- 1- *"a diligência foi elaborada pelo auditor fiscal autuante, não chegando a constituir uma revisão fiscal, mas o cumprimento de diligência elaborada pelo ilustre julgador da 3<sup>a</sup> JJF, no sentido de fosse regularizada a representação da empresa no processo, pois que tanto o auto quanto a defesa foram assinadas por pessoa diversa do titular da firam individual, o que foi feito com a juntada da procuração em fls. 1008.*
- 2- *foi também requisitado pela JJF que viessem aos autos cópias das notas fiscais que compõem a infração 04 e o respectivo Livro de Entradas de Mercadorias, essa providência fez com o autuante retirasse da infração que cobra ICMS antecipação parcial, porém observa-se que em relação às notas fiscais que o autuado afigura desconhecer nada foi mencionado no resultado da diligência, como também no voto do ilustre relator, finalizando com abatimento menor do que o informado pelo recorrente, lá em sua defesa.*
- 3- *em relação à ciência do recorrente do resultado da diligência o que encontra nos autos é uma declaração do gerente da CDD/Itabuna-Ba, afirmando que a intimação foi realizada na pessoa de Eliane Messias, logo pessoa diversa da que consta na procuração de fls. 1342.*
- 4- *se deve considerar as alegações do recorrente sobre o fato de que não obteve cópia da aludida revisão, mesmo tendo atendido à intimação e se dirigido à Infaz de origem, o que temos nos autos é o texto da intimação que não faz menção à existência de entrega do aludido Parecer.*
- 5- *mesmo tendo sido reduzido o valor em favor do contribuinte, este não corresponde ao quanto requerido pelo mesmo em defesa, pois em relação às notas fiscais que alega desconhecer, nada foi considerado.*
- 6- *finalmente, entendemos que não há certeza de que o autuado recebeu cópia da diligência, portanto, in dubio pro contribuinte. A pessoa que recebeu a intimação não é a mesma à qual foi outorgada a procuração dos autos. A diligência embora tenha reduzido o débito foi parcialmente favorável ao contribuinte.*
- 7- *assim, todos esses pontos levam à nulidade da Decisão recorrida, a qual entendeu que a intimação do autuado foi perfeita, o que se questiona, e sobretudo, a Decisão não apreciou a totalidade dos argumentos defensivos em relação à infração 04, pois sobre a alegação de desconhecimentos de algumas notas fiscais de entrada, nada foi refutado."*

## VOTO

De logo devemos consignar que concordamos com o último opinativo da PGE/PROFIS que entende deva ser acatada a preliminar de nulidade da Decisão recorrida suscitada pelo recorrente.

E, de fato, da análise da intimação de fl. 1.317, efetuada pela INFAZ Itabuna, não vislumbramos comprovação de que foram entregues ao contribuinte os novos elementos apresentados pelo autuante em sua informação fiscal de fls. 1.004 e 1.005, que inclusive redundou em novos valores a serem exigidos em relação aos débitos originariamente lançados, e que foi provocada pela JJF através de diligência de fl. 1002.

Por sua vez, como bem ressaltado pela procuradora que subscreveu o referido opinativo, o documento de fl. 1.319, expedido pelos Correios e encaminhado a INFAZ Itabuna, informa que a in-

timação foi recebida pela Sr<sup>a</sup> Eliene Messias, pessoa de fato diversa daquela que consta na procura<sup>ção</sup> de fl. 1.008 como a autorizada pelo sujeito passivo para se pronunciar nos autos.

Assim, tais atos comprometem o Julgado ora recorrido, já que a falta de entrega destes novos elementos ao sujeito passivo comprometem os princípios do contraditório e da ampla defesa, o que macula a Decisão de vício de nulidade, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF/BA, devendo ser aplicada a regra disposta no §1º do mesmo dispositivo, abaixo transcrito:

*“Art. 18. São nulos:*

*.....*  
*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”*

*§ 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.”.* Grifos nossos

Ante o exposto, somos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a Nulidade da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que a IJF determine a efectiva entrega ao sujeito passivo de cópia da informação fiscal de fls. 1.004 e 1.005, contendo os novos demonstrativos por ele elaborados, bem como cópias dos novos elementos trazidos aos autos com a referida informação fiscal, para que se manifeste, querendo, no prazo de 10 dias, após sendo proferida nova Decisão.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar a **NULIDADE** da Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 380214.0036/06-0, lavrado contra **ISAAC ANDRADE MATOS (SHOPPING MATOS)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para ser proferida nova Decisão, após saneada a irregularidade detectada.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ANGELY MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS