

PROCESSO - A. I. Nº 300449.0252/07-8
RECORENTE - MALHARIA SUL BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0349-03/08
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 20/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0108-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTO TRAZIDO NA DEFESA. NOVA DECISÃO. O argumento defensivo referente às “reduções z” dos dias 04 e 13 de dezembro de 2006, não foi apreciado na Decisão recorrida, o que acarretou cerceamento de defesa. A apreciação desse argumento em segunda instância implicaria em supressão de instância. De ofício, decretada a nulidade da Decisão recorrida, devendo o processo retornar à primeira instância para nova Decisão, a salvo de falhas. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$9.407,76, em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão.

O autuado apresentou defesa e, dentre outros argumentos, alegou que não foram computados os cupons de “redução z” dos dias 04/12/2006 e 13/12/2006, esse último extraviado, nos valores de, respectivamente, R\$11.581,09 e R\$16.925,00. Reconheceu como devida a importância de R\$758,21, afirmou que esse valor foi recolhido conforme DAE à fl. 51. Apresentou planilhas e fotocópias de documentos e de “reduções z”, inclusive as dos dias 4 e 13 de dezembro de 2006 (fl. 50).

Na informação fiscal, o autuante rebateu as alegações defensivas e referindo-se às “reduções z” dos dias 04/12/06 e 13/12/06, afirmou que elas careciam de autenticação, especialmente porque o autuado tinha afirmado que esses documentos se encontravam extraviados. Ao final, o autuante manteve a ação fiscal em sua totalidade.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ Itabuna, para que fosse entregue ao autuado cópia do relatório TEF diário e, em seguida, fosse reaberto o prazo de defesa. A diligência foi atendida (fls. 60 e 61).

Em nova defesa, o autuado afirmou ter encontrado novas inconsistências no levantamento realizado pela fiscalização, conforme o demonstrativo de fl. 65. Reconheceu, como devido, o valor de R\$512,95.

O autuante, em nova informação fiscal, disse que, após efetuar o confronto diário das operações, apurou um valor a recolher maior que o originalmente encontrado. Pediu que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para o atendimento das seguintes solicitações: que fosse o autuado intimado a apresentar demonstrativo com as notas fiscais série D-1, correlacionando os referidos boletos com os cupons fiscais e notas fiscais, excluindo os

valores efetivamente comprovados que ele entende que foram incluídos indevidamente pelo autuante; que fossem cotejados os valores relativos aos meses de julho, agosto, setembro e dezembro de 2006 com os demonstrativos elaborados pelo autuante, e ajustá-los, se necessário; que, de posse dos demonstrativos elaborados pelo defendente, o diligenciador efetuasse a devida conferência, refazendo o demonstrativo de débito.

A diligência foi atendida conforme o Parecer ASTEC nº 103/2008 (fls. 82 e 83). Nesse Parecer, a diligenciadora informou em sua conclusão:

Ficou comprovado o pagamento através de cartão de débito/crédito, nas vendas efetuadas através de notas fiscais D-1, indicadas no demonstrativo apresentado pelo autuado às fls. 84/104;

Efetuada a retificação no demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 11, o valor do débito que era de R\$ 9.407,76 passa a ser de R\$ 2.257,20, conforme a seguir demonstrado:

[...]

Notificados acerca do resultado da diligência, o autuado e o recorrente não se pronunciaram.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator explicou o teor da infração imputada ao autuado e, em seguida, assim se pronunciou sobre as alegações defensivas e a diligência realizada pela ASTEC:

Considerando a alegação do autuado de que constatou equívocos no levantamento fiscal, a exemplo de Notas Fiscais de Venda a Consumidor - NFVC, série D-1, não consideradas pelo autuante, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, em atendimento à solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, sendo informado pela diligente no PARECER ASTEC Nº 103/2008 (fls. 82/83), que o autuado apresentou demonstrativo das vendas com notas fiscais D-1, cujos pagamentos foram efetuados por meio de cartões de crédito/débito; que foram confrontados os valores indicados no mencionado demonstrativo com os respectivos comprovantes de vendas, atestando a veracidade dos valores informados pelo contribuinte; que ficou comprovado o pagamento por meio de cartão de crédito/débito, das vendas efetuadas com notas fiscais D-1, relacionadas analiticamente no demonstrativo de fls. 84/104; que foram elaborados demonstrativos adicionando os valores apurados pelo autuante, relativos às vendas registradas no ECF às vendas efetuadas com Notas Fiscais D-1, apresentadas pelo contribuinte; e que, efetuada a retificação no levantamento fiscal, o valor do débito que era de R\$9.407,76 passa a ser de R\$2.257,20, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 83.

Prosseguindo em seu voto, o relator afirmou que a irregularidade apurada autorizava a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme previsto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreveu. Salientou que o autuado e o autuante foram notificados acerca do resultado da diligência efetuada pela ASTEC e, no entanto, porém não se pronunciaram. Discorreu sobre a aplicação do Regime Normal na apuração do imposto cobrado e, mais adiante, afirmou que acatava os cálculos efetuados pela diligenciadora da ASTEC e o demonstrativo de fl. 83, no qual foi apurado o débito no valor de R\$2.257,20. Afirmou que a emissão de nota fiscal no lugar de cupom fiscal constitui irregularidade que pode resultar na aplicação de penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96. Ao concluir, o ilustre relator votou pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme apurado na diligência realizada pela ASTEC.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão JJF Nº 0349-03/08 merece ser reformado.

Após afirmar que o Recurso Voluntário se restringe ao mês de dezembro de 2006, o recorrente ratifica a impugnação dos valores de R\$11.581,09 (dia 04/12/06) e R\$16.925,00 (dia 13/12/06), atinentes a vendas realizadas por meio de cartão de crédito, constantes nas “reduções z” anexadas à fl. 50.

Referindo-se à “redução z” do dia 04/12/06, o recorrente afirma que ela estava na posse da fiscalização durante a ação fiscal, porém o autuante simplesmente “passou por cima” e não a incluiu na auditoria fiscal.

Quanto à “redução z” do dia 13/12/06, o recorrente confirma que o cupom fiscal estava extraviado, mas diz que a empresa mantinha em seu estabelecimento as fitas-detalhe, que serviam como segunda via dos cupons para fins de fiscalização. Explica que a fotocópia apresentada foi extraída dessa fita-detalhe e, portanto, era um documento autêntico. Diz que se

essa fotocópia necessitava de autenticação, a atendente da repartição fazendária de seu domicílio fiscal é que deveria ter feita a autenticação, pois, quando a defesa foi protocolada, o preposto da empresa estava de posse dos documentos originais. Frisa que, se as fotocópias das “reduções z” são duvidosas e insuficientes, o processo deverá ser convertido em diligência para que seja verificada a autenticidade dos referidas fotocópias. Aduz que todos esses dois valores contestados foram incluídos nas receitas declaradas ao fisco, e o imposto correspondente já foi recolhido, sendo, assim, a manutenção da exigência fiscal acarretará a cobrança do imposto em duplicidade. À fl. 380, foi acostado um demonstrativo da apuração do imposto que o recorrente entende devido, no montante de R\$ 758,37, conforme foi apurado na defesa inicial.

Prosseguindo, o recorrente pede diligência para que seja apresentada a fita-detache das “reduções z” dos dias 04 e 13 de dezembro de 2006. Requer que os seus argumentos sejam apreciados e decididos um a um, com a motivação adequada e fundamentada nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, excluindo do valor cobrado após a Decisão de primeira instância a importância de R\$1.498,83 e eliminando o excesso da multa aplicada.

Ao exarar o Parecer de fls. 385 e 386, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que no Recurso Voluntário interposto o recorrente insurge-se exclusivamente quanto à apuração do imposto cobrado no mês de dezembro de 2006, ratificando a impugnação dos valores de R\$11.581,09 do dia 04/12/06 e R\$16.925,00 do dia 13/12/06.

Afirma a ilustre procuradora que as razões recursais são insuficientes para afastar a presunção legal que remanesceu parcialmente após a diligência. Salienta que os valores referentes ao mês de dezembro de 2006 já foram objetos de diligência cujo resultado não foi contestado nem pelo autuado e nem pelo recorrente. Explica que a presunção legal de omissão de saídas encontra guarita no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário, o recorrente apenas questiona a não inclusão, no levantamento realizado pelo autuante, das “reduções z” referentes aos dias 04/12/06 e 13/12/06, as quais continham vendas pagas com cartão de crédito nos valores de, respectivamente, R\$11.581,09 e R\$16.925,00.

Ao analisar o processo, constato que na defesa inicial (fls. 14 a 17) o recorrente, além da questão referente a notas fiscais série D1, alegou a falta da inclusão das “reduções z” dos dias 04/12/06 e 13/012/06 no levantamento fiscal e, para comprovar sua alegação, apresentou fotocópias dessas “reduções z” (fl. 50). Na informação fiscal (fls. 53 e 54) o autuante rebateu a alegação pertinente às “reduções z” de fl. 50, argumentando que as fotocópias apresentadas não estavam autenticadas. Por duas vezes, o processo foi convertido em diligência: a primeira, para que fosse entregue ao recorrente cópia dos relatórios TEF, com a reabertura do prazo de defesa; a segunda, para que fosse o autuado intimado a apresentar demonstrativo referente às notas fiscais série D1.

Na Decisão recorrida, a primeira instância decidiu a lide com base no resultado da segunda diligência, realizada pela ASTEC, a qual versou sobre as notas fiscais série D1. Verifico que em nenhuma parte dessa segunda diligência ou do voto proferido pelo ilustre relator foi abordada a questão das “reduções z” dos dias 04/12/06 e 13/12/06. Dessa forma, considero que a Decisão recorrida foi omissa e, portanto, incidiu em cerceamento de defesa.

O argumento do recorrente relativamente às “reduções z” dos dias 04 e 13 de dezembro de 2006 merece uma resposta específica por parte deste CONSEF, porém não pode esta segunda instância abordar esse argumento, pois, se assim procedesse, estaríamos incidindo em clara supressão de instância. Desse modo, para que se garantam os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, a situação em tela exige que, de ofício, seja decretada a nulidade da Decisão recorrida e se determine o retorno do processo à Primeira Instância para nova Decisão, a qual deverá abordar todas as matérias trazidas na defesa.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para, de ofício, decretar a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo o processo retornar à primeira instância, para que seja proferida nova Decisão a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **300449.0252/07-8**, lavrado contra **MALHARIA SUL BAHIA LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2009.

TOSLTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. PGE/PROFIS