

PROCESSO - A. I. N° 206896.1201/06-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AFRO BRASIL COSMÉTICOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0296-11/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0235-12/09

EMENTA: ICMS. MODIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO PARCIAL DO DÉBITO. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista: **a)** a nulidade das infrações 1 e 2, por cerceamento do direito de defesa; **b)** a improcedência da infração 3, por falta de base documental; **c)** a necessidade de adequação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, contida no item 4 da autuação, por se tratar de infração de natureza continuada. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS a este Conselho de Fazenda, precedido de pedido de controle da legalidade formalizado pelo contribuinte em petição acostada às fls. 401 a 409 dos autos.

Pede a PGE/PROFIS, através de referido expediente, subscrito pela Dra. Leila Von Söhlen Ramalho, que se faça inicialmente o reexame das infrações 1 e 2 do Auto de Infração. Na primeira imputação, o fisco apurou omissão de saídas de mercadorias tributáveis através da constatação de saldo credor de caixa. A segunda acusação compreende a falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS pelas aquisições de mercadorias, em operações interestaduais, destinadas à comercialização.

Relativamente às mencionadas imputações, a PGE/PROFIS, a partir dos demonstrativos acostados às fls. 17 a 39 do PAF, constatou que os valores apurados nas infrações têm por base as operações de aquisição de mercadorias acobertadas por notas fiscais não registradas pelo contribuinte, capturadas através dos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

No que tange às notas fiscais obtidas via CFAMT, colacionadas às fls. 58/231, declara que não restam dúvidas de que à autuada foi oportunizado previamente o conhecimento do conteúdo dos documentos fiscais antes da apresentação da defesa, conforme se extrai dos documentos de fls. 248, no bojo do qual o contador da empresa declara ter recebido as respectivas cópias.

Todavia, quanto às notas fiscais colhidas no SINTEGRA (fls. 279/309), fez observar que as mesmas foram carreadas ao processo no momento da informação fiscal, ocasião em que ao contribuinte foi concedido o prazo de apenas 10 dias para manifestação, na forma da intimação de fls. 316 do feito.

Diante dessa constatação sustenta, à luz do que dispõe o art. 130 do COTEB e o art. 46 do RPAF, que as notas fiscais capturadas no SINTEGRA e que serviram de suporte à apuração das infrações 1 e 2, constituem elementos de prova indispensáveis à “demonstração do fato argüido”, razão pela qual, deveriam acompanhar, desde o início, o Auto de Infração. No entanto, considerando que nos presentes autos, os documentos em questão vieram à lume após defesa do autuado, teria se configurado inequívoco cerceamento de defesa, visto que ao contribuinte não fora, na fase

inaugural do processo, reaberto o prazo de 30 dias para apresentação de nova impugnação, nos termos do que dispõe o art. 123 do COTEB e art. 123 do RPAF.

Nessa linha de entendimento, sustenta a PGE/PROFIS, na representação ora proposta, padecer o presente processo de vício insanável, razão pela qual, relativamente às infrações 1 e 2, pede que seja reconhecida a nulidade de todos os atos processuais praticados a partir da juntada dos documentos verificada por ocasião da informação fiscal, para que seja reaberto prazo de defesa em benefício do autuado.

Ainda no bojo da presente representação arguiu a existência de ilegalidades que demandariam a revisão do lançamento tributário, relativamente à infração nº 3, que contém a imputação correspondente ao descumprimento de obrigação acessória, atinente à falta de escrituração de livro caixa. Afirmar não existirem nos autos qualquer comprovação de que o autuado não teria escriturado o citado livro, visto que, a partir do exame das peças processuais, em especial a declaração contida à fl. 244, estaria evidenciado que em momento algum tivera o fiscal autuante acesso ao livro caixa, apesar do contribuinte ter sido regularmente intimado para que procedesse a apresentação do referido livro. No entanto, diante da inércia empresarial, não poderia o autuante ter imputado ao contribuinte a omissão de registro no livro caixa, razão pela qual a acusação fiscal se encontraria contaminada de ilegalidade flagrante, por ausência de elementos probatórios que evidenciassem o fato imputado ao sujeito passivo.

No tocante à infração nº 4, há também pedido de revisão do lançamento de ofício. No âmbito da 1ª instância de julgamento a referida infração foi objeto modificação de enquadramento, com correspondente redução do débito, por entender o órgão julgador que restou configurado tão somente o atraso na escrituração do livro de Inventário, com aplicação da penalidade prevista no art. 42, inc. inc. XV, letra “d”, da Lei nº 7.014/96. Prevaleceu a tese de que a falta de escrituração do livro registro de inventário não configurou impedimento definitivo para a apuração do imposto no período fiscalizado. Em decorrência, foi afastada a penalidade lançada no Auto de Infração, contida no art. 42, inc. XII da Lei de Regência do ICMS, para o dispositivo correspondente à penalidade de R\$ 460,00.

Entende a representação da PGE/PROFIS que condenação imposta ao contribuinte pela JJF e confirmada em 2ª Instância, necessita ser modificada em relação ao “*quantum debeatur*”, para se circunscrever a uma única penalidade, visto que o ato omisso do autuado, apesar de ter se estendido por 5 (cinco) exercícios consecutivos, teria configuração de infração continuada, cabendo, consoante esse entendimento, afastar a imposição de multa para cada exercício. Para sustentar esse pedido de revisão da infração 4 foram colacionados aos autos 3 (três) acórdãos proferidos pelas instâncias ordinárias de julgamento do CONSEF, todos na linha da adequação da infração a uma só penalidade, consoante Acórdãos de nºs 0429-11/08; 0261-02/08 e 0103-12/09.

Em manifestação acostada à fl. 436, o procurador-assistente, Dr. José Augusto Martins Jr., se posicionou no sentido de acolher a representação subscrita pela Dra. Leila Ramalho, propugnando pela nulidade das infrações 1 e 2 e pelas improcedência das infrações 3 e 4.

VOTO

No tocante às infrações 1 e 2 houve um grave equívoco cometido pela Inspetoria Fiscal, verificada por ocasião da manifestação do autuante após a defesa protocolizada pelo contribuinte. Naquele momento o autuante fez a juntada de cópias das notas fiscais obtidas junto aos fornecedores, via circularização, a partir das informações obtidas no SINTEGRA. Por constituírem os referidos documentos elementos de prova indispensáveis à comprovação das infrações em exame, deveriam ter sido carreados ao processo quando da lavratura do Auto de Infração, conforme prescreve o art. 46 do RPAF. A juntada posterior das notas fiscais, para fins de comprovação das aquisições e decorrente exigência de ICMS, demandaria da INFAZ a providência de reabrir prazo de defesa e não a concessão de 10 dias para manifestação do autuado. Restou configurada, diante da providência adotada, manifesta ofensa a dois princípios basilares do

processo administrativo: o contraditório e ampla defesa, além de contrariedade à regras expressas do RPAF, no que tange à instrução processual (art. 123, do RPAF).

Seguindo a linha de raciocínio defendida pela PGE/PROFIS, entendo, todavia, que o apontado vício processual pode ser saneado. Por esse motivo, acolho a Representação, no tocante às infrações 1 e 2, devendo o processo retornar à instância originária de julgamento para que sejam adotadas as providências saneadoras requeridas pela Procuradoria Estadual, através da reabertura do prazo de defesa e posterior remessa dos autos para novo julgamento pela JJF.

No que tange à infração 3, a pretensão de declaração de improcedência da acusação é totalmente pertinente. Isto porque o “Termo de Devolução de Livros e Documentos”, acostado às fls. 244 do PAF, evidencia que o autuante não teve acesso ao livro caixa, apesar de sucessivas intimações dirigidas ao contribuinte visando o acesso à escrituração do caixa da empresa. Ora, como poderia o autuante acusar o sujeito passivo de ter omitido escrituração em livro que não teve acesso? Revela-se, o lançamento, neste item, desprovido da prova documental indispensável para a sua constituição, razão pela qual, também acolho a Representação proposta pela PGE/PROFIS para declarar a improcedência da acusação imposta ao contribuinte.

Por último, no que tange à infração 4, o pedido formulado pela PGE/PROFIS se restringe a adequar a multa ao patamar de uma penalidade, tendo por base o entendimento predominante no âmbito deste CONSEF, quanto às infrações continuadas, tal como ocorre com a não escrituração de livros fiscais. Apesar de controvérsia que cerca a questão, vou me posicionar na linha de argumentação abraçada pela Procuradoria do Estado, respaldada em jurisprudência assente deste CONSEF, conforme se verifica da leitura dos acórdãos colacionados aos autos. Assim, seguindo linha de argumentação esboçada na inicial, cabe aplicar ao contribuinte apenas uma única penalidade fixa, no valor de R\$460,00, prevista no art. 42, inc. XV, “d”, da Lei nº 7.014/96, razão pela qual modifico as Decisões de 1º e 2º graus de julgamento.

Pelo acima exposto, voto no sentido de ACOLHER integralmente a representação proposta, aderindo a todos os pedidos formulados na peça elaborada pela Procuradoria Estadual. Com as modificações efetuadas, o débito remanesce no valor de R\$460,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS