

PROCESSO	- A. I. N° 206954.0004/07-1
RECORRENTE	- PRISMA COMÉRCIO E DISTRIBUIDOR DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. (DISTRIBUIDORA PRISMA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0326-01/07
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 16/09/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0277-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à primeira instância para nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0326-01/07) que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 26/06/2007, para exigir crédito tributário decorrente do descumprimento de obrigação acessória e principal, no valor de R\$ 333.606,66, em razão das seguintes irregularidades:

1. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa, no valor de R\$ 200.539,46, com multa de 70%, relativo aos meses de outubro de 2005, janeiro, fevereiro, julho, agosto, novembro, dezembro de 2006 e janeiro de 2007;
2. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88, no valor de R\$ 386,96, com multa de 60%, relativo ao mês de agosto de 2006;
3. recolheu a menos ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 13.064,33, com multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, março e abril de 2006;
4. deixou de recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 8.225,71, com multa de 50%, relativo ao mês de maio de 2006;
5. multa no valor de R\$ 59.002,40, relativo ao percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, concernente a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Tais fatos ocorreram nos meses de dezembro de 2005, fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2006. Consta, ainda, que o autuado deixou de recolher o imposto por antecipação parcial nas entradas de mercadorias registrada no REM;
6. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial no valor de R\$ 52.297,80, com multa de 60%, referente aos meses de outubro e dezembro de 2005, janeiro e fevereiro de 2006, concernente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Consta, ainda, que as entradas de mercadorias sujeitas a antecipação parcial, não registradas no REM, foram capturadas através de circularização junto aos fornecedores;

7. multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 90,00, relativa ao mês de dezembro de 2006, em razão de o contribuinte ter deixado de apresentar o Livro Caixa, quando regularmente intimado.

A 1^a JJF julgou totalmente Procedente o Auto de Infração.

Em relação à infração 1, foi observado que se estava diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil e § 4º do art. 4º da Lei 7014/96. Em seguida, houve a constatação de que o autuado não trouxe aos autos elementos para demonstrar não terem ocorrido às omissões de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor, uma vez que as alegações de defesa (total inconsistência do trabalho fiscal de “constituição do livro caixa”, a partir da presunção do fato gerador, da base de cálculo e da alíquota incidente) não possuíam amparo fático. Por seu turno, a autuante elaborou, com base nos livros e documentos fiscais/contábeis, todos os demonstrativos da Auditoria da Conta Caixa, constantes às fls. 10 a 29, indicando, em relação a cada período, os cálculos que resultaram nos saldos credores de caixa, entregando ao autuado, cópias dos mesmos. A acusação foi mantida.

Quanto à infração 2 foi ressalvado de que o art. 353 do RICMS, bem como a Lei nº 7014/96, não excluem a obrigação do contribuinte de efetuar a antecipação tributária das mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, em razão das suas saídas subsequentes ocorrerem para outras unidades Federadas. Como não houve outro argumento de defesa, a infração foi mantida.

No que tange às infrações 5 e 6 (aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória) disseram que este foro administrativo não tem competência para apreciar a constitucionalidade, ou não, da Legislação Tributária Estadual, muito menos de aplicar. Entretanto, lembraram que o pedido de anulação do artigo 12-A da Lei Estadual nº 7014/96, da Bahia, feito pela Confederação Nacional do Comércio por meio da Adin (ação direta de constitucionalidade) 3426 foi negado por maioria dos ministros do STF, conforme ementa que foi transcrita. As infrações foram julgadas subsistentes.

Em relação às infrações 03 e 04, assim se posicionaram: *o autuado alega que houve equívoco da contabilidade, mas recolheu os impostos devidos. Ocorre, entretanto, que a empresa recolheu a menos e deixou de recolher ICMS, conforme cópia do Registro de Apuração apresentada pelo próprio autuado, às fls. 227, 231, 233 e 235 e demonstrativos às fls. 31 a 32 dos autos, conforme pode ser verificado. Não foram, portanto, elididas as infrações 03 e 04.*

Por fim, no que diz respeito à infração 7, ficou demonstrado, conforme cópia dos protocolos recebidos pela autuante às fl. 390 a 395 do PAF, que o autuado não apresentou o livro Caixa, cabendo, portanto, a multa por descumprimento da obrigação acessória aplicada.

Após ciência da Decisão de 1^a Instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário, insurgindo-se, em sua totalidade, contra a Decisão recorrida (fls. 448/465). Reproduzindo todas as infrações a ele imputadas passou a apresentar suas razões de defesa.

Quanto à infração 1, afirma que nunca vendeu qualquer produto de seu estabelecimento sem documento fiscal e que foram apresentadas todas as notas fiscais de saídas, bem como os livros fiscais. Afirma que o fisco não havia logrado êxito em comprovar a alegada omissão, “nos termos do entendimento da jurisprudência administrativa pátria”, consoante acórdãos que transcreveu (ementas de Acórdãos das Câmaras do Conselho de Contribuidores do Estado de Minas Gerais). Alega total inconsistência do trabalho fiscal da “constituição do livro caixa”, a partir da presunção do fato gerador, da base de cálculo e da alíquota incidente.

Afirma que a autuante presumiu a ocorrência do fato gerador e da base de cálculo sem embasamento fático, contrariando as determinações do Código Tributário Nacional - CTN. Cita acórdãos do TJMG para embasar sua argumentação. E, não bastasse tal fato, houve arbitrariedade quando, ao reconstituir o livro caixa, o fisco estadual aplicou a alíquota de 17%, sem considerar o destino da mercadoria, que se deu, em sua maioria para as regiões sul e sudeste. Apensou aos autos cópias de notas fiscais para corroborar sua pretensão.

No que tange às infrações 2 e 6, argumenta que como todas as mercadorias adquiridas foram comercializadas para outras unidades da Federação não existiu qualquer prejuízo ao Erário, mesmo que se admita não ter havido recolhimento da antecipação. Ademais, entende como ato arbitrário, ilegal e constitucional a cobrança da antecipação parcial. Transcrevendo o art. 12-A, da Lei nº 7014/96, afirma que ele afronta as determinações dos art. 150, inciso V e art. 22 inciso VIII da Constituição Federal.

Atacando as infrações 3 e 4, alega ter recolhido integralmente todos os valores apurados corretamente e devidos do ICMS. Assevera que os eventuais erros de valores e prazos, escriturados nos seus livros fiscais constituem erros meramente formais e não devem servir de sustentação para a cobrança do imposto.

Em relação à infração 5, argumenta que, não havendo a infração, descabida e arbitrária, não há o que se falar em multa. Discordando sobre o conceito de multa fiscal e reproduzindo os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, afirma ser ela tão elevada que tem caráter confiscatório, fazendo referência ao art. 161, §1º do CTN.

Diz que, quanto à infração 7, a multa aplicada é totalmente equivocada e que atendeu às intimações, conforme cópias dos protocolos.

Reproduzindo o art. 112 do CTN, com os comentários de Sacha Calmon Navarro Coelho, entende que como não ficaram provadas as infrações, deveria este Colegiado se ater ao princípio de “*in díubio pro contribuinte*”.

Argui, mais uma vez, que a lavratura do Auto de Infração é totalmente equivocada, devendo ser considerada nula. E, caso não se entenda pela anulação total do Auto de Infração, que se admita, apenas, por hipótese, que sejam desconsideradas as multas e os juros cobrados. Requer, ainda, que as intimações sejam realizadas por carta dirigida aos procuradores do autuado, conforme consta à fl. 290 do PAF.

Em seu opinativo, a PGE/PROFIS (fls. 471/477) analisa todas as razões recursais.

Quanto à infração 1 diz que o recorrente apenas faz mera negativa do cometimento da infração sem a devida produção de prova. Após discorrer sobre a mesma e ressaltar que o trabalho da fiscalização encontrava-se baseado em provas robustas, entendeu que ela restava devidamente caracterizada e enquadrada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Contudo observa que, desde a inicial, o contribuinte vinha solicitando a proporcionalidade das alíquotas, fato não enfrentado pela JJF. Nesta circunstância, solicita diligência a este CONSEF para que fosse verificada esta possibilidade.

Com o título de “questões relativas à antecipação”, apresentou sua discordância quanto à afirmativa da empresa de que a antecipação tributária parcial era instituto constitucional. Informa que o Estado da Bahia saiu vitorioso na ADIN 3426, mesmo em face dos arts. 150, V e 155 da Constituição Federal. Em seguida, concordou com a JJF de que o dispositivo regulamentar (art. 353 do RICMS) bem como aqueles previstos na Lei nº 7.014/96 não excluem a obrigação do contribuinte de efetuar a antecipação tributária das mercadorias neste regime enquadradas em razão das suas saídas subsequentes terem ocorrido para fora do Estado. Opinou pela manutenção da infração 02.

Em relação às infrações 3 e 4, se alinhou à Decisão exarada pela JJF.

Com relação às infrações 5 e 6, as ratificou diante do entendimento expresso no item 2 do seu Parecer.

Ressaltou em seguida que diante das cópias dos protocolos apensados aos autos, resta provado que o contribuinte não apresentou ao fisco o seu Livro Caixa.

Opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário em relação às infrações 2, 3, 4, 5 e 6. Em relação à infração 1, reiterou o seu pedido de diligência.

Em pauta suplementar da sessão de 15/12/2008 a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, após exame das peças que constituem o processo, concluiu não existir necessidade da realização da diligência sugerida. Entretanto, diante do princípio da celeridade e da economia processual que rege o processo administrativo fiscal, solicitou à PGE/PROFIS a emissão de Parecer jurídico quanto à aplicação da multa relativa à antecipação parcial antes da promulgação da Lei nº 10.847/07 (fl. 479).

A Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa (fls. 481/482), após transcrever as disposições do art. 42, II, “d” de antes e de depois da Lei nº 10.847/07, entende que a multa aplicada, nos dois períodos deve ser mantida. Assim se posicionou: *É fato que a redação dada ao dispositivo legal pela Lei nº 10.847/2007 difere da vigente ate' então, mas isso não significa que somente a partir daí o recolhimento intempestivo de imposto por antecipação parcial passou a ter previsão de multa. A redação conferida pela Lei nº 7.981/01, vigente à época dos fatos geradores, era clara e suficiente para que concluíssemos que a antecipação parcial recolhida intempestivamente ensejasse multa percentual. A lei dizia que ... “quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares”, e antecipação parcial é, sem nenhuma dúvida uma espécie de antecipação tributaria. Razão teria o contribuinte se não houvesse previsão expressa da legislação aplicada aos fatos da época ou se a legislação fosse dúbia, o que ensejaria uma norma esclarecedora, que pelo seu caráter interpretativo e sancionador, importaria na sua não retroação. Mas não é o caso! A mudança da redação feita pela Lei nº 10.847/07 foi tão somente de ordem semântica, não importando em qualquer alteração o regime então vigente, já que, desde 2001, era expressa, repito, a previsão legal de multa pela intempestividade no recolhimento do ICMS devido por antecipação tributaria, em todas as suas hipóteses regulamentares, dentre as quais podemos e devemos incluir, a antecipação parcial.*

Após tais colocações e em razão de existir Decisão precedente do CONSEF em sentido contrário e da relevância e abrangência do tema, submeteu o Parecer à Chefia da PGE/PROFIS/SECON para deliberação.

A procuradora, Dra. Sylvia Amoêdo, exara Parecer indicando, sucintamente, a opinião da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa. Em seguida, informa que estava transcrevendo Parecer da lavra do Sr. Procurador Assistente, Dr. José Augusto Martins Júnior, o qual deve orientar as Decisões do CONSEF.

Das fls. 492 a 499 consta renúncia do advogado do recorrente na presente lide.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto e das multas por descumprimento de obrigação acessória, todas exigidas no presente Auto de Infração.

A infração 1 trata de omissões de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. O autuado, na sua defesa inicial, se insurgiu contra a aplicação da alíquota de 17% sobre o valor do saldo credor apurado pela fiscalização. Afirmou que a maioria de sua comercialização é destinada às regiões Sul e Sudeste, não podendo, portanto, ser esta a alíquota aplicável (fl. 279). Quando instado para contra arrazoar os argumentos de defesa (fls. 399/402) a fiscal autuante não trata da questão. Por sua vez, embora tenha indicado tal argumento em seu relatório, a 1^a JJF não se pronunciou sobre a questão na sua Decisão (fls. 417/419). Na sua peça recursal, a empresa volta a apresentar o mesmo argumento (fl. 455). Por seu turno, a PGE/PROFIS, quando emitiu seu primeiro pronunciamento, sugeriu, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, que os autos fossem baixados em diligência a auditor fiscal para verificar a possibilidade de aplicação da proporcionalidade requerida pelo recorrente, o que foi negado por esta 2^a CJF.

Por estas razões, entendo haver uma impossibilidade legal para se dar prosseguimento, neste momento, à presente lide por esta 2^a CJF. Fisco que para a garantia do pleno exercício do direito de defesa é fundamental que todos os argumentos sustentados pelo contribuinte sejam apreciados e, com a devida fundamentação, rechaçados ou não.

Estando clara a omissão contida na Decisão recorrida e, como não é possível ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, sob pena de supressão de instância, a Decisão recorrida é NULA,

por cerceamento de defesa, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), devendo o processo retornar à primeira instância para nova Decisão a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206954.0004/07-1**, lavrado contra **PRISMA COMÉRCIO E DISTRIBUIDOR DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. (DISTRIBUIDORA PRISMA)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS