

**PROCESSO** - A. I. Nº 110120.0003/07-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COLD AIR COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDOS** - COLD AIR COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0144-01/09  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 16/12/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0352-12/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA APÓS A INDICAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. NOVA DECISÃO. Após a indicação do valor da base de cálculo do imposto lançado, deverá ser concedido ao sujeito passivo o prazo de trinta dias para o exercício do direito de defesa. Ao conceder prazo inferior ao previsto, a primeira instância cerceou o direito de defesa do recorrente, acarretando a nulidade da Decisão recorrida, ao teor do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99. O processo deverá retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$196.371,27, em razão de recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

Consta na descrição dos fatos, que a empresa faz parte do grupo Cold Air e que foi alvo de investigação fiscal que constatou irregularidades que culminaram com o desenquadramento da empresa do regime SimBahia, com base no art. 408-L, II e IV, do RICMS/BA.

Na sua defesa, fls. 41 a 46, o autuado alegou que o seu direito de defesa foi cerceado, pois quem recebeu a intimação acerca do lançamento foi pessoa estranha ao quadro da empresa. Disse que havia equívoco na indicação do dispositivo legal dado como infringido. Afirmou que a acusação era genérica e que o sistema tributário não admitia tributação por presunção. Negou que tivesse formado um grupo de empresas com o objetivo de sonegar imposto, afirmou que não havia como se dizer que a empresa era fictícia, frisou que a investigação fiscal foi decorrente de denúncia feita por uma ex-funcionária que o denunciou. Disse que havia erro na indicação da base de cálculo do ICMS cobrado em relação ao exercício de 2002. Sustentou que o crédito fiscal considerado (8%) estava errado, pois a alíquota interestadual era de 12%. Destacou que não foram computados valores recolhidos, conforme DAEs que acostou ao processo. Pediu que o Auto de Infração fosse julgado nulo ou improcedente.

Na informação fiscal, a autuante explicou que o desenquadramento da empresa do regime do SimBahia foi baseado em investigação fiscal, conforme relatório anexado às fls. 15 a 37. Disse que, após a devida correção, foi excluído da autuação o montante referente ao exercício de 2004, o que reduziu a autuação de R\$ 196.371,27 para R\$ 137.572,59.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado reiterou as alegações anteriores e requereu que o Auto de Infração fosse julgado nulo ou improcedente.

Em pronunciamento à fl. 79, a autuante explicou que a base de cálculo referente ao exercício de 2002 era de R\$ 407.014,82, e, por um problema no sistema automatizado de emissão do Auto de Infração, tinha sido informada como sendo “zero”.

O processo foi convertido em diligência, para que a autuante elaborasse novo demonstrativo de débito e, posteriormente, fosse dada ciência ao autuado, concedendo-lhe o prazo de dez dias para pronunciamento. A diligência foi cumprida. O autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e do esclarecimento prestado pela autuante, porém não se pronunciou.

Na Decisão recorrida, as alegações de nulidade foram afastadas, pois a 1ª JJF considerou que a notificação acerca do lançamento atingiu o seu objetivo, que os dispositivos legais dados como infringidos estavam corretos, que o imposto não tinha sido cobrado com base em presunção e que o desenquadramento do regime do SimBahia obedeceu ao devido processo legal.

No mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$ 137.572,55. Salientou o ilustre relator que a base de cálculo do imposto cobrado em relação ao exercício de 2002 já tinha sido informada à fl. 5, não tendo sido grafada apenas no Auto de Infração e no Demonstrativo de Débito. Mencionou o relator que, mediante diligência, a autuante apresentou um novo demonstrativo de débito, consignando o valor da base de cálculo referente ao valor devido no exercício de 2002, do qual o autuado recebeu cópia.

Tendo em vista que a Decisão proferida em primeira instância desonerou o sujeito passivo em valor superior ao limite previsto no art. 169, I, “a”, “1” do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, reitera todos os argumentos contidos na defesa inicial.

O recorrente suscita a nulidade da autuação, pois entende que a notificação do lançamento feita a pessoa estranha à empresa dificultou o exercício do direito de defesa, tornando o prazo defensivo mais exíguo e mais difícil a compreensão da acusação.

Sustenta que a nulidade referente à base de cálculo do imposto cobrado em relação ao exercício de 2002 não deveria ter sido afastada, uma vez que só foi apresentada na diligência e, no entanto, não foi reaberto o prazo de defesa. Diz que foi por esse motivo que não teve condições de se pronunciar sobre a referida diligência.

No mérito, o recorrente destaca que a empresa autuada não foi criada com a interposição de pessoa, diz que a utilização de parentes é amplamente justificada, uma vez que Maria da Conceição Gomes Cardoso, sócia majoritária, precisava de pessoa de confiança na sua empresa, além de atender a um dever moral que todos os irmãos de procurar apoiar uns aos outros.

Explica que a caracterização da interposta pessoa deve atender à concorrência de três requisitos básicos: a utilização de nomes e registros legais de pessoa alheia; mirar objetivos fiscais ilícitos; favorecer a terceiro que mantém o controle e a direção da empresa. Ressalta que tais condições não acontecem no caso em tela, pois Maria da Conceição não se ocultou e, além, disso, é a controladora da sociedade, com mais de 90% do seu capital.

Diz que Judite Cardoso da Silva é real e única sócia de Maria da Conceição na empresa autuada, que o seu ingresso na sociedade se deu de forma regular e transparente e que a sua participação na empresa comprova que não era “laranja”. Frisa que tudo era real, verdadeiro e estava de acordo com a documentação apresentada. Afirma que na Decisão recorrida não foram examinados e nem refutados os argumentos defensivos, os quais negam a Judite a condição de pessoa interposta. Aduz que a autuação foi decorrente de denúncia feita por uma ex-empregada que, “comprovadamente, falsificou recolhimentos de DAE’s”.

Questiona a apuração do imposto, uma vez que entende ter direito à totalidade dos créditos fiscais referentes às operações anteriores, não podendo ficar limitado a 8%. Também questiona a cobrança do imposto retroativamente, conforme jurisprudência que transcreve.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 119 e 120, a ilustre representante da PGE/PROFIS, inicialmente, historiou o processo e, em seguida, afirmou que a autuante “*ao deixar de consignar no Auto de Infração e no demonstrativo de débito, ainda que por erro de sistema informatizado, o valor da base de cálculo de um exercício da infração apurada, obviamente resta impossibilitado ao contribuinte conhecer o montante do débito tributário*”.

Diz que, ao deixar de reabrir o trintídio legal, a Junta de Julgamento Fiscal promoveu o cerceamento do direito de defesa do recorrente, capitulado no art. 18, II, do RPAF/99. Dessa forma, a ilustre Parecerista considera que deve ser decretada a nulidade da Decisão recorrida, para que o contribuinte seja intimado acerca do resultado da diligência. Ao finalizar, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para decretar a nulidade da Decisão recorrida, ao teor do disposto no artigo 18, II, do RPAF/99.

Em despacho à fl. 122-V, a doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, ratifica o Parecer de fls. 119/120.

## VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual trata de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto.

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, pois entendia que a intimação do lançamento tinha sido feita à pessoa estranha ao quadro da empresa autuada, que havia erro na tipificação dos artigos dados como infringidos, que a descrição dos fatos era insatisfatória e que não foi reaberto o prazo de defesa após a diligência que corrigiu a base de cálculo do imposto referente ao exercício de 2002.

Afasto as nulidades suscitadas relativamente à intimação efetuada, à tipificação da infração e à descrição dos fatos. A primeira afasto porque a intimação efetuada atingiu o seu objetivo; a segunda, porque não havia erro na tipificação dos dispositivos dados como infringidos; a terceira, porque a descrição dos fatos era satisfatória e deixava evidente o enquadramento legal. Todavia, a preliminar de nulidade referente à falta de reabertura do prazo de defesa merece ser acolhida, conforme passo a me pronunciar.

Os demonstrativos de fls. 1 e 3, em relação ao exercício de 2002, não traziam o valor da base de cálculo do imposto cobrado. Essa omissão no lançamento só foi suprimida mediante a diligência de fls. 85 a 88. No entanto, após o atendimento da diligência, somente foi concedido ao recorrente o prazo de dez dias para pronunciamento. Considerando que o valor da base de cálculo do imposto já deveria ter sido informado no momento da notificação do lançamento, deveria ter sido reaberto o prazo de defesa em sua totalidade (30 dias).

Comungando com o opinativo da ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que está claro que a Decisão recorrida foi proferida com cerceamento do direito de defesa, o que acarreta a sua nulidade, ao teor do disposto no artigo 18, II, do RPAF/99. Deverão os autos retornar à Primeira Instância para que seja reaberta a instrução do processo, no sentido de que seja o recorrente intimado a se pronunciar sobre o resultado da diligência solicitada à fls. 82 no prazo de trinta (30) dias e, em seguida, seja proferida nova Decisão.

Observe, ainda, que além do saneamento referente à nulidade citada acima, o processo também carece de saneamento quanto à comprovação do regular desenquadramento do recorrente do

Regime do SimBahia. Dessa forma, sugiro que a Primeira Instância solicite à INFAZ VAREJO os documentos que comprovem: a) que o recorrente foi regularmente notificado do relatório de fls. 15 a 37, com a concessão do prazo regulamentar para pronunciamento; b) os atos praticados relativamente ao desenquadramento do recorrente do Regime do SimBahia (autorização do Inspetor Fazendário e ciência ao recorrente do desenquadramento realizado).

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e nova Decisão.

Tendo em vista a decretação da NULIDADE da Decisão recorrida, fica PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 110120.0003/07-0, lavrado contra **COLD AIR COMERCIAL LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para saneamento e nova decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS