

A. I. N° - 128859.0103/06-9
AUTUADO - CARRO CHEIO AUTO PEÇAS LTDA.
AUTUANTES - EZILBERTO DE BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06.04.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0063/02-10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia: **a)** acusações fiscais imprecisas; **b)** multa em desconformidade com o fato apurado; **c)** falta de demonstrativo e das notas fiscais que originam o lançamento; **d)** indicação incorreta da data do fato gerador; **e)** omissão de quais documentos fiscais não foram escriturados; **f)** faltam provas do cometimento; **g)** a ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do tributo. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou demonstrada, após diligências, a impossibilidade prática e jurídica de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2006, e reclama ICMS e MULTA o valor total de R\$139.087,98, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$119.785,41, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no período de fevereiro de 2003 a dezembro de 2004, conforme documentos às fls. 07 a 32.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$16.624,68, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, e outubro a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 33 a 44.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 2.677,59, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos anexos.

O autuado em sua defesa às fls. 138 a 140, aduz que a sua atividade de comércio varejista de peças e acessórios para veículos automotores (CNAE 5030003), está enquadrada no Anexo 88 do RICMS, e cujo art.356 determina que o pagamento da antecipação tributária seja efetuado nas entradas das mercadorias com margem de valor agregado de 35%, ficando, por conseguinte, desonerado do tributo por ocasião da saída das mercadorias.

Quanto a infração 01, alega que não existe qualquer divergência no valor do imposto recolhido no período do lançamento, tendo apresentado para elidir a acusação fiscal, planilhas mensais acompanhadas das respectivas guias de recolhimentos (fls. 146 a 341).

Com relação à infração 02, o defendente diz que o imposto reclamado foi devidamente recolhido, conforme cópias de DAE's e respectivas notas fiscais às fls. 343 a 403.

Sobre a infração 03, destaca que está sendo acusado de entradas não registradas no total de R\$140.122,26, porém, não foi juntado ao processo nenhum documento probatório ou memória de cálculo que possibilitasse a sua defesa. Fêz a juntada de cópias das folhas do livro RAICMS para argumentar que todas as entradas de 2003 e 2004 estão escrituradas nos livros fiscais (fls. 405 a 428).

Ao final, pede que seja acatada sua impugnação.

Na informação fiscal à fl. 432, o autuante diz que da leitura da peça defensiva depreende-se que o contribuinte anexou, em sua maioria, notas fiscais que não foram objeto do levantamento efetuado. Esclarece que após a exclusão de novas planilhas, com a conseqüente retirada das notas fiscais verdadeiramente provadas pela defesa, resultou na diminuição dos valores das infrações apontadas.

Concluindo, ratificou o seu procedimento fiscal, pugnando pela procedência em parte do Auto de Infração.

Considerando que o autuante ao prestar a sua informação fiscal (fl. 432), demonstrou ter examinado a documentação apresentada na defesa para elidir as acusações fiscais (fls. 146 a 428), e disse que após a confecção de novas planilhas, com a retirada das notas fiscais onde foi comprovado o pagamento do imposto, resultou na diminuição dos valores das infrações apontadas.

Considerando que não foram juntadas ao processo as planilhas que o autuante alegou ter elaborado, na pauta suplementar do dia 15/04/08 (fl. 436), o processo foi convertido em diligência para que o autuante:

1. Juntasse ao processo os demonstrativos das infrações 01, 02 e 03, separadamente, com as devidas correções.
2. No caso da infração 03, indicasse quais as notas fiscais que deixaram de ser lançadas no Registro de Entradas, haja vista que não existe no processo nenhum demonstrativo nesse sentido.
3. Esclarecesse porque os débitos apurados, constantes às fls. 45 a 53, referentes ao exercício de 2004, não fizeram parte do auto de infração na infração 02.

Foi recomendado à Infaz de origem que após o cumprimento da diligência por parte do autuante, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, para a ampla defesa e o contraditório, mediante a entrega dos seguintes documentos: a) demonstrativos às fls. 07 a 44; b) informação fiscal prestada por força do pedido de diligência; c) demonstrativos juntados por ocasião da diligência; e o despacho de diligência à fl. 436.

O autuante presta informação fiscal à fl. 437, na qual informa que atendeu ao pedido formulado pelo órgão julgador, tendo elaborado novas planilhas com a conseqüente retirada das notas fiscais provadas na defesa, resultando na diminuição do débito, conforme planilhas anexas.

Conforme intimação e AR dos correios (fls. 458 a 459), o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal e dos novos elementos a ela anexados, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, porém, no prazo estipulado não se manifestou.

Considerando o não cumprimento integral da diligência conforme despacho à fl. 436, foi proposta pelo Relator e acolhida pelos membros da 2ª JJF, em retornar o processo para a reabertura do prazo de defesa após o autuante adotar as seguintes providências constantes no despacho de diligência à fl. 463, quais sejam:

Elaborasse demonstrativo da infração 01, com a indicação, mês a mês, das parcelas que foram declaradas no RAICMS; os valores recolhidos e a diferenças a recolher que foram lançadas no demonstrativo de débito do auto de infração.

1. Elaborasse demonstrativo de débito da infração 02, resultante das alterações constantes nos demonstrativos às fls. 438 a 455.
2. Esclarecesse quais as notas fiscais que deixaram de ser lançadas no Registro de Entradas, apresentando o respectivo demonstrativo dos valores que serviram de base para a aplicação da multa do item 03..

Em virtude do autuante se encontrar lotado em outra Diretoria, a diligência foi realizada por outro Auditor Fiscal designado, conforme informação à fl.465, nos seguintes termos:

- “1- Conforme solicitado por diligência fiscal, procedi aos levantamentos e fiz os demonstrativos, que estão em Anexo I/2003. Nesse anexo, consta o valor do ICMS devido, o ICMS pago e o saldo de ICMS apurado a recolher. Com relação à infração nº 01, ou seja, 03.01.01 - os valores em demonstrativos mensais, totalizaram a recolher R\$38.875,73 com relação ao ano de 2003. O preposto fiscal autuante não havia abatido os valores pagos de ICMS em cada mês.
- 2- Com relação ao ano base de 2004, com o mesmo Anexo I/2004, e os mesmos demonstrativos da infração 01, ou 03.01.01, totalizaram o valor de R\$19.726.65. Da mesma forma, o preposto fiscal autuante não havia abatido os valores de ICMS pagos em cada mês.
- 3- Com relação à infração 2, ou 02.01.02 - conforme DEMONSTRATIVO ANEXO I/2004, com apuração mês a mês, o total a recolher do ano base de 2003, resultou no valor final de R\$4.851,98;
- 4- Ainda conforme o mesmo demonstrativo Anexo I/2004, e valores apurados mês a mês, o valor total do ano resultou em R\$11.524,85 a recolher;
- 5- Acompanha a presente informação, as Planilhas com os demonstrativos, os ANEXOS I/2003 e I/2004, com notas explicativas sobre cada anexo e valor apurado.”

Conforme intimação e Ar dos Correios, fls.485 e 486, o sujeito passivo foi cientificado do resultado diligência fiscal, porém, não se manifestou no prazo estipulado de 30 (trinta) dias.

VOTO

As infrações que originaram a autuação são decorrentes de: recolhimentos a menos do imposto declarado no RAICMS (infração 01); falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente a aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária - Anexo 88 do RICMS (infração 02); e falta de escrituração de notas fiscais no Registro de Entradas, de mercadorias não tributáveis (infração 03).

Na análise das peças processuais, constatei que na formalização do lançamento foram cometidos os equívocos a seguir relacionados:

- a) a multa da infração 02 (70%) não está de conformidade com o fato verificado – falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária;
- b) não existe nenhum demonstrativo de quais foram as notas fiscais que não foram lançadas no Registro de Entradas, nem foram anexadas as cópias especificadas no Relatório do CFAMT;
- c) não existe nenhum demonstrativo especificando como foram apurados os valores da infração 01;
- d) na infração 02, os débitos nos valores de R\$1.210,56 e R\$635,47, se referem aos meses de novembro e dezembro de 2003 e foram consignados no demonstrativo dos meses de novembro e dezembro de 2004;

- e) constam no processo demonstrativos, fls. 45 a 53, referente a falta de antecipação tributária no ano de 2004, no total de R\$ 16.509,75, alterado para o valor de R\$11.526,80 na diligência, sem ter sido incluído no demonstrativo de débito;
- f) apresenta Relatório do CFAMT listando diversas notas fiscais, fls. 57 a 73, provavelmente para fundamentar a infração 03, porém, não junta levantamento especificando quais notas fiscais não foram lançadas e nem juntou as respectivas cópias.

Conforme relatado, a defesa está centrada na alegação de que, por exercer a atividade econômica de comércio varejista de peças e acessórios para veículos automotores (CNAE 5030003), o imposto do período referente às mercadorias adquiridas foi recolhido pelo regime e antecipação/substituição tributária, ficando, por conseguinte, desonerado do tributo por ocasião da saída das mercadorias, e que todas as suas operações encontram-se registradas nos livros fiscais, tudo conforme guias de recolhimentos e cópias de livros fiscais anexados à peça defensiva, além de ter alegado que não tem como se defender da infração 03, pois não foi apresentada qualquer planilha de cálculo.

O autuante, por seu turno, acolheu as provas apresentadas na defesa, e disse ter refeito as planilhas que originaram os valores lançados em cada item, inclusive, que após a confecção de novas planilhas, com a conseqüente retirada das notas fiscais que verdadeiramente provada pela defesa, resultou na diminuição dos valores das infrações apontadas.

Contudo, apesar disso, na fase de instrução foi verificado que o autuante nada anexou à sua informação fiscal, impossibilitando a determinação do valor devido de cada infração, ensejando a necessidade de baixar o processo em diligência à Infaz de origem, para que o mesmo juntasse as planilhas que disse ter anexado, conforme despacho à fl. 436.

O autuante presta informação fiscal à fl. 437, porém atendeu parcialmente o pedido do órgão julgador, tornando necessário o encaminhamento do processo, mais uma vez, para que o mesmo juntasse ao processo o demonstrativo da infração 01; o demonstrativo de débito da infração 02 após os ajustes que foram realizados; e informação de quais foram as notas fiscais sem lançamento no Registro de Entradas de que cuida a infração 03.

Auditor Fiscal estranho ao feito, atendendo ao pedido de diligência do órgão julgador presta informação em lugar do autuante, fl. 465, chega a novas conclusões, faz referência a dois Anexos I/2003 e I/2004, onde diz conter notas explicativas sobre cada anexo, porém, não juntou qualquer anexo ou demonstrativo de sua conclusão.

Cumprir observar que alguns dos equívocos acima citados são de caráter meramente formais, e poderiam muito bem ser corrigidos por esta 2ª JJF, contudo, na fase de instrução do processo, após diversas tentativas, sem êxito, em sanar o processo nas questões formais, bem assim, outras questões relacionadas com valores que deixaram de ser considerados no levantamento fiscal, conforme pedidos de diligência às fls. 436 a 463.

Desta forma, na atual fase em que se encontra o processo, este não oferece certeza e liquidez do crédito tributário, indo de encontro com o devido processo legal, pois dificulta o exercício da ampla defesa e do contraditório, impondo a nulidade do lançamento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **128859.0103/06-9**, lavrado contra **CARRO CHEIO AUTO PEÇAS LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Dec. Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR
ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR
FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR