

PROCESSO - A. I. Nº 128859.0103/06-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARRO CHEIO AUTO PEÇAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO -Acórdão 2ª JF nº 0063/02-10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/03/2011

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0012-12/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública Estadual, impugnando a Decisão de primeira instância que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2006, no qual era cobrado ICMS e MULTA no 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 desconcontro 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 à infração 1, 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 2, 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 3, 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. Fez 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 consequente 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 1, 2 e 3, separadamente, com as devidas correções.
2. No caso da infração 3, 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 2.

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 consequente 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 JF, 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 1, 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 2, 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 3.

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 1, 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 1, 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.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal exarou sua Decisão a respeito do caso, julgando como nulo o Auto de Infração em lide, e utilizou os segundos argumentos para justificar esta Decisão:

“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 de débito como sendo 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 consequente 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.

Cumpra observar que alguns dos equívocos acima citados são de caráter meramente formais, e poderiam muito bem ser corrigidos por esta 2ª JF, 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.”

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

VOTO

Compulsando os autos, pude verificar que reparo algum merece a Decisão de 1ª Instância, haja vista a ocorrência de diversas falhas formais constantes no presente PAF, já expostas pela 2ª JF em sua Decisão, que transcrevo, a seguir, na íntegra, para melhor elucidar a minha assertiva acima:

- 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 de débito como sendo 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.*

Ora, analisando tais fatos, percebe-se, com meridiana clareza, que o autuante não se fez valer de meios probatórios consistentes e da devida observância das formalidades legais, capazes de comprovar e respaldar as infrações por ele lavradas contra o sujeito passivo.

Na sua informação fiscal, deixou de anexar os documentos necessários para a determinação do valor devido de cada infração. Sendo assim o processo teve de ser encaminhado à INFAZ de origem, conforme despacho consignado à fl. 436 dos autos.

O autuante prestou novamente informação fiscal, entretanto, não atendeu corretamente e por completo as exigências da Junta de Julgamento Fiscal, o que resultou em novo encaminhamento do processo para que fosse juntado o demonstrativo das infrações 1 e 2; no que tange à infração 3, solicitou-se a informação de quais foram as Notas Fiscais sem o devido lançamento no Registro de Entradas.

Após uma nova análise do caso, auditor estranho ao feito alegou ter chegado a novas conclusões, as quais constam nos anexos I/2003 e I/2004, entretanto, nenhum deles foi juntado ao processo, resultando, assim, em meras alegações, sem nenhum meio de prova que as respalde, deixando o processo eivado de presunções não comprovadas.

Sendo assim, estou cômico de que a autuação foi feita de modo impreciso, sem a devida preocupação com os meios probatórios e formais, de forma a garantir a necessária precisão para a justa materialização da justiça fiscal, restando falhas notórias no que se refere, inclusive, ao real montante do crédito tributário, incorrendo, assim, em NULIDADE do lançamento de ofício, com fulcro no que preceitua o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Entretanto, recomendo à elaboração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas e omissões, de modo a se garantir o direito à ampla defesa, do contraditório e a busca da verdade material e justiça fiscal.

Por tudo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **128859.0103/06-9**, lavrado contra **CARRO CHEIO AUTO PEÇAS LTDA**. Recomenda-se novo procedimento fiscal referente às infrações julgadas nulas.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS