

PROCESSO	- A. I. N° 102148.0013/10-0
RECORRENTE	- DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EBENEZER LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0033-02/11
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 19/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0202-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. CERCEIO AO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. O PAF deve retornar à Primeira Instância por não ter sido acatada a redução do débito feita pelo autuante, sendo que não afasta a mácula de nulidade que inquina a Decisão recorrida, devendo ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, nos termos do art. 18, II do RPAF/BA, depois intimar o sujeito passivo a se manifestar quanto aos novos elementos apresentados pelo autuante. Retorno dos autos à Primeira Instância. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF - através do Acórdão JJF n° 0033-02/11 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, referente aos exercícios de 2005 e 2006.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF manteve a autuação aos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“...O presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS, apurado através do arbitramento da base de cálculo do aludido imposto. Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, quanto à preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado foi intimado por diversas vezes, conforme se pode verificar nos documentos próprios às páginas 9 até 15, deste PAF, quando lhe foi solicitado os livros e documentos fiscais. Além disso, o contribuinte protocolou uma Declaração junto à SEFAZ, à página 18, deste PAF, que informa que “Declara nesta oportunidade a impossibilidade de atendimento a solicitação desta repartição para que seja procedida a fiscalização através do seu preposto o Sr. Marcos Venicius Barreto Magalhães pelo motivo de que o profissional contábil responsável pela contabilidade o Sr. Marcelo Alves Macedo não realizou a escrituração contábil e fiscal de todas as empresas do grupo embora tenha recebido para tal.”. Consta outra Declaração deste mesmo contribuinte, à página 19, deste PAF, quando afirma que “... nesta oportunidade protocolar junto a esta repartição a publicação no jornal Atarde de 02.04.2010 o extravio e perda da documentação mencionada na referida.” O autuado, também, foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais após a apresentação da sua defesa, não apresentando os documentos fiscais. O autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, cabendo das aludidas considerações tanto para o exercício de 2005 como no exercício de 2006. Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, notadamente em razão da não apresentação de notas fiscais de saídas pelo autuado, restando à impossibilidade de se efetuar qualquer roteiro de fiscalização ou verificação consistente, conforme será melhor alinhado no mérito. A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, ali-

nhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade. É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas ou mesmo quanto às argüições relativas à atualização monetária, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA. No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez o autuante e determinam as normas subsumidas no RICMS/97:

“Art. 408-S”. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

“Art. 915”. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”)

IV - 100% do valor do imposto:

i) quando o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, inclusive em estabelecimento não inscrito, exceto na hipótese de sinistro no estabelecimento, caso em que se aplica a multa prevista no inciso II. (destaque do relator)

Quanto ao mérito, à luz do e 408-R do RICMS/BA, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, determinava que “Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento.”, bem como o art. 937, inciso I, do RICMS/97, alinha que a falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, é razão bastante para o arbitramento da base de cálculo. Verifico, no presente caso, que o autuado, em relação aos dois exercícios fiscalizados não apresentou os documentos fiscais de saídas, conforme intimações que o autuante apresenta anexadas aos autos e a própria declaração do autuado fornecida a essa SEFAZ, conforme alinhado na análise das argüições de nulidade, do presente voto, bem como à página 20, deste PAF, a cópia do jornal A TARDE, que contém a Declaração deste contribuinte cujo conteúdo informa que houve extravio dos documentos: “Registro de saída 2004, 2005 e 2007; Inventário 2004, 2005 e 2006; Livro utilização de documentos fiscais; Livro diário e razão 2004 a 2006; Talões de notas fiscais...”. Além de o autuante efetuar nova intimação, após a apresentação da defesa, para apresentação dos livros e documentos fiscais, não apresentando o autuado os documentos fiscais, apenas os inventários de 2005 e 2006. Considero razoável analisar a possibilidade de se efetuar outro roteiro de fiscalização quando os livros fiscais não são entregues a fiscalização ou não são escriturados, pois os mesmos refletem as operações registradas nos documentos fiscais, se os documentos fiscais são disponibilizados à fiscalização, todavia, sem tais documentos, notas fiscais ou cupons fiscais, que registram cada operação realizada pelo autuado com todos os detalhes que permitem a certificação das respectivas operações, não há como se ter certeza da correção ou da legitimidade dos livros fiscais, razões pelas quais não acolho os inventários apresentados pelo autuado, após sua impugnação, inclusive sem as devidas retificações das DME e DMA, utilizadas no cálculo do imposto efetu-

ado pelo autuante, bem como considero o arbitramento o único Decisão legal para se apurar a base de cálculo no presente caso. Deste modo, não concordo com o entendimento do sujeito passivo de que poderiam ser adotados outros procedimento fiscais. Não há o que corrigir no arbitramento efetuado pelo autuante, em seus valores originais, considerando o fato de que optou pela aplicação do art. 938, I, alínea “b” do RICMS/BA, não havendo razão para as arguições do autuado quanto ao preço unitários de seus produtos, já que foi apurado o custo das mercadorias vendidas com aplicação do MVA de 60%. Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 347 a 367 – através de advogado regularmente constituído, onde requer em preliminar a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, em face da JJF não ter lhe dado ciência da informação fiscal de fls. 259 a 262 dos autos, onde foi apresentado novo demonstrativo de débito, caracterizando inobservância do princípio constitucional da ampla defesa, já que não lhe foi oferecido oportunidade para se manifestar sobre tal informação fiscal e os novos elementos nela trazidos.

Também, em preliminar, requer a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que falta clareza de liquidez no lançamento, já que os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

No mérito, alega ser improcedente o Auto de Infração, pois se encontrava na época dos fatos geradores da autuação na condição de microempresa, efetuando o pagamento do imposto através de valores fixos mensais, tendo como referência sua receita bruta ajustada declarada na DME do ano anterior, devidamente apresentada, assim como efetuou o imposto a título de antecipação parcial, conforme comprovam os documentos de arrecadação apresentados. Aduz que apresentou demonstrativo referente aos meses de janeiro a dezembro de 2005, que reproduz em sua peça recursal, onde entende restar demonstrado que não há diferença de recolhimentos.

Alega que solicitou diligência para que fosse elaborado Parecer técnico detalhando mês a mês o seu recolhimento na condição de microempresa – SimBahia, entendendo necessário que os autos retornem à JJF para que esta proceda a referida diligência, ao tempo que alega que os valores das compras do exercício de 2005 informados pelo autuante não condizem com os valores das compras efetivamente realizadas pelo estabelecimento.

Contesta a multa aplicada – inciso IV, “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 - entendendo que seria devida a multa disposta no art. 42, inciso XII-A do mesmo diploma legal. Ao final da peça recursal, alega ser confiscatória a multa aplicada e, ainda, indevida a atualização monetária, que entende somente poderia ser devida quando existir dívida líquida, certa e exigível, já vencida e não paga.

Contesta, ainda, a exigência fiscal em relação ao exercício de 2006, alegando que o autuante arbitrou o preço de venda da mercadoria por um valor superior àquele efetivamente praticado pelo estabelecimento, mas não logrou comprovar que o preço não foi aquele que constava dos seus documentos fiscais, ao tempo que apresenta demonstrativo de cálculo de formação dos seus preços de vendas e a forma como operacionaliza suas vendas.

Alega que todo o ICMS devido foi pago pela empresa, conforme atesta a documentação juntada os autos e as declarações – DMA e DME – apresentadas ao Fisco. Aduz, ainda, que o autuante modificou na informação fiscal o valor inicialmente exigido no Auto de Infração, mas o acórdão da JJF manteve o valor original.

Em opinativo de fl. 376, a PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário consignando que ainda que a JJF não tenha acatado os novos números apresentados pelo autuante em sua informação fiscal de fls. 259 a 262, tal manifestação, que se fez acompanhar de novos elementos, como planilhas, cópias de livros fiscais e novas intimações ao contribuinte, deveria ter sido disponibilizada ao contribuinte autuado, restando claro o cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório. Assim, conclui opinando pela decretação da nulidade da Decisão recorrida, para que o contribuinte tenha a oportunidade de se manifestar sobre a informação fiscal prestada e os documentos que acompanham.

Em despacho de fl. 377, a procuradora assistente da PGE/PROFIS acolhe o opinativo em tela, encaminhando o processo ao CONSEF, para julgamento por uma das suas CJF.

VOTO

Determina o §7º do art.127 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 – abaixo transscrito, que se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, deverá ser dada ciência ao sujeito passivo destes novos elementos, para que este se manifeste no prazo de 10 dias.

“Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

§ 7 Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18”.

Assim, assiste razão ao recorrente ao alegar que houve cerceio ao seu direito de defesa, visto que muito embora na informação fiscal tenha o autuante efetuado novos cálculos que redundaram em débito inferior ao inicialmente lançado, com elaboração de novas planilhas e anexação aos autos de novos documentos, bem como novas intimações ao contribuinte para apresentação destes novos documentos, refazendo o arbitramento, como se verifica às fls. 259 a 327, não lhe foi dada ciência para se manifestar sobre tal informação, contrariando o dispositivo regulamentar acima transscrito e, com isso, ferindo o devido processo legal, com evidente e manifesto cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Registre-se que, como bem ressaltou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS, o fato da JJF não ter acatado a redução do débito feita pelo autuante, não afasta a mácula de nulidade que inquina a Decisão recorrida, devendo ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente para declarar nula a referida Decisão, nos termos do art. 18, II do RPAF/BA, abaixo transscrito.

“Art. 18. São nulos:

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para decretar a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo os autos retornar para a 1ª Instância para que seja proferida nova Decisão, depois de intimado o sujeito passivo a se manifestar quanto aos novos elementos apresentados pelo autuante, no prazo disposto no §1º do art. 18 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 102148.0013/10-0, lavrado contra **DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EBENEZER LTDA.**, retornando-se os autos a 1ª Instância para que seja proferida nova Decisão, após ciência ao sujeito passivo da informação fiscal, com abertura de prazo para se manifestar quanto aos novos elementos apresentados pelo autuante.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS