

PROCESSO	- A. I. N° 108580.0910/09-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- REMPLARI EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0106-02/11
ORIGEM	- INFAC INDÚSTRIA
INTERNET	- 09/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0258-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO DO PRÍNCIPIO DO CONTRADITÓRIO. NOVO JULGAMENTO. Ausência de ciência aos autuantes do resultado da diligência realizada, impossibilitando que estes se manifestassem a respeito do quanto apurado na diligência, a qual, se traduziu em peça fundamental para o julgamento. Ofensa do art. 149-A do RPAF/BA. Devolução dos autos à Primeira Instância, para novo julgamento. **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, apresentado contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 29 de setembro de 2009, o qual exige ICMS de R\$1.862.525,42 além de multa nos percentuais de 60%, 70% e 100%, relativo a quatro infrações, das quais são objeto do recurso as de número 1, 2 e 3:

INFRAÇÃO 1: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem apresentação do documento comprobatório do direito ao mesmo. ICMS no valor de R\$49.650,13, multa de 60%. Infração verificada no mês de novembro de 2005, e junho a setembro de 2007;

INFRAÇÃO 2: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente, no valor de R\$ 12.093,29, multa de 60%, fato verificado em dezembro de 2005;

INFRAÇÃO 3: Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilatação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em de acordo com a legislação do programa Desenvolve, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. Consta que o sujeito passivo utilizou indevidamente na apuração mensal do saldo devedor pela transferência de mercadoria adquirida de terceiros ferindo o princípio do benefício fiscal já mencionado. ICMS no valor de R\$ 1.797.073,45, multa de 100%, ocorrência verificada de março a agosto e outubro a dezembro de 2008;

Inconformado, o sujeito passivo interpôs defesa administrativa, contestando os termos do lançamento (fls. 198 a 206), acostando diversos documentos que elidiram, no seu entendimento, a acusação fiscal. Informação fiscal de fls. 247 a 249, após analisar a argumentação e demais elementos trazidos na defesa, mantém o lançamento.

Distribuído para a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o feito foi convertido em diligência, a fim de que estranho ao feito analisasse os elementos trazidos ao processo pelo sujeito passivo, na busca da verdade material (fl. 252). Ao final da solicitação, o diligente determina que “*Após a diligência, deverá ser entregue ao autuado, mediante recibo específico, cópia do Parecer e dos novos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo diligente, oportunidade em que devem ser solicitadas ao autuado as peças defensivas através de mídia eletrônica*”.

E prossegue: “*Deverá ser informado ao autuado do prazo de 30 (dias) dias, para, reabertura da defesa, a respeito do resultado da diligência*” (grifos e redação originais), finalizando com a seguinte determinação: “*Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante*”.

Em atendimento ao solicitado, a ASTEC/CONSEF realizou a diligência (fls. 254 a 257), onde conclui que a infração 1, os documentos apresentados elidiriam a infração, ao passo que a infração 3 teve o seu valor reduzido, na forma das planilhas de fls. 260 a 272. Despacho da Coordenadora da ASTEC/CONSEF de fls. 273, determina “...cientificar o **autuado e autuante** para se manifestar, querendo...”.

Intimação dirigida ao autuado, datada de 28 de dezembro de 2010, (fl. 276), entregue pelos Correios através de Aviso de Recebimento (fl. 277), em 30 de dezembro de 2010, reabre seu prazo de defesa.

Não consta nos autos, qualquer intimação dirigida aos autuantes.

O sujeito passivo ingressou com manifestação em relação ao resultado da diligência em 30 de março de 2010 (fls. 281a 288), extrapolando o prazo de reabertura de defesa concedido, onde, basicamente, reprisa os argumentos defensivos.

Devidamente instruído, conforme o considerou o relator do feito (fl. 279), foi o processo submetido a julgamento em 28 de abril de 2011, resultando no Acórdão 0106-02/11 (fls. 293 a 302), sendo o processo julgado procedente em parte, razão pela qual foi apresentado o Recurso de Ofício.

A Decisão recorrida, resumidamente, lastreou-se nos seguintes argumentos, cujos trechos mais importantes passo a transcrever:

“(...) O autuado apresenta as notas fiscais não acolhidas pelo autuante, sob a alegação de que as mesmas são cópias não são os originais. A diligência solicitada a ASTEC/CONSEF, após ter acesso aos originais das aludidas notas fiscais, conclui que as mesmas amparam os créditos fiscais lançados pelo sujeito passivo, restando, por conseguinte, a improcedência da inflação 01.

A infração 02 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. No presente caso o autuado considera irregular o cancelamento tendo em vista que as notas fiscais foram destinadas ao Piauí e ao Ceará, contudo não anexas às aludidas notas para confirmar tais acusações, tendo em vista, segundo suas palavras: “... na verdade, as Notas Fiscais foram efetivamente emitidas e tiveram curso para os estados do Piauí e Ceará como provam os documentos do CFAMT pagina 38 do PAF. Infelizmente, por inoperância do Sistema CFAMT na atualidade, não foi possível anexar ao presente PAF as referidas Notas Fiscais e o Contribuinte não juntou ao processo as outras vias das Notas Fiscais canceladas.”.

Assim, sem a apresentação das notas e diante da impossibilidade de apresentá-las, que se constituem na prova material das alegações do autuante de que as mesmas foram indevidamente canceladas, conforme a palavras do autuante, não pode prosperar a presente exigência fiscal.

Diante do exposto, não cabe a manutenção da infração 02.

Em relação à infração 3, o voto do julgador de primeiro grau afirma: “...Cabe razão ao diligente ao expurgar os valores que não foram alvo do incentivo do DESENVOLVE, bem como afirma, em relação à planilha (fl. 28) elaborada pelos Autuantes que dão sustentação à Infração 03, que os valores apontados no Demonstrativo de Débito (fl. 02) da Infração 03 decorre do somatório das Colunas “ICMS a Menor” e “ICMS Dilatado”. Entende, acertadamente, que a coluna “ICMS a Menor” corresponde aos valores do ICMS não incentivado, caracterizado como ICMS Normal. A coluna “ICMS Dilatado” corresponde ao ICMS incentivado na forma da Resolução (fl. 195) expedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE em que autoriza 72 (setenta e dois) meses para seu pagamento. Daí a divergência na composição do Demonstrativo de Débito da Infração 03 apurado por este trabalho de diligência R\$1.240.200,37 e o apurado pelos Autuantes R\$1.797.073,45... Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 03, em conformidade com os valores apurados pelo diligente e a planilha acima referida, no valor de R\$ 1.240.200,37”.

À vista de tais análises, o Auto de Infração foi julgado parcialmente procedente, reduzindo o débito inicialmente lançado, tendo a Junta de Julgamento Fiscal recorrido de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos contidos no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

VOTO

É objeto do Recurso de Ofício, a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, reduzindo os valores originalmente lançados nas infrações 1 a 3.

Inicialmente, antes de adentrar na análise do mérito do lançamento tributário, é obrigação do julgador examiná-lo sob o ponto de vista formal, devendo adentrar no mérito após a constatação de que não há nenhum óbice daquela natureza que implique na nulidade do mesmo.

Por tal razão, ao apreciar o Auto de Infração para checar se o mesmo preencheria as formalidades legais previstas, ou seja, se obedece aos princípios do devido processo legal e ampla defesa do sujeito passivo e do contraditório, por exemplo, constato que o feito apresenta vício processual insanável, uma vez que o seu julgamento foi totalmente embasado na diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, conforme se depreende da leitura do voto proferido pelo julgador de 1ª Instância.

Observo que a solicitação da diligência levada a efeito, determinava na sua conclusão, a reabertura do prazo de defesa. Ora, com essa reabertura, subtende-se que o sujeito passivo poderia apresentar novos argumentos, à vista do resultado da diligência, bem como os autuantes, de igual forma, poderiam ou não, concordar com as conclusões da mesma, vez que, na informação fiscal inicial mantiveram o lançamento, tal como originalmente realizado, defendendo o trabalho realizado com veemência e combatividade.

Por outro lado, a Coordenadora da ASTEC/CONSEF, ao encaminhar o resultado da diligência, textualmente afirma que deve a repartição competente “*cientificar o autuado e autuante para se manifestar, querendo*”.

Veja que temos em tal assertiva, dois fatos: um o da ciência; e o outro o da manifestação das partes, assim desejando. O primeiro deles deve ser necessariamente praticado pela administração pública, em obediência aos princípios da publicidade dos atos administrativos, do contencioso, do direito à ampla defesa, e de outros mais, devidamente consagrados no artigo 5º da Constituição Federal. Já o segundo, depende apenas de ato volitivo das partes, de aceitar ou não os termos postos na diligência. Uma constatação é inevitável: a possibilidade de praticar o segundo ato depende, necessariamente, da realização do primeiro. Não ocorrendo aquele, este não será possível.

Não se questiona aqui, o fato de ser a manifestação do sujeito passivo, intempestiva ou não. De fato, ela foi flagrantemente apresentada fora do prazo legal. O que se coloca em xeque, é a não prática de ato, pela administração, que estaria obrigada a fazê-lo. Não se perquere, também, que a manifestação apresentada seja ou não mera repetição da defesa anteriormente colacionada aos autos. O que se observa é o mero cumprimento de determinação legal, com efeitos sobre a validade do ato praticado.

Como já devidamente observado no relatório acima, não se percebeu em qualquer das peças processuais, a imprescindível cientificação dos autuantes, quanto aos resultados da diligência fiscal realizada, o que se traduz em prejuízo para o curso do processo, vez que, os mesmos não puderam argumentar em relação à mesma.

Tal omissão se caracteriza em infração aos termos contidos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, seu artigo 149-A, o qual reza que se a diligência implicar fatos novos, com juntada de demonstrativos ou provas documentais,

o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo e ao autuante, observado o disposto no § 1º do art. 18.

Dessa forma, vislumbro caracterizada a hipótese de nulidade do ato, por força do disposto no artigo 18, inciso II, que preceitua serem nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Por seu turno, o entendimento pacificado nesta Corte, quando da apreciação de casos semelhantes, tem sido no sentido de anular o julgamento, retornando o feito para a instância inferior, para a realização ou repetição do ato, dependendo do caso concreto. E nessa hipótese, não poderíamos agir de modo diferente.

Assim a Decisão proferida merece o devido reparo, razão pela qual deve ser anulada, retornando o processo à Primeira Instância, a fim de que sejam sanadas a falha processual apontada, de forma que seja garantido às partes o exercício do lídimo direito de exercício da ampla defesa, através de novo julgamento. Por tal motivo voto no sentido de que seja declarada NULA a Decisão recorrida, com o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento. Em sequência resta PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida *vénia* do ilustre Conselheiro Relator, me permito divergir do seu entendimento acerca do presente Recurso de Ofício, em apreciação por esta egrégia 2ª CJF, ao considerá-lo prejudicado por força da sua arguição de nulidade do Auto de Infração acima epigrafado.

Estou cônscio de que a ausência da intimação da parte autuante para tomar ciência do resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF em nada compromete a validade da autuação para fins de apreciação do mérito exarado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ressalto que o resultado da diligência constitui-se em ato produzido pela administração pública, o qual foi devidamente apreciado em 1º grau, através da supracitada Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, que se constitui em órgão da administração pública e competente para nova análise da autuação, na busca da verdade material e da justiça fiscal.

Ora, o que está se buscando, volto a frisar, é a verdade material, e o que se vislumbra dos autos é que esta foi respeitada na medida em que a diligência requerida pela 2ª JJF foi também produzida por Auditor Fiscal capacitado para tanto, sendo tal diligência apreciada por uma qualificada Junta de Julgamento composta por três gabaritados Auditores Fiscais da 1ª Instância do CONSEF.

É mister enfatizar que a nulidade arguida não se harmoniza com qualquer dos dispositivos previstos no art. 18 do RPAF/99, merecendo atenção que nem mesmo o inciso II do referido artigo se aplica ao caso em tela, pois, não se pode falar em ampla defesa, posto que o processo administrativo fiscal tem o objetivo de revisão ou manutenção dos próprios atos encetados pela administração pública tributária, sendo que o único que efetivamente se defende é o contribuinte na condição de sujeito passivo, cabendo ao estado a verificação da legalidade dos seus atos.

Merece, ainda, proceder uma breve análise do parágrafo 2º do art. 18 do RPAF/99. Conforme reza no aludido parágrafo deste dispositivo legal “*Não se declarará à nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe der causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade*”.

Cabe indagar quem de fato deu causa a possível nulidade arguida. A esta indagação só cabe uma resposta: o próprio Estado da Bahia, na medida em que deixou de intimar seu servidor quanto ao resultado da diligência. Aduzo que o processo administrativo fiscal é, exclusivamente, conduzido pela administração pública estadual. Então, entendo não ser cabível que órgão do Estado possa arguir nulidade do julgamento fiscal, por força de uma falha processual, ainda que involuntária, produzida por servidor público deste próprio ente federativo.

Portanto, pelo susomencionado, não há por que se falar em “*decisões proferidas com preterição do direito de defesa*”, reportando-se ao inciso II do art. 18 do RPAF, quando o prezado Conselheiro Relator, no seu voto, se refere a um direito do auditor fiscal autuante.

Isto posto, não concordo em se decretar prejudicado o Recurso de Ofício, face, ao meu ver, a equivocada argüição de nulidade do Auto de Infração, pelo ilustre Conselheiro Relator.

Por conseguinte, com base em tudo quanto exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da nulidade suscitada pelo nobre relator, devendo, consequentemente, se adentrar a análise do mérito da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativo ao Auto de Infração nº **108580.0910/09-0**, lavrado contra **REEMPLARI EMBLAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, retornar à Primeira Instância a fim de ser sanada as falhas processuais apontada, devendo os autos realizar novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Valtercio Serpa Júnior, José Antonio Marques Ribeiro, José Franklin Fontes Reis, Rodrigo Lauande Pimentel e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS