

PROCESSO - A. I. N° 206958.0032/08-4
RECORRENTE - CASA DO JAPONES MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0180-02/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0279-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE SOBRE RESULTADO DE DILIGÊNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para intimar o contribuinte reabrindo prazo para manifestação. Após, novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0180-02/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$30.888,75, acrescido das multas, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. ICMS no valor de R\$10.794,14 e multa de 60%;

INFRAÇÃO - falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão montaria – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou seus pagamentos com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$13.390,92 e multa de 70%;

INFRAÇÃO 3 - falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 6.763,69 e multa de 70%.

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 187/193), tendo o autuante, às fls. 2786/2792, prestado a informação fiscal de praxe, contestando, parcialmente, as teses defensivas, porquanto acolheu-as em parte e concluindo na linha de que o Auto de Infração fosse julgado Procedente em Parte.

O autuado voltou a se manifestar às fls. 2817 a 2823, tendo a JFJ, à fl. 2862, convertido o processo em diligência à INFAZ de origem, para que o autuante, ou outro Auditor Fiscal designado, atendesse às seguintes providências:

1. análise da documentação apresentada pelo autuado para concluir, em relação à primeira infração, se os procedimentos alegados ocorreram efetivamente e se houve falta de recolhimento do ICMS devido, destacando que essa arguição só foi trazida aos autos na segunda manifestação do autuado;
2. fornecimento, ao autuado, em relação à infração 2, das planilhas do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias alvo dos ajustes constantes da informação fiscal, bem como do

“NOVO DEMONSTRATIVO DO LEVANTAMENTO DO ESTOQUE AJUSTADO”; 3 – apresentação de novos demonstrativos com os ajustes pertinentes, em relação à infração 01, se necessário.

O autuante, às fl. 2866, apresentou Parecer, mantendo, na íntegra, as informações e alterações feitas por ocasião da informação fiscal.

Em seguida a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide, sob os seguintes fundamentos:

“Cabe, preliminarmente, afirmar que, quanto ao argumento de cerceamento de defesa, conforme informa o autuante, consta referência às folhas do texto principal da informação fiscal e de todos os seus anexos, fls. 2786 a 2810, cuja entrega, à fl. 2812, é data pela indicação, “junto segue cópias das mesmas”, entregues ao sócio da empresa autuada. Assim, tais demonstrativos com o detalhamento constantes dos ajustes efetuados na Informação Fiscal, afastam a arguição de nulidade possivelmente pretendida.

Verifico, quanto à primeira infração, que em 2004, conforme informação do autuante, ocorreram erros aritméticos na apuração do saldo devedor dos meses apontados, setembro a dezembro de 2004. Em 2005, contudo, o autuado utilizou os créditos da antecipação parcial não recolhidos nem pagos antecipadamente. Ainda que o autuado muito depois do período que utilizou os créditos, tenha passado a pagar parceladamente os valores devidos, sob o código 2175 – Antecipação Parcial, a partir de janeiro de 2005 e até março de 2005, quando culminou a infração, vide fls. 11 dos autos, conforme afirma o autuante, tal pagamento não elide a infração imputada, pois o crédito da antecipação parcial é concedido, conforme art. 93, I-A do RICMS/BA, em razão do imposto parcial antecipadamente recolhido. Se não há recolhimento antecipado não há como utilizar os créditos.

Havendo utilização do crédito e não havendo o respectivo recolhimento dentro do prazo previsto, sem dúvidas a utilização é indevida dos créditos alvo da antecipação parcial, contribuindo para que fosse apurado o recolhimento a menos. Caso o autuado, conforme ocorreu, não efetue o pagamento da antecipação parcial dentro do prazo e utilize os créditos relativos ao imposto devido dessa antecipação, além dos valores não ingressarem antecipadamente nos cofres do Estado, o autuado reduz incorretamente o pagamento do imposto devido mensalmente. Não há, portanto, como acolher a inexistência de prejuízo aos cofres públicos do Estado.

Quanto à Denúncia Espontânea, cabe acolhimento às razões alinhadas pelo autuante, pois protocolada sob número 600000.8534/06-6, no valor de R\$3.898,69, se trata de Falta de Recolhimento / Operações com Mercadorias / Empresa Normal, no dia 31.12.2004, conforme cópia anexa do extrato do SIGAT. Assim, tal denúncia se referiu ao mês de competência de dezembro/2004, enquanto os fatos geradores, ora em questão, são decorrentes do saldo devedor apurado somente em março de 2005. Cabe, por conseguinte, a manutenção da presente exigência fiscal, na medida em que tal denúncia não se refere à exigência em questão.

Quanto à segunda infração, concernente ao item CFOPs 5926 (2005), as saídas sob o CFOP, realmente são saídas reais, para formação de kits, no caso, montagem de equipamento completo, para venda sob outro código, conforme alinha o autuante. Corretamente o autuante refez os demonstrativos, lançando tanto as saídas sob o CFOP 5926 quanto às entradas pelo CFOP 1926, dos mesmos produtos arrolados no 1º demonstrativo, portanto, compõem a presente exigência.

Quanto aos produtos, de Códigos 1922 e 1923, ficou demonstrado que estes dois produtos tiveram suas omissões zeradas ao serem lançadas as saídas do CFOP 5926, porém, o resultado da infração está concluído no sub-item 6, anterior. Quanto à Nota Fiscal 625202 (fls. 388 do processo) refere-se à compra de 02 motosserras, do produto de código 8352, que deveriam estar lançadas sob o CFOP 2102, foi efetuado o ajuste devido, lançando-a como entrada e a quantidade omissa apenas diminuiu, conforme novo demonstrativo.

Após os ajustes efetuados pelo autuante, em relação ao exercício de 2005, as novas omissões de entradas apuradas foram maiores do que as originalmente exigidas (Total original = R\$36.822,12 - Total após os ajustes R\$ 53.203,33). Assim, fica mantida a exigência original do exercício de 2005, infração 02, pois a diferença apurada a mais deve ser alvo de nova ação fiscal, constituindo-se em um novo lançamento de ofício, visto que tal diferença constitui-se em um crédito tributário não reclamado no presente Auto de Infração.

Quanto ao exercício de 2007, o autuante rebate, conforme já relatado, as arguições pertinentes aos itens: Produto 1021, Produto 1189, Produto 4227, Produto 5018, Produto 1465, Produto 7915, Produto 8164, indicando para cada um as razões do não acolhimento das arguições de defesa, ora acolhidas por esse relator, na medida em que envolvem erros de impressão, produtos não arrolados na presente exigência, confirmação de quantidades constantes do inventário.

Fica, por conseguinte, mantida a exigência do exercício de 2007, relativa à infração 02.

Quanto à infração 03, após os ajustes efetuados pelo autuante, tendo em vista o acolhimento de parte das arguições do autuado, a exigência passou de “Omissão de saídas” para “Presunção de omissões de saídas (Omissões de Entradas - R\$ 3.264,46 > Omissões de Saídas - R\$ 1.476,33). Verifico, inicialmente que a

correção dos ajustes efetuados pelo autuante, conforme já relatado, não havendo quanto às quantidades ajustadas na informação fiscal discordância específica do autuado.

Ocorre, que desde o início os levantamentos demonstram que ocorreram omissões de entradas e saídas, inclusive a imputação indica que levou-se “em conta”, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Assim, a mudança da exigência para omissão de entrada, amparada na presunção de omissão de saídas constante do §4º do art. 4º da Lei 7014/96, deve ser mantida, pois já prevista na imputação original, em discordância, portanto, relativa ao entendimento do autuante e do autuado.

Concluo pelos novos valores a serem exigidos no do Auto de Infração em apreço, conforme segue, restando mentidas os valores exigidos nas infrações 01 e 02, e reduzida a infração 03:

INFRAÇÃO Nº	CÓDIGO	VALOR DEVIDO
1	03.01.01	(MANTIDA) 10.794,14
2	04.05.05	(MANTIDA) 13.390,92
3	04.05.02	(CORRIGIDA) 3.264,46
TOTAIS		27.449,52

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Inconformado, o autuado, através de seu representante legal, interpôs Recurso Voluntário (fls. 2886 a 2892), sustentando que, na auditoria de Conta-Corrente, foi apurado crédito tributário em favor do contribuinte, no valor de R\$37.442,51, informando o lançamento do referido crédito no livro de apuração em janeiro de 2009 e anexando cópias.

Ainda na infração 1, pediu a concessão de parcelamento do valor original, “*tempestivamente sobre os efeitos do Decreto-Lei nº 11.908/2010; (cabe salientar que a vigência dos efeitos do referido Decreto-Lei se dá durante o período de análise deste processo administrativo)*”.

No que tange à infração 2, o recorrente transcreveu os trechos de fls. 2871, 2872 e 2873 do relatório, parte integrante da Decisão da JJF, para afirmar que ficava evidente a restrição à plena defesa do contribuinte, “*em uma noção básica de tempo e espaço*”.

Aduziu que, com a apresentação da defesa, novos relatórios com novas diferenças surgiram, conforme atestou o auditor, sendo esse último relatório (trechos transcritos) a base para sustentação do Auto de Infração versado.

Indagou, então, que novas diferenças seriam essas? De que produto? Qual o valor? Em que competência? Quando esse novo relatório lhe foi entregue?

Informou que recebeu, sim, os relatórios que fez uso para sua defesa, porém não teve acesso aos novos, após os ajustes alegados na defesa e, conforme relato do auditor, os itens foram zerados.

Por último, sustentou que, “a luz da evidência transcrita no Acórdão JJF nº 0180-02/10”, pedia acesso aos novos documentos para concretizar a sua defesa, sob pena de nulidade da infração 2.

Referindo-se à infração 3, também transcreveu trecho do relatório da JJF (fl. 2874), para argumentar, em seguida, que o auditor considerou a infração como inexistente, mas o voto do conselheiro ignorou tal posicionamento do autuante, admitindo a continuidade da omissão por presunção, indagando, nesse passo, para que, sobre esse argumento, apresentar defesa? Afirmou que: “*A defesa é um direito do contribuinte e uma obrigação do Estado. Principalmente em Estado de Direito Democrático*”.

Em conclusão, requereu a Improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação opinativa, após um breve relatório do processo, observou que, da análise do processo administrativo fiscal, verificava-se ter a Junta deliberado pela conversão do feito em diligência à INFAZ de Origem (fl. 2862), sendo consignado que, após cumprimento da diligência, deveria ser intimado o autuado, com prazo de 10 (dez) dias para, querendo, se manifestar.

Assim, em atendimento, o autuante promoveu as informações contidas à fl. 2.866, porém, cumprida a diligência, os autos foram remetidos diretamente para inclusão em pauta de julgamento, sem a necessária intimação do contribuinte.

Dessa forma, entendeu a ilustre representante da PGE/PROFIS que, ao deixar de intimar o contribuinte acerca do resultado da diligência solicitada pela JJF, promoveu-se o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, capitulado no artigo 18, II do RPAF vigente.

Frisou que a intimação do autuado, após o cumprimento da diligência, estava consignada na solicitação do órgão julgador.

Finalizou na linha de que deveria ser anulada a Decisão de primeira instância administrativa, reabrindo-se o prazo para que o autuado se manifestasse sobre o cumprimento da diligência, visando o afastamento do cerceamento de defesa do sujeito passivo e, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opinou pelo reconhecimento da nulidade da Decisão recorrida, com amparo no art. 18, II, do RPAF.

VOTO

O Auto de Infração epígrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infrações à legislação do ICMS, tendo a Decisão de Primeira Instância julgado Procedente em Parte a autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, através do presente Recurso Voluntário, visando promover a reforma do decisório.

Do exame das peças processuais, verifico que o recorrente alegou o cerceamento do direito de defesa, arguindo a falta de acesso aos novos documentos promovidos pelo autuante, em sua última informação fiscal, suscitando, em decorrência, a nulidade da Decisão hostilizada, principalmente quanto à infração 2.

Com efeito, analisando a procedimentalidade, inclusive o Parecer da PGE/PROFIS de fls. 2911/2912, constato a ausência de manifestação do agora recorrente, embora constasse expressamente do pedido de diligência promovido pela Junta que, após o seu cumprimento, deveria ser notificado o contribuinte para tomar ciência do resultado, acompanhado de abertura de prazo para, querendo, manifestar-se (fl. 2862).

Ocorre que tal providência não se consumou, sendo os autos inclusos, diretamente, em pauta de julgamento, daí resultando o acórdão ora hostilizado.

Nesse contexto, confirmo que, à fl. 2866 do feito, efetivamente, o autuante sugeriu ao Inspetor o exame do caso, para que decidisse, se assim entendesse necessário, a nova entrega de anexos ao sujeito passivo, não se encontrando no processo qualquer evidência de manifestação do Inspetor, muito menos de ter sido dado conhecimento do resultado diligencial ao contribuinte.

Não é possível se admitir, quer em procedimentos administrativos, quer em processos judiciais, a prolação de decisões, com preterição do direito de defesa, art. 18, II, do RPAF/BA.

Assim, a decretação da nulidade é a consequência imposta, por lei, às decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação ou com preterição ao direito de defesa constitucionalmente assegurado.

Ressalto que, apesar de representar um atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, vislumbro que tal posicionamento pode, futuramente, representar uma economia para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Dessa forma, comungo integralmente com o opinativo da PGE/PROFIS de fls. 2911/2913, no sentido de que a Decisão recorrida foi proferida sem a observância do devido processo legal e com a violação ao princípio do contraditório.

Em suma, voto pela decretação da NULIDADE da Decisão guerreada e, consequentemente, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206958.0032/08-4**, lavrado contra **CASA DO JAPONES MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, objetivando abertura de prazo para o contribuinte se manifestar e, em seguida, procedimento de novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS