

PROCESSO - A. I. Nº 206863.0003/09-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e M DIAS BRANCO S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS
RECORRIDOS - M DIAS BRANCO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 040-04/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0041-13/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIACÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. As omissões contidas na Decisão recorrida não podem ser supridas por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deverá retornar à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item “1”, do RPAF/99, interpostos pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou Procedente em Parte - Acórdão JJF Nº 0040-04/12 - o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$ 4.645.164,92, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Recolhimento a menos, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS). Foi lançado imposto no valor de R\$ 107.111,98, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do tributo devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 2.498.345,97, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas, sendo exigido o ICMS sobre a quantia de maior expressão monetária, a das operações de entrada, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou o pagamento das mesmas com Recursos provenientes de operações de saídas anteriormente efetuadas e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 2.039.706,97, mais multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Na defesa inicial, fls. 108 a 138 – vol. I, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração, argumentando que o lançamento não estava acompanhado de demonstrativos confiáveis da apuração dos preços médios, que o estoque inicial utilizado pelo autuante divergia do declarado

pelo defendente e que havia insegurança quanto às unidades de medidas utilizadas no levantamento quantitativo de estoques.

No mérito, em relação à Infração 1, afirmou que se equivocou na escrituração do livro RAICMS, porém esse fato não acarretou recolhimento a menos do ICMS, pois as operações internas com margarina têm base de cálculo reduzida, de modo que a carga tributária fique em 7%, conforme disse ter recolhido o imposto. Destacou que o ICMS normal sobre as saídas de biscoitos e massas recebidos de fornecedor estabelecido Estado não signatário do Protocolo ICMS 50/05 já tinha sido retido por ocasião da entrada dessas mercadorias.

No que tange à Infração 2, sustentou que quando adquire neste Estado trigo, farinha de trigo ou produtos dele derivados, cabe ao remetente efetuar a retenção e o pagamento do imposto relativo às operações subsequentes, nos termos da cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 46/00 e do art. 506-B do RICMS-BA. Disse que houve aplicação incorreta da alíquota nas operações que envolveram produtos da cesta básica. Afirmou que havia erros no levantamento quantitativo de estoques. Questionou a metodologia utilizada pela fiscalização. Destacou que as entradas de farinha de trigo são tributadas, por antecipação, de acordo com o Protocolo ICMS nº 46/00. Argumentou que estava equivocado o transporte do saldo final do inventário de um exercício para o subsequente, como saldo inicial. Disse que havia divergências entre as unidades de medida dos produtos adquiridos.

Relativamente à Infração 3, argumentou que a suposta omissão de entradas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, não restou comprovada nos autos.

Na informação fiscal, fls. 2530 a 2534 – vol. XI, o autuante rebateu as preliminares de nulidade e, no mérito, reconheceu a necessidade de sanar dúvidas e corrigir erros tais como CFOP indevido e ajustes de algumas unidades de medidas.

O processo foi encaminhado em diligência à IFEP COMÉRCIO, fls. 2.542 a 2.544, para que auditar fiscal estranho ao feito abordasse todos os argumentos apresentados na defesa, conforme previsto no art. 127, §6º, do RPAF/99, e, caso necessário, elaborasse novos demonstrativos dos valores devidos.

No atendimento da diligência, fls. 2.542 a 2.544, quanto à Infração 1, foi informado que *foram analisadas as notas fiscais anexadas ao PAF em lide e entendidas como comprovadoras dos argumentos do autuado sendo então excluídos os valores correspondentes do total do ICMS reclamado nesta infração.*

No que tange às Infrações 2 e 3, a diligenciadora informou que *foram refeitos os levantamentos quantitativos de estoques considerando-se as alegações do autuado em relação ao CFOP 1904 e 5904, revisados e corrigidos alguns preços médios calculados conforme prevê o RICMS e a natureza das operações com mercadorias com ou sem convênios protocolares.*

Em razão dessas retificações, os valores devidos nas Infrações 1, 2 e 3 passaram para, respectivamente, R\$ 100.450,26, R\$ 985.964,94 e R\$ 470.364,78, conforme demonstrativos que foram elaborados. Assim, o total do Auto de Infração passou de R\$ 4.645.164,92 para R\$ 1.558.022,58.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado solicitou que o prazo que lhe foi concedido para pronunciamento (dez dias) fosse prorrogado por mais trinta dias, tendo em vista o volume das informações, cálculos e documentos envolvidos. Essa solicitação foi indeferida, por falta de previsão legal, conforme despacho no verso da folha 2.647.

Tendo em vista que o autuado não tinha sido notificado do resultado da diligência, o processo foi encaminhado à IFEP COMÉRCIO para esse fim (fl. 2.649). Em vez de atender o que fora solicitado, a IFEP COMÉRCIO notificou o autuado do indeferimento da prorrogação de prazo de defesa e, em seguida, encaminhou os autos ao CONSEF para julgamento.

Por meio do Acórdão JJF Nº 040-04/12, fls. 2654 a 2659 – vol. XI, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$ 1.556.779,98, tendo o ilustre relator proferido o seguinte voto:

Os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal são inverídicos, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, nas informações fiscais, na conversão do processo em diligência, assim como nas oportunidades concedidas ao contribuinte para se manifestar (não utilizadas).

Ao contrário do que argumentou o impugnante, os trabalhos de auditoria não tomaram por base apenas os arquivos magnéticos, que, na verdade, serviram como elementos subsidiários aos livros fiscais.

As partes desta contenda administrativa não são o autuante e o autuado, mas a Fazenda Pública e o mesmo. O erro da repartição competente, que intimou o sujeito passivo quando requerida a cientificar a autoridade fiscal, não deve servir de óbice à celeridade da lide, pois esta interessa não somente ao Estado e ao impugnante, mas à sociedade como um todo, que paga aos servidores públicos envolvidos para dar solução às questões postas com eficiência, eficácia e rapidez (art. 37, “caput”, CF/1988 c/c art. 2º, RPAF/99).

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

O pleito de diligência foi deferido, consoante exposto no relatório supra. A esta altura do processo não existem omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de novo esclarecimento técnico.

No mérito, ao compulsar os documentos de fls. 2.545 a 2.636, entregues à sociedade empresária por meio da intimação de fls. 2.637 a 2.639, observo que, com exceção de alguns preços médios, todos os equívocos apontados na peça de impugnação foram acatados pela auditora fiscal estranha ao feito, o que reduziu o montante lançado de R\$ 4.645.164,92 para R\$ 1.556.779,98, de acordo com as planilhas trazidas às fls. 2.542/2.543. Os demonstrativos analíticos constam do CD entregue ao sujeito passivo.

Verifico nos citados demonstrativos, elaborados em diligência, que os preços médios foram corretamente calculados com base nas operações ocorridas nos meses de dezembro de 2006, 2007, 2008 e 2009 (art. 5º, I, Portaria 445/98 c/c art. 60, II, “a”, RICMS/97).

Com relação à infração 01, foram consideradas pela revisora as operações internas com margarina, aquelas com fase de tributação encerrada, remessas para venda fora do estabelecimento e retornos respectivos, saídas lançadas em duplicidade nos levantamentos originais, bem como entradas e saídas de mercadorias em transferência de e para filiais.

O próprio autuante reconheceu a possibilidade de cometimento de equívocos nos registros dos códigos de operações (CFOP) dos levantamentos quantitativos de estoque (infrações 02 e 03). Tais erros suscitaram as falhas apontadas na defesa, mas foram corrigidos pela auditora fiscal estranha ao feito, consoante exposto na peça de defesa, inclusive com a observância dos acordos interestaduais mencionados.

As notas fiscais de entrada e saídas, alíquotas, unidades de medida e estoques (iniciais e finais) consignados nos levantamentos de fls. 2.545 a 2.636 não apresentam omissões, erros ou distorções, tampouco divergências com o livro Registro de Inventário. Assinalo que o sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência no dia 27/08/2011 (fl. 2.639) e não se manifestou, situação que reclama a aplicação do art. 140, RPAF/99.

O estabelecimento adquiriu mercadorias sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de itens enquadrados no regime de substituição tributária (infração 02).

Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas quanto de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a quantia de maior expressão monetária, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os pagamentos das mesmas com Recursos decorrentes de saídas também não contabilizadas (infração 03).

Acato os demonstrativos fls. 2.542/2.543, elaborados por auditora fiscal estranha ao feito, de maneira que os valores exigidos nas infrações 01, 02 e 03 fiquem modificados, respectivamente, para R\$ 100.450,26, R\$ 985.964,94 e R\$ 470.364,78.

Infrações parcialmente elididas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 1.556.779,98.

Considerando que a desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão JF nº 0040-04/12 merece ser reformado.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, argumentando que as preliminares não foram analisadas. Assevera que a argumentação contida na Decisão recorrida é genérica e nada esclarece quanto às preliminares. Assim, passa repetir os argumentos trazidos na defesa inicial.

Relativamente à ausência de demonstrativos analíticos, diz que quando da fixação do preço médio, no cálculo do imposto devido por antecipação tributária (Infração 2), o autuante não teria demonstrado a metodologia utilizada, as memórias dos cálculos e os testes estatísticos necessários. Assinala que não lhe é possível saber, por exemplo, se os cálculos dos preços unitários foram efetuados pela média ponderada. Diz que esses argumentos não foram analisados na Decisão recorrida. Reproduz trecho do Acórdão JF nº 0269-03/03, para embasar sua tese.

Sustenta que o lançamento é nulo por falta de rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se a discrepância entre o estoque inicial utilizado pelo autuante e o que foi declarado ao fisco. Frisa que essa questão não foi abordada na Decisão recorrida.

Afirma que o autuante teria errado na determinação do estoque inicial de cada exercício, conforme cópia do Registro de Inventário, bem como teria se equivocado no levantamento das entradas, conforme as fotocópias de notas fiscais de entradas e do Registro de Inventário. Diz que o auditor fiscal não observou os cuidados previstos no art. 3º, inc. I, da Portaria nº 445/98.

Argumenta que houve desatenção quanto à adoção da unidade de medida, a qual deveria ser a mesma para cada espécie de mercadoria, ocasionando divergência entre os valores utilizados nos levantamentos e aqueles declarados ao fisco em arquivos magnéticos. Faz alusão ao disposto no art. 3º, inc. II, da Portaria nº 445/98.

Ao concluir seus argumentos atinentes às preliminares de nulidade, afirma que o autuante se valeu, quase que exclusivamente, de informações disponíveis nos citados arquivos magnéticos, quando deveria ter verificado esses dados na contabilidade da empresa.

No mérito, referindo-se à Infração 1, afirma que embora tenha se equivocado na escrituração do RAICMS, esse fato não implicou recolhimento a menos do imposto, pois as operações internas com margarina têm redução de base de cálculo, que devem resultar em carga tributária de 7%, valor que diz ter recolhido. Também afirma que o ICMS normal sobre as saídas de biscoitos e massas recebidos de fornecedores estabelecidos em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 50/05, no caso São Paulo, já foi retido quando da entrada dessas mercadorias. Ressalta que esse segundo argumento defensivo não foi apreciado pela primeira instância.

Afirma que a diferença exigida na Infração 1 corresponde à redução de base de cálculo prevista no art. 87, XXXI, do RICMS-BA, nas operações internas com margarina, nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, conforme exemplo numérico que apresenta. Diz que, de acordo com o princípio da verdade material, o erro de informação cometido não deve prevalecer ante a demonstração de que o imposto foi recolhido corretamente. Destaca que a verdade material, a informalidade, a oficialidade e a legalidade objetiva amparam a sua pretensão de contraditar a informação fornecida ao fisco por meio de arquivos magnéticos.

Diz que o autuante embutiu no levantamento operações de simples remessas (CFOP 5.904 – Remessa para venda fora do estabelecimento) e os respectivos retornos (CFOP 1.904 – Retorno de remessa para venda fora do estabelecimento), as quais não resultam no dever de baixa desses produtos de seus estoques, fato que só ocorre pela nota fiscal de venda, configurando uma saída efetiva. Afirma que foram encontradas mais de 20.000 ocorrências, as quais deverão ser excluídas do levantamento porque se considerou duas vezes a saída da mesma mercadoria. Esse defeito pode ser amplamente observado, por exemplo, nos Anexos 10 a 13 de 2006.

Assevera que adquiriu biscoitos de Estado não signatário do Protocolo ICMS 50/2005 (Adria Alimentos do Brasil Ltda., estabelecido em São Paulo), com o ICMS já recolhido na entrada no estabelecimento. Frisa que em relação a esse argumento a primeira instância nada se pronunciou.

Explica que, de acordo com a legislação vigente, as operações envolvendo tais produtos têm o ICMS recolhido na entrada no estabelecimento quando procedente de estado não signatário do Protocolo ICMS 50/05. Transcreve o disposto na cláusula segunda, inciso II, alíneas “a” e “b”, desse citado Protocolo, bem como o art. 506-C, III, do RICMS-BA.

Frisa que, quanto às operações realizadas no mês de janeiro de 2009, o Auto de Infração exige o ICMS normal sobre as saídas de biscoitos e massas transferidos para a filial Grande Moinho Aratu/BA, recebidos de São Paulo (Adria Alimentos do Brasil Ltda.) ou do Grande Moinho Aratu/BA. Reitera que, conforme a legislação vigente, o ICMS desses produtos é pago na entrada, por terem origem em Estado não signatário do Prot. 50/2005, não incidindo nas transferências internas.

Com relação às entradas de massas, desde que produzidas neste Estado – hipótese em que recebe em transferência produtos derivados do trigo – diz que o tributo devido nas entradas e saídas subsequentes é todo recolhido pelo estabelecimento produtor, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária (art. 506-B do RICMS-BA). Já quanto às aquisições de trigo em grãos, farinha de trigo e de mistura de farinha de trigo, oriundos de unidade federada signatária do Prot. ICMS nº 46/2000, cabe ao remetente efetuar a retenção e o pagamento do imposto.

Relativamente à Infração 2, transcreve trecho do voto proferido na Decisão recorrida e, em seguida, diz que o argumento ali utilizado é insuficiente, superficial e carente de sustentação.

Ressalta que não se aplica o art. 371 do RICMS-BA, em função da existência de acordos interestaduais prevendo a retenção do imposto (Protocolos 46/2000 e 50/2005). Aduz que, quando adquire neste Estado, farinha de trigo ou produtos dela derivados, não fica incumbido do pagamento do tributo, pois, consoante cláusula primeira do Prot. ICMS nº 46/2000 c/c art. 506-B do RICMS-BA, caberá ao contribuinte remetente a retenção e o pagamento do imposto.

Salienta que a infração em comento também não procede em decorrência da aplicação de alíquota incorreta. Explica que a fiscalização adotou, para alguns produtos da cesta básica, a alíquota de 17%, embora o art. 51, I, “a” e “c”, do RICMS-BA, preveja alíquota de 7% para tais operações. Transcreve esse dispositivo regulamentar.

Afirma que, ao utilizar margem de valor adicionado, o autuante deixou de considerar que nas aquisições de massas alimentícias (art. 506-C, § 6º, do RICMS/97) e de outros produtos derivados de trigo, ambos oriundos de estado não signatário do Protocolo 50/05, já efetuara o recolhimento do ICMS-ST por antecipação, adicionando da MVA de, respectivamente, 35% e 45%, de forma que a cobrança, como foi feita no Auto de Infração, redundava em pagamento a mais do imposto.

Diz que houve arbitramento também porque, no entender da fiscalização, teria havido a falta de fixação de preço único ou máximo de venda adotado pelo recorrente, porém esse fato não ficou comprovado, já que dispõe de todos os elementos necessários ao conhecimento do preço de venda, de modo que não poderia servir como embasamento para o arbitramento.

Referindo-se ao alegado arbitramento, frisa que: mantém e pode apresentar todos os documentos necessários à fiscalização dos atos que praticara; o arbitramento possui nítido caráter punitivo; a fiscalização ignorou o contraditório; o autuante deveria ter declarado expressamente que a documentação da empresa era imprestável; o arbitramento constitui um critério subjetivo a ser utilizado apenas em casos excepcionais.

Referindo-se à metodologia empregada, afirma que os valores utilizados pela fiscalização como estoque inicial de 2006 divergem daqueles escriturados no livro Registro de Inventário referente ao exercício encerrado em 31/12/2005, cuja exibição não fora requisitada pelo autuante.

Diz que o autuante, ao confeccionar o levantamento dos estoques, não considerou algumas notas fiscais de saídas, fato que implica diminuição do valor das omissões de entrada, como, por

exemplo, ocorreu com o produto 215197 – NIKITO RECH CHOCOLATE, em que a fiscalização não registrou a saída de 1.148.960 pacotes, operações representadas por meio de 110 notas fiscais. Afirma que a situação também se repetiu com relação às notas de entrada, pois não foram contabilizadas 5 notas fiscais que movimentaram 426.240 pacotes de biscoito.

Sustenta que, quando da determinação do movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, a fiscalização apurou suposta omissão de entradas e definiu o valor unitário das mercadorias sem observar nenhum dos critérios previstos no art. 60, II, “b”, do RICMS-BA.

Assevera que a autuação não procede quanto às saídas internas de farinha de trigo (“ft esp. fin. doméstica-fd 10x1kg, ft esp. fin. dom. c/fer-fd 10x1kg, ft puro sabor c/fermento 10x1kg – p. 1 do Anexo 7”), pois embora as operações envolvendo a aquisição de farinha de trigo estejam submetidas ao regime tributário disciplinado pelo Prot. 46/00, o adquirente, por ocasião da entrada da farinha de trigo originadas de unidades da Federação não signatárias do citado Protocolo, já recolhera o ICMS devido pelas entradas e pelas saídas subsequentes. Transcreve dispositivo do Protocolo ICMS 46/00 e do art. 506-A do RICMS-BA.

Afirma que há erro no transporte do saldo final do inventário de um determinado exercício para o exercício subsequente como saldo inicial. Para embasar seu argumento apresenta tabela com os estoques de produtos relacionados nos levantamentos quantitativos.

Realça que no levantamento quantitativo de estoques há erros decorrentes de diferenças nas unidades de medidas de mercadorias, afrontando, assim, o disposto na Portaria 445/98. Como exemplo, diz que quanto à mercadoria “farinha de trigo ft. esp. fin. doméstica-fd 10” há dois erros: a) discrepância entre o saldo inicial considerando pelo autuante - 36.000 FD - e o encontrado no livro Registro de Inventário - 23.640 PC; b) a fiscalização utilizou unidade diferente - FD.

Quanto à Infração 3, assevera que o fato conhecido - omissão de entradas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias - que autorizaria a aplicação da regra da presunção legal, não restou comprovado nos autos, em face da precariedade (imprecisão) do levantamento quantitativo de estoques. Como consequência disso, não dispunha a fiscalização de autorização para arbitrar o valor do imposto. Discorre sobre a presunção como meio de prova, cita doutrina e, mais adiante, afirma que deve ser afastada a aplicação da aludida regra da presunção e, em consequência, seja a infração em comento julgada improcedente.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que a parcela remanescente do Auto de Infração seja julgada nula ou improcedente.

Em Parecer às fls. 2722 e 2723, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as nulidades suscitadas pelo recorrente são referentes aos demonstrativos analíticos do preço médio e da quantificação das mercadorias, itens que foram objeto da diligência fiscal na qual foram elaborados novos demonstrativos, tendo sido o recorrente intimado acerca do resultado dessa diligência. Diz que, assim, foi garantido ao recorrente o exercício do seu direito de defesa.

No mérito, afirma que os argumentos recursais são os mesmos que foram apresentados na defesa inicial, os quais já foram submetidos à diligência, na qual foram parcialmente acatados e apreciados na julgamento de primeira instância.

Opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

O processo foi apreciado em pauta suplementar, tendo a 3ª CJF decidido que o mesmo estava em condições de julgamento.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade da Decisão recorrida, sob a alegação de que os argumentos defensivos não foram apreciados pela primeira instância, cerceando, assim, o seu direito de defesa.

Há que se salientar que a apreciação pelo órgão julgador dos argumentos defensivos deve ser feita de forma expressa e específica, para que não se enfraqueça o direito de defesa dos contribuintes. Examinado o voto proferido na Decisão recorrida, constata-se que efetivamente há argumentos defensivos que não foram analisados pela primeira instância de forma expressa e específica, conforme passo a demonstrar.

O voto proferido na Decisão recorrida está fundamentado na diligência efetuada por auditora fiscal estranha ao feito. Apesar de o recorrente não ter se pronunciado sobre o resultado dessa revisão, observa-se que no atendimento dessa diligência não foram abordados todos os argumentos defensivos conforme foi taxativamente solicitado às fls. 2.542 a 2.544. Os anexos elaborados pela diligenciadora não contêm os demonstrativos da apuração dos preços médios e das operações de entradas e de saídas consideradas. A ausência desses demonstrativos, além de cercear o direito de defesa do recorrente, chega até a impedir que este colegiado, em sede de Recurso de Ofício, afira a correção da parcela da qual o recorrido foi desonerado.

Cotejando os argumentos trazidos na defesa com o resultado da diligência e o voto proferido em primeira instância, observa-se que o recorrente, dentre outros argumentos, sustentou em sua impugnação (fl. 131) que no levantamento quantitativo havia *“erro no transporte do saldo final do inventário de um determinado exercício para o período subsequente, como saldo inicial”*.

Considerando que os levantamentos quantitativos foram realizados em exercícios fechados, com base em inventários efetuados em 31 de dezembro, o estoque final de um produto existente em um determinado exercício deve coincidir com o estoque inicial do mesmo produto no exercício imediatamente subsequente, uma vez que ambos são obtidos do mesmo inventário. O exame dos demonstrativos anexados ao processo pelo autuante comprova a ocorrência desse erro alegado na defesa, contudo, mesmo após a diligência, esse tipo de equívoco ainda persiste. Nem na diligência e nem no voto proferido em primeira instância, há referência expressa sobre esse argumento defensivo, muito menos explicação que justificasse a manutenção das divergências.

Da análise do voto proferido em primeira instância, também se observa que, ao tratar do regime de substituição tributária, os argumentos defensivos não foram abordados de forma específica, o que acarretou omissão quanto a certos pontos da defesa, a exemplo do alegado pagamento a mais em decorrência da adição de margem de valor agregado na apuração do imposto devido.

Ainda como exemplo de omissão na Decisão recorrida, observa-se que, às fls. 126 a 127, o defendente afirmou que houve arbitramento da base de cálculo, tendo o contribuinte transcrito o disposto no artigo 938 do RICMS-BA, bem como citado doutrina acerca dessa matéria. Essa questão não consta nem no relatório e nem no voto proferido na Decisão recorrida.

Essas omissões da Decisão recorrida não podem ser supridas por esta Câmara de Julgamento, para que não haja supressão de instância. Dessa forma, a falta de análise de argumentos trazidos na defesa acarreta a nulidade da Decisão omissa, por cerceamento de defesa, nos termos do artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Também se verifica que o disposto no art. 149-A, do RPAF/99, só foi cumprido em parte, pois o autuante não foi notificado acerca do resultado da diligência. Mesmo considerando que o autuante não seja parte do processo, ficou caracterizada uma inobservância do devido processo legal, que carece de saneamento.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a Nulidade da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para saneamento e nova Decisão, a salvo de falhas. PREJUDICADA a apreciação do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto e **PROVER**

o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206863.0003/09-2**, lavrado contra **M. DIAS BRANCO S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para saneamento e nova Decisão, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS