

PROCESSO	- A. I. N° 206882.0325/05-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ELSON S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDOS	- ELSON S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 <sup>a</sup> JJF n° 0082-03/11
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 21/09/2012

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0267-11/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. Restou provado nos autos a existência de vícios constante na intimação para ciência do resultado de diligência realizada pela inspetoria de origem, cerceando o direito de ampla defesa do contribuinte. Devolvam-se os autos para o devido saneamento e, após, à Primeira Instância para proferir novo julgamento. Decretada a NULIDADE da Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos pela 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, em relação à Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, através do Acórdão N° 0082-03/11, aponta o cometimento de 3 infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2 e 3 e objeto do Recurso Voluntário as infrações 1, 2 e 3, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1: Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, nos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigida a multa de R\$50,00 por exercício, totalizando R\$100,00.

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada no exercício de 2005. Valor do débito: R\$126.351,34.

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 2004/2005. Valor do débito: R\$52.643,12

A Junta de Julgamento deliberou pela procedência parcial das infrações 2 e 3 com a seguinte fundamentação:

*“O autuado alegou que contesta parcialmente as infrações 02 e 03, referentes ao exercício de 2005, tendo em vista que constatou erro na apuração das saídas de mercadorias. Diz que atua com vendas externas ao estabelecimento, e por ocasião das saídas das mercadorias emite nota fiscal com CFOP 5415, sendo emitida a nota fiscal de venda no momento da venda efetiva, e nota fiscal de retorno CFOP 1415, para as mercadorias eventualmente não vendidas. Alega que o autuante somou as quantidades das notas fiscais de remessa para venda com as notas fiscais de venda efetiva, o que resultou em apuração das saídas em duplicidade, levando a apurar equivocadamente omissão de entradas.*

*Observo que embora a autuante tenha acatado as alegações defensivas e os cálculos apresentados pelo contribuinte, afirmando que reconhece a retificação alegada pelo autuado, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC. Na mencionada diligência, foi apresentada a conclusão de que foi impossível refazer os cálculos, tendo em vista que os dados apresentados pelo defendente foram confrontados com o levantamento fiscal, sendo constatados desencontros entre os códigos das mercadorias constantes nas notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento e os códigos que o autuado cadastrou na SEFAZ.*

*Nova diligência foi realizada por preposto da Inspeção Fazendária, estranho ao feito, tendo sido elaborado demonstrativo das saídas e devoluções de mercadorias para as vendas em veículos e, após os ajustes realizados*

e os novos demonstrativos elaborados, o débito apurado ficou modificado, conforme demonstrativo de débito à fl. 1285.

Vale salientar, que foi expedida intimação ao autuado, acompanhada de cópia da diligencia realizada. Decorrido o prazo concedido, não foi apresentada qualquer manifestação pelo deficiente.

Analizando o levantamento fiscal originalmente efetuado, constatei que a autuante deixou de exigir o imposto por responsabilidade solidária, que deveria ter sido calculado sobre a omissão de entradas apurada no exercício de 2004, conforme demonstrativo resumo de fls. 25/26.

Na diligencia fiscal realizada, também foi apurada omissão de entradas no exercício de 2004 (demonstrativos às fls. 1350/1354), bem como em relação ao exercício de 2005 (demonstrativos às fls. 1430/1433 do PAF). Entretanto, no demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 1285, não constou qualquer valor referente à responsabilidade solidária (infração 02), tendo sido indicado débito somente em relação à antecipação tributária, considerando que se trata de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Saliente que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 15, inciso I, alínea "a", Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V (INFRAÇÃO 02). É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea "b", Portaria 445/98 (INFRAÇÃO 03).

Assim, com base nos demonstrativos elaborados na última diligencia fiscal às fls. 1354 e 1433 dos autos, foram calculados os valores devidos, referentes aos exercícios fiscalizados (2004 e 2005), conforme quadro abaixo:

ANO	OMISSÃO DE ENTRADAS (R\$) (A)	ALIQ (B)	RESP. SOLIDÁRIA (ICMS NORMAL) (C = A X B)	ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA		
					MVA (D)	BASE CALCULO C/ MVA (E = A X 1,40)
2004	4.354,04	17%	740,19	40%	6.095,66	296,07
2005	147.051,20	17%	24.998,70	40%	205.871,68	9.999,48
<b>T O T A L</b>		-	<b>25.738,89</b>	-	-	<b>10.295,55</b>

Conforme já foi dito anteriormente, não foi exigido imposto por responsabilidade solidária em relação ao exercício de 2004. Como no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, quanto à infração 02, conclui-se pela sua subsistência parcial, sendo devido o imposto apurado após a revisão efetuada, relativamente ao exercício de 2005, no valor de R\$24.998,70, representando-se à repartição fiscal para instaurar novo procedimento em relação ao imposto por responsabilidade solidária do exercício de 2004, no valor de R\$740,19.

Em relação à infração 02, concluo pela procedência parcial, no valor total de R\$10.295,56, sendo R\$296,07 referentes ao exercício de 2004, e R\$9.999,48 correspondentes a 2005.

Considerando que foram apuradas diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei 7.014/96, art. 42, inciso XXII (INFRAÇÃO 01).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$35.294,26, conforme demonstrativo constante deste voto, sendo R\$24.998,70 da infração 02 e R\$10.295,55 da infração 03, representando-se à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal no sentido de exigir o imposto do autuado na condição de responsável solidário (exercício de 2004), no valor de R\$740,19, devendo ser homologado o valor já recolhido."

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a3<sup>a</sup>JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, fls. 1.457 a 1.473, esclarecendo que em sede de defesa contestou parcialmente as infrações 2 e 3, em virtude de erro na apuração das saídas e que reconheceu ser devido os valores de R1.769,92 (infração 1) e R\$2.810,53 (infração 3). Disse que a fiscal autuante acatou as suas argumentações, entretanto, outro Auditor contestou este posicionamento em virtude de erros nos códigos das mercadorias, o que impossibilitaria refazer os cálculos visto que foram constatados desencontros nos códigos das mercadorias com os códigos cadastrados na SEFAZ.

Posssegue informando que nova diligencia foi realizada por outro preposto que reconheceu estarem corretas todas as entradas de mercadorias. Afirmou que, em relação às saídas e devoluções de mercadorias à venda em veículos, há uma diferença mais ou menos coerente com os resultados das omissões. Apresentou um novo demonstrativo de débito mantendo o valor da infração 01 e alterando a infração 2 para R0,00 e a infração 3 para R\$10.294,55.

Ressalta que há informações nos autos que a “*recorrente apesar de ter sido devidamente intimado para se manifestar deste Parecer, não o fez*”, porém entende que tal intimação não pode prosperar pois foi feita a pessoa totalmente desconhecida da empresa (fl. 1444), em endereço já anteriormente contestado, ainda em sede de manifestação, pois foi informado à administração sobre a sua mudança de endereço, que não mais funciona na sede de Lauro de Freitas. Ressalta que a intimação do acórdão ora recorrido, foi efetuada através dos seus representantes legais, no escritório de advocacia, medida esta não adotada anteriormente.

Após, passa o autuado a impugnar as infrações, inicialmente esclarecendo que é uma filial e não adquire mercadorias de terceiros para revender, ao contrário, trabalha com o auxílio de distribuidores. Esclarece que, conforme informado da defesa administrativa, a suposta omissão de saída não existe, pois o que ocorreu foi um erro de soma das quantidades de notas fiscais de notas fiscais de remessa para venda com as notas fiscais de venda efetiva, o que resultou em apuração das saídas em duplicidade, levando a apurar equivocadamente omissão de entradas. Diz que busca efetuar o pagamento do imposto e multa, porém no seu valor correto, de acordo com os cálculos apresentados na defesa, entretanto o que tem sucedido é que a recorrida, não acompanha os Pareceres emitidos por seus auditores, quando realizam as diligências.

Em relação à infração 1 diz ser indevida a multa exigida pois não restou configurada a omissão de saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais pois, conforme já esclarecido todas as mercadorias saiam do estabelecimento acompanhadas das notas fiscais com CFOP 5.415, porém, a notas fiscais de vendas somente eram emitidas com a venda efetiva destas e eram emitidas notas fiscais de retorno CFOP 1415, caso a venda não se concretizasse.

No que diz respeito à infração 2, afirma que a mesma não pode prosperar, pois não adquire mercadorias de terceiros por se tratar de filial que efetua vendas através de distribuidores, não havendo que se falar em responsabilidade solidária. Com relação às notas fiscais esclarece que ocorreu o mesmo equívoco apontado na infração 1, e todas as mercadorias possuem notas fiscais e escrituração, fato inclusive comprovado nas diligências realizadas, especialmente o Parecer de fl. 1.284/1285 que diz “todas as entradas de mercadorias estavam corretas”. Entende que deve prosperar o cálculo apresentado na referida diligência, no qual foi excluída a cobrança exigida naquela infração.

Em relação à infração 3 afirma ser descabida a acusação de omissão de registro de entradas pois todas as mercadorias não vendidas são emitidas notas fiscais de retorno e o erro da fiscalização foi somar as notas de remessa para venda com as notas de venda efetiva, causando duplicidade nas saídas. Enfatiza que a última diligência comprovou tal fato ao afirmar o diligente que “*foi elaborado um demonstrativo de saídas e devoluções de mercadorias para vendas em veículos, cuja diferença está mais ou menos coerente com os resultados das omissões de saídas do levantamento quantitativo*”. Contesta ainda os valores apresentados pelo Fiscal uma vez que a base de cálculo também está equivocada, pois é bastante superior ao apresentado em sua defesa. Solicita uma nova análise criteriosa da documentação já apresentada para que se verifique a real existência das infrações.

Finaliza requerendo a improcedência da Decisão em razão da incerteza nos cálculos das infrações.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, a Dra. Maria José Ramos Coelho entendeu que a argüição de invalidade da intimação constante na súplica recursal deve ser acolhida pois o lançamento tributário apresenta falha capaz de gerar prejuízo ao contribuinte pois a ausência de intimação regular ao sujeito passivo quanto ao conteúdo da última diligência fiscal dificultou o pleno exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, pois a intimação materializou-se pela via postal, em endereço no qual não mais funciona mais a empresa, tendo sido assinada por pessoa desconhecida. Enfatizou que os documentos às fls. 1.233/1238 e 1284/1285 e 1.441 comprovam que o contribuinte já havia informado a alteração de endereço e que a administração já estava ciente de tal fato.

Opinou então pelo reconhecimento da nulidade da Decisão recorrida, com esteio no art. 18, inciso IV, do RPAF/BA, por entender que a falta de intimação regular comprometeu de maneira irremediável o direito de defesa previsto no Texto Magno, cabendo a decretação de nulidade dos

atos praticados após a realização da segunda diligência, inclusive a Decisão proferida pela 1<sup>a</sup> Instância.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício relativo às infrações 2 e 3 e Recurso Voluntário referente as infrações 1, 2 e 3.

Nos itens em apreço imputam-se ao sujeito passivo multa por descumprimento de obrigação acessória e a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque e falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do sujeito passivo, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, também apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

Analizando os autos, verifico que o processo foi convertido em diligência por duas vezes, sendo que a 1<sup>a</sup> diligência realizada pela ASTEC constatou que a empresa já não mais exercia as suas atividades comerciais no município de Lauro de Freitas, endereço cadastrado no sistema da Secretaria da Fazenda conforme Parecer ASTEC à fl. 883, tanto que de acordo com o citado Parecer os contatos para solicitação dos documentos foram efetuados através de e-mail e telefone da filial localizada no Estado do Espírito Santo.

A 2<sup>a</sup> diligência realizada pela Inspetoria de origem resultou no Parecer de fl. 1.28/1.285, que foi enviado via correios para o endereço anteriormente citado, entretanto, de acordo com o documento de fl. 1.440 a correspondência foi devolvida após três tentativas de entrega, sem obtenção de êxito, tendo em vista que segundo informações apostas no documento de fl. 1.441 a empresa estaria exercendo as suas atividades no Estado do Espírito Santo.

Portanto, assiste razão ao recorrente quando afirma que a intimação da segunda diligência realizada pela inspetoria de origem foi efetuada de forma irregular, através de via postal em endereço no qual não mais funcionava a empresa, dificultando assim, o pleno exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

Do exposto, voto pela nulidade dos atos processuais, a partir da intimação, inclusive, e consequentemente a Decisão da Primeira Instância.

Os autos deverão retornar a Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, devendo o órgão competente, antes, renovar a intimação acerca do resultado da diligência de fls.1284/1437, no endereço do advogado legalmente constituído, já que a empresa não mais exerce as suas atividades comerciais neste estado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206882.0325/05-8**, lavrado contra **ELSON'S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo o processo ser objeto de saneamento e, após, retornar à Primeira Instância para que se proceda a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

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