

PROCESSO - A. I. Nº 206882.0601/09-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SALUTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 3ª JJF nº 0099-03/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-13/12

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A falha processual não está no demonstrativo que fundamentou a infração, mas, sim, no fato de o autuado não ter recebido as notas fiscais que o embasaram, o que, efetivamente, cerceou o exercício de sua defesa. Vícios existentes passíveis de saneamento, devendo ser fornecido cópia ao sujeito passivo da documentação para, querendo, se manifestar e, em consequência, exercer o pleno exercício do seu direito de defesa. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0099-03/12, por ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente lhe imputado, sendo objeto deste Recurso de Ofício apenas a infração 1, a saber:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 610.808,79, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não discrimina as respectivas notas fiscais nos DAE(s) referentes à antecipação tributária, efetuando o recolhimento de maneira global, por período, não apresentando demonstrativo analítico de recolhimento, razão pela qual foi apurado o valor devido em cada mês, no período de fevereiro de 2008 a março de 2009.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 45.757,70, após manter procedentes as infrações 2 e 3, e nula a primeira infração, por cerceamento do direito de defesa, diante das seguintes razões:

No demonstrativo à fl. 11 constam os dados relativos à data, número da nota fiscal, valor contábil, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, T. V. A., alíquota, ICMS a recolher, ICMS recolhido, diferença de ICMS a recolher. Foi apurado o total do ICMS a recolher no período, que deduzido o valor total recolhido, apurou-se a diferença a recolher.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que a autuante deixou de considerar que, por força de convênio, a maior parte das mercadorias adquiridas e relacionadas nos demonstrativos que integram o Auto de Infração teve parte de seu tributo retido pelo estabelecimento fornecedor. Diz que também deixou de ser deduzida do montante apurado no levantamento fiscal, a integralidade dos recolhimentos efetuados.

O defendente também alegou que foi utilizada a MVA referente às operações interestaduais, considerando-se as regiões Sul e Sudeste, quando na realidade toda a comercialização efetuada pela empresa foi no mercado interno, razão pela qual deveriam ter sido aplicadas às margens relativas às operações locais.

Observo que se trata de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte estava ou não credenciado, constando nos autos notas fiscais de diversos estados, a exemplo de Tocantins, Goiás, Rio Grande do Norte.

Considerando que nos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 11 a 24 do PAF) não constavam indicações importantes para se compreender o levantamento fiscal, a exemplo da espécie de mercadoria, fornecedor, imposto apurado e Estado de origem, esta Junta de Julgamento Fiscal, em duas oportunidades, converteu o presente processo em diligência à infaz de origem (fl. 113) solicitando que a autuante adotasse as seguintes providências:

- 1. Elaborasse novos demonstrativos indicando o número da nota fiscal, o fornecedor, espécie de mercadoria, estado de origem, valor da mercadoria, MVA, base de cálculo da antecipação tributária, imposto apurado, crédito destacado na Nota Fiscal, imposto devido.*
- 2. Intimasse o autuado a comprovar todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação. Se comprovados os recolhimentos, que fossem acrescentados ao total recolhido em cada mês, os valores ainda não considerados no levantamento fiscal.*

A autuante não cumpriu o que foi solicitado, e apresentou o entendimento de que os demonstrativos de fls. 11 a 24 já incluem o número da nota fiscal, o valor da mercadoria, o crédito destacado na nota fiscal, MVA, e o imposto apurado. Quanto aos demais dados, a exemplo do nome do fornecedor, o Estado de origem e a espécie de mercadoria, disse que já estão relacionados nos documentos fiscais acostados às fls. 34 a 98 do PAF, que se referem às cópias das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal.

Na última informação fiscal, a autuante apresentou o mesmo posicionamento e disse que após o atendimento do órgão responsável, foi realizada a juntada das notas fiscais relacionadas na infração 01 (fls. 11 a 24), constando todos os dados de qualificação da operação. Disse que o mencionado fato superveniente supre a diligência de fls. 129/130, sem a conseqüente necessidade de reabertura do prazo de defesa, já que os referidos documentos têm como titular e destinatário o próprio autuado, e foram coletados no CFAMT/SEFAZ/BA.

Observo que a elaboração de levantamentos fiscais com as omissões referidas implica cerceamento do direito de defesa, na medida em que não permite a visualização completa dos dados utilizados na apuração do imposto exigido, inclusive em relação à identificação da operação, se interna ou interestadual, a alíquota e MVA, haja vista que há diferenças quanto ao percentual de MVA, entre as operações internas, mercadorias oriundas dos Estados do Sul/Sudeste, exceto Espírito Santo, demais Estados e Espírito Santo.

Inicialmente, a autuante juntou cópias de notas fiscais, fls. 34 a 98 do PAF, informando que se referem aos documentos utilizados no levantamento fiscal, constatando-se que as referidas notas fiscais acostadas aos autos não se encontram na mesma ordem em que foram elaborado o levantamento fiscal (fls. 11 a 24). Além disso, na última informação fiscal a autuante disse que acostou às fls. 134 a 284 dos autos as notas fiscais relacionadas na infração 01, constando todos os dados de qualificação da operação. Não houve a entrega ao defendente de cópias destas notas fiscais, nem reabertura do prazo de defesa, constituindo mais um cerceamento do direito de defesa.

A autuante também informou que foi impossível intimar o defendente, em razão do fechamento do estabelecimento e da não localização dos sócios responsáveis no endereço consignado no DIC, tornando dispensável a reabertura de novo prazo de defesa, em face da não juntada de novos demonstrativos aos autos.

Vale salientar, que a intimação do sujeito passivo deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, podendo ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal (art. 108, § 1º do RPAF/BA).

Não obstante a previsão legal acima reproduzida, a publicação de edital não supriria a omissão constatada nos autos, relativamente à falta de dados nos demonstrativos elaborados pela autuante e a não entrega ao defendente de cópias das notas fiscais anexadas pela autuante após a informação fiscal.

De acordo com o art. 18, inciso II do RPAF/BA, são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa. As falhas constatadas são insanáveis, não se trata de incorreção eventual e as omissões comprometem a eficácia do procedimento fiscal, implicando nulidade da autuação.

Assim concluo pela nulidade da primeira infração, por cerceamento do direito de defesa, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, impetrado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, restrito unicamente à infração 01, a qual foi julgada nula por cerceamento do direito de defesa, considerando que nos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 11 a 24) não constavam indicações importantes para se compreender o levantamento fiscal, a exemplo de espécie de mercadoria, fornecedor, imposto apurado e Estado de origem, tendo a JJF, em duas oportunidades, convertido o processo em diligência à INFAZ de origem solicitando que a autuante elaborasse novos demonstrativos indicando o número da nota fiscal, o fornecedor, espécie de mercadoria, Estado de origem, valor da mercadoria, MVA, base de cálculo da antecipação tributária, imposto apurado, crédito destacado na Nota Fiscal, imposto devido e, em seguida, intimasse o autuado a comprovar todos os recolhimentos realizados em relação às notas fiscais objeto da autuação, não tendo o preposto fiscal cumprido o solicitado sob o argumento de que os aludidos demonstrativos já incluíam o número da nota fiscal, o valor da mercadoria, o crédito destacado na nota fiscal, MVA e o imposto apurado, sendo que, no que diz respeito aos demais dados, a exemplo do nome do fornecedor, o Estado de origem e a espécie de mercadoria, já estão relacionados nos documentos fiscais acostados às fls. 34 a 98 e 134 a 298 do PAF, que se referem às notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal, o que supre a diligência solicitada, sem a conseqüente necessidade de reabertura do prazo de defesa, já que os referidos documentos têm como titular e destinatário o próprio autuado e foram coletados no CFAMT/SEFAZ/BA.

Em que pese a autuante não ter cumprido a diligência da JJF no sentido de acrescentar ao demonstrativo original novas informações, a exemplo do Estado de origem e a espécie de mercadoria, o que, diga-se de passagem, é reprovável, mesmo sob a justificativa de que tais dados constam das notas fiscais que fundamentam o levantamento fiscal, vislumbro que a Decisão recorrida incorreu em erro ao considerar nula a primeira infração, uma vez que o lançamento de ofício determina, com segurança, a referida infração, a qual está devidamente demonstrada e documentada, senão vejamos:

A infração 1 exige o valor de R\$ 610.808,79, relativo à constatação de que o autuado efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno, consoante demonstrativos às fls. 11 a 24 e documentos fiscais de fls. 34 a 95 e 134 a 284 dos autos, para os quais se aplica o mandamento da substituição tributária, nos termos previstos no art. 353, inciso II, item 9, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, tendo seu Anexo 88, no item 10.1, no caso concreto (operações interestaduais resultantes do abate) a MVA de 23% para os Estados do Sul/Sudeste, exceto Espírito Santo e de 16% para os demais Estados e do Espírito Santo; Logo a acusação fiscal está lastrada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, junto aos seus fornecedores localizados em diversos estados membros da Federação, sendo as mesmas legítimas e idôneas.

A diligência solicitada pela JJF, em síntese, acrescentaria ao demonstrativo original o Estado de origem, o nome do fornecedor e a espécie de mercadoria, haja vista que os demais dados já compunham do levantamento fiscal. Tais informações seriam necessárias para se apurar a MVA aplicada, partindo-se do pressuposto que todas as mercadorias são produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno. Contudo, conforme salientou a autuante, tais dados poderiam ser avaliados pelas notas fiscais que compunham o Processo Administrativo Fiscal, nas quais se constataria se realmente se tratam destes produtos e quais suas origens.

Assim, dentro desta linha de raciocínio, não ocorreria qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, salvo se não fosse o fato de que tais documentos fiscais, embaixadores da autuação, não foram entregues ao autuado, o que o impossibilitou de conferir as MVA aplicadas, assim como a espécie das mercadorias adquiridas e até mesmo a admissão de tais operações. Portanto, *data venia*, a falha processual não está no demonstrativo de fls. 11 a 24 dos autos, mas,

sim, no fato de o contribuinte não ter recebido as notas fiscais que o embasaram, o que, efetivamente, cerceou o exercício de sua defesa.

É certa a dificuldade existente em fornecer tais documentos ao sujeito passivo em razão do mesmo não se encontrar mais estabelecido, porém, assim como foi possível intimá-lo do resultado do julgamento de 1ª instância, através do endereço residencial do sócio, conforme documentos às fls. 304 a 306 dos autos, cujo recebedor da notificação possui o mesmo sobrenome do sócio, faz-se necessário o saneamento do PAF, conforme acima relatado, fornecendo sob recibo cópia de todos os documentos fiscais que fundamentam a primeira infração.

A anulação desse item do Auto de Infração obedece a regras, dentre as quais sobressai o princípio do aproveitamento dos atos praticados, em razão do qual se pode, dentro dos limites fixados na legislação pertinente, aperfeiçoar o ato, uma vez que os óbices ao saneamento, vislumbrados pelo ilustre relator e citados acima, não são capazes de determinar a nulidade absoluta do item em questão. Dessa forma, considero que os vícios existentes são passíveis de saneamento, até porque o fato de a autuante ter acostados novos documentos ao processo, relativos ao referido item, deve o sujeito passivo ser cientificado da referida documentação, com fornecimento de cópia da mesma, para querendo se manifestar e, em consequência, exercer o pleno exercício do seu direito de defesa sobre o caso concreto.

Portanto, deve o processo retornar à Primeira Instância para saneamento, inclusive aperfeiçoamento do demonstrativo através da própria ASTEC, se necessário, já que todos os dados encontram-se nos autos, reabertura do prazo de defesa e novo julgamento com apreciação do mérito da questão.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para decretar a nulidade da Decisão recorrida, afastando a nulidade da infração 1, por concluir que a acusação fiscal está devidamente documentada, conforme levantamento fiscal e documentos anexados aos autos, cabendo o devido saneamento do PAF, conforme previsto no art. 18, §§ 1º e 3º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **206882.0601/09-8**, lavrado contra **SALUTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS