

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0302/10-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0277-02/12
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 14/06/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0163-11/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Constando-se a existência de vícios procedimentos no presente lançamento de ofício, a exemplo da falta de apresentação, pelo autuante, dos demonstrativos das infrações 3, 4, 5 e 6; da não conclusão da revisão fiscal pela ASTEC, conforme determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, sem que resida nos autos qualquer justificativa para a mudança abrupta no curso da instrução do feito; e da falta de apreciação, pela Decisão recorrida, dos argumentos deduzidos pelo contribuinte em suas peças defensivas, deve ser decretada, de ofício, a nulidade da Decisão proferida, com o retorno dos autos à primeira instância, onde os defeitos deverão ser sanados. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0277-02/12), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, da qual constam as seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$69.521,79, transferido de forma irregular de estabelecimento de outra empresa, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$12.195,12, referente a lançamentos nos livros fiscais sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito, nos meses de outubro e dezembro de 2008, e janeiro de 2009.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$99.057,72, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$82.187,71, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$18.649,90, nas aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de dezembro de 2008, fevereiro, abril, maio e agosto de 2009.

6. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$6.111,42, nos meses de março e novembro de 2008, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

Incialmente, registro que o sujeito passivo comprovou equívocos no procedimento fiscal, concorrentes a: diferença de alíquota lançada no RAICMS não recolhida devido a saldo credor; exigência de antecipação parcial sobre aquisição de cervejas diretamente do fabricante em que estão retidos os valores referentes ao ICMS substituição tributária; mercadoria do regime de substituição tributária com destaque na nota fiscal e com o devido recolhimento através de GNRE; mercadoria calculada com MVA sobre produto que no período era tributado no regime normal e contava com redução da base de cálculo; retorno de equipamento enviado para manutenção, conserto; reposição de garantia; materiais promocionais; mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária – Convênio ICMS 85/93 e Ajuste SINIEF 04/93; antecipação parcial paga conforme DAE; diferença de alíquota paga conforme DAE; ativo fixo com redutor da base de cálculo; mercadorias com alíquotas diferenciadas; simples remessa de caixas e garrafas; e produtos da substituição tributária não passível de diferença de alíquota.

O autuante, por seu turno, acolheu em parte as alegações defensivas, e procedeu modificações nos levantamentos fiscais.

Diante disso, o processo foi baixado em diligência à ASTEC/CONSEF, a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal, cujo preposto fiscal indicado, trouxe ao processo a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, conforme Parecer ASTEC nº 24/2012, fls. 294 a 299.

Considerando que conforme intimação e AR dos Correios, fls. 452 a 453, o sujeito passivo, mediante intimação expedida pela Infaz Eunápolis, foi cientificado do Parecer ASTEC nº 24/2012, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado não se manifestou, considero este silêncio como uma aceitação tácita do resultado da referida revisão fiscal.

Assim, com base na revisão fiscal, passo a proferir o meu voto, pois foram esclarecidas satisfatoriamente todas as questões suscitadas pelo órgão julgador.

INFRAÇÃO 01 – CRÉDITO INDEVIDO (TRANSFERIDO DE FORMA IRREGULAR)

Consta na descrição do fato que o crédito fiscal foi considerado indevido, pela fiscalização, por ter sido transferido de forma irregular de estabelecimento de outra empresa.

Apesar de está assim descrito, foi esclarecido na revisão fiscal que os valores objeto da autuação que foram lançados no livro fiscal tratam-se de créditos decorrentes de aquisições para o ativo imobilizado, em razão de não ter sido apresentado à época da ação fiscal o livro CIAP.

Na revisão fiscal, após intimado, o autuado apresentou os referidos livros, constatando que os créditos fiscais escriturados no livro de Apuração do RAICMS, estão de acordo com os lançados no livro CIAP, conforme cópia dos citados livros às fls. 314 / 447.

Desta forma, considero insubstancial a exigência fiscal.

INFRAÇÃO 02 – CRÉDITO INDEVIDO (FALTA APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL)

A acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a lançamentos no RAICMS, sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito, conforme demonstrativo à fl.329.

Portanto, o fulcro da autuação diz respeito a apropriação de crédito fiscal referente à antecipação parcial não recolhida, isto porque não foram apresentados os respectivos documentos de arrecadação (DAEs).

O revisor fiscal informou que dos valores lançados no livro de Apuração do ICMS pelo autuado a título de outros créditos, objeto da autuação, apenas ficou comprovado o valor de R\$389,73 o qual se refere a pagamento em duplicidade, tendo o autuado formalizado processo junto à INFRAZ de Eunápolis, sendo-lhe concedido o direito ao creditamento, conforme fls. 301 / 309.

Quanto aos demais valores, diz que o autuado não comprovou justificativa para o estorno do débito, já que os valores pagos a título de antecipação parcial foram devidos.

Desta forma, tendo em vista o disposto no artigo 93, I-A, do RICMS/97, que não admite o lançamento do crédito fiscal sem o competente documento fiscal, e não tendo o autuado apresentado documento para descharacterizar a

acusação fiscal, fica mantido parcialmente o débito lançado neste item da autuação, reduzindo-se o débito para o total de R\$11.805,39, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2009	9/2/2009	24.982,94	17	60	4.247,10	2
31/10/2009	9/11/2009	22.638,18	17	60	3.848,49	2
31/12/2009	9/1/2010	21.822,35	17	60	3.709,80	2
		TOTAL		11.805,39		

INFRAÇÕES 03, 05 e 06

Estes itens serão analisados conjuntamente, pois o levantamento fiscal foi feito conjuntamente considerando os documentos fiscais, conforme documentos às fls. 10 a 37, e refeitos na informação através das planilhas às fls.256 a 279.

Na infração 03, exige-se neste item o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, referente ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls.319 a 323.

Na infração 05, a acusação é de falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Já a infração 06, a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Este três itens foram impugnados com base na alegação de que, conforme livro de Registro de Apuração de ICMS, os valores estão devidamente lançados, e o recolhimento não foi realizado, pelo motivo de que na apuração realizada mensalmente, o conta corrente acusou saldo credor, tendo anexado cópia do livro de apuração e das DMAs dos períodos informados.

O autuante na informação fiscal após analisar a documentação apresentada na defesa, acolheu em parte as alegações defensivas, justificando o porquê do não acolhimento, em relação a devolução/retorno de mercadorias, mercadorias não sujeitas à antecipação tributária, valores já recolhidos pelo contribuinte, peças de reposição, conserto e devolução de mercadorias, reposição de garantia, material promocional sem tributação.

Por conta disso, acostou ao processo o levantamento fiscal refeito para as infrações, conforme planilhas às fls.256 a 279, resultando na diminuição do débito para a infração 03 e manutenção do débito das infrações 05 e 06, para os valores: R\$92.035,40; R\$18.649,90 e R\$ 6.111,42, respectivamente, conforme demonstrativos de débitos abaixo.

Considerando que o autuado foi cientificado da informação fiscal e da revisão, e não se manifestou, deve ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
28/2/2008	9/3/2008	5.947,53	17	60	1.011,08	3
31/3/2008	9/4/2008	5.676,41	17	60	964,99	3
30/4/2008	9/5/2008	12.267,53	17	60	2.085,48	3
31/5/2008	9/6/2008	22.667,35	17	60	3.853,45	3
30/6/2008	9/7/2008	4.241,06	17	60	720,98	3
31/7/2008	9/8/2008	20.034,18	17	60	3.405,81	3
31/8/2008	9/9/2008	26.207,59	17	60	4.455,29	3
30/9/2008	9/10/2008	15.378,29	17	60	2.614,31	3
31/10/2008	9/11/2008	76.521,12	17	60	13.008,59	3
30/11/2008	9/12/2008	38.130,47	17	60	6.482,18	3
31/12/2008	9/1/2009	83.920,18	17	60	14.266,43	3
31/1/2009	9/2/2009	8.428,59	17	60	1.432,86	3
28/2/2009	9/3/2009	113.987,47	17	60	19.377,87	3
31/3/2009	9/4/2009	15.454,00	17	60	2.627,18	3
30/4/2009	9/5/2009	1.833,06	17	60	311,62	3
30/6/2009	9/7/2009	26.262,18	17	60	4.464,57	3
31/7/2009	9/8/2009	2.215,41	17	60	376,62	3
31/10/2009	9/11/2009	13.457,12	17	60	2.287,71	3
30/11/2009	9/12/2009	21.990,35	17	60	3.738,36	3
31/12/2009	9/1/2010	26.764,82	17	60	4.550,02	3
		TOTAL		92.035,40		
Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.

31/12/2008	9/01/2009	73.888,00	17	60	12.560,96	5
28/2/2009	9/3/2009	6.050,24	17	60	1.028,54	5
30/4/2009	9/5/2009	8.041,18	17	60	1.367,00	5
31/5/2009	9/6/2009	8.092,65	17	60	1.375,75	5
31/8/2009	9/9/2009	13.633,24	17	60	2.317,65	5
TOTAL					18.649,90	
Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
31/3/2008	9/4/2008	21.523,06	17	60	3.658,92	6
30/11/2008	9/12/2008	14.426,47	17	60	2.452,50	6
TOTAL					6.111,42	

INFRAÇÃO 04 – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA (MERCADORIAS DO ANEXO 88)

Neste item está sendo exigido, o ICMS que deixou de ser recolhido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

Neste caso, o sujeito passivo alegou que de acordo com o art. 353, até Março/2009, as mercadorias constantes dos Anexos 88 e 89, eram tributadas no regime normal, desta forma não eram passíveis de MVA.

Mantido o lançamento do débito deste item, pois o autuado não apontou quais mercadorias não estariam sujeitas à substituição tributária.

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
31/1/2008	9/2/2008	1.663,35	17	60	282,77	4
28/2/2008	9/3/2008	3.571,18	17	60	607,10	4
31/3/2008	9/4/2008	29.257,82	17	60	4.973,83	4
31/5/2008	9/6/2008	31.962,41	17	60	5.433,61	4
30/6/2008	9/7/2008	2.008,41	17	60	341,43	4
31/8/2008	9/9/2008	22.195,88	17	60	3.773,30	4
31/10/2008	9/11/2008	88.342,59	17	60	15.018,24	4
31/12/2008	9/1/2009	63.032,59	17	60	10.715,54	4
28/2/2009	9/3/2009	69.340,76	17	60	11.787,93	4
31/3/2009	9/4/2009	30.179,71	17	60	5.130,55	4
30/4/2009	9/5/2009	13.848,94	17	60	2.354,32	4
31/5/2009	9/6/2009	12.033,24	17	60	2.045,65	4
31/8/2009	9/9/2009	22.758,76	17	60	3.868,99	4
31/10/2009	9/11/2009	46.768,65	17	60	7.950,67	4
31/12/2009	9/1/2010	28.444,59	17	60	4.835,58	4
TOTAL					79.119,51	

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$207.721,62.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de primeira instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito do Recurso de Ofício, verifico haver uma questão preliminar relativa ao julgamento das infrações 3, 4, 5 e 6, conforme a seguir passa-se a expor:

Infrações 3, 4, 5 e 6 - Tratam-se de acusações de falta de recolhimento de diferença de alíquotas sobre bens de uso e consumo, antecipação tributária, antecipação parcial e diferença de alíquotas de ativo imobilizado, respectivamente.

Inicialmente, cumpre registrar que o autuante deixou de instruir a autuação com os demonstrativos de débito de cada uma dessas infrações, elaborados separadamente, o que é aconselhável que se faça, para possibilitar o exercício pleno do direito de defesa por parte do contribuinte.

Ademais, na informação fiscal, o autuante alterou o lançamento dessas três infrações, deixando, mais uma vez, de apresentar os demonstrativos de débito, em separado, para cada uma das acusações. A conduta do autuante obstou, inclusive, a conclusão da diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, conforme trecho do Parecer da ASTEC a seguir transcrita:

"Quanto às infrações 03, 04, 05 e 06, considerando que o autuante, conforme o próprio Relator menciona à fl. 291, prestou sua informação fiscal, concordando em parte com as alegações defensivas, porém deixou de elaborar o demonstrativo de débito para cada infração, não foi possível efetuar a diligência" (fl. 298).

Observe-se que a diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal tinha por objeto a realização de uma revisão fiscal no lançamento de ofício, diante das alegações e das provas apresentadas pelo sujeito passivo em sua defesa. Inobstante o desatendimento à diligência, a Junta procedeu ao julgamento do feito baseando a procedência parcial dessas infrações unicamente no silêncio do sujeito passivo, como entende lhe autorizar o art. 140, do RRAF/99, *in verbis*:

"Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas".

Em primeiro lugar, cumpre salientar que o silêncio do contribuinte ou do preposto fiscal, no âmbito do processo tributário, não tem o condão de tornar verdadeira uma afirmação formulada sem o devido lastro probatório, tanto que, mesmo nos casos de revelia, é feito o controle da legalidade dos lançamentos de ofício e, em sendo o caso, é determinado o seu arquivamento por vícios legais - sejam matérias de fato, sejam matérias de direito.

Assim, o silêncio do sujeito passivo quanto a uma diligência que nem mesmo foi concluída não implica desistência da defesa apresentada, cabendo ao Órgão Julgador apreciar os argumentos deduzidos naquela oportunidade, sob pena de nulidade.

Veja-se que a norma contida no art. 140, do RPAF/99, trata, exclusivamente, das controvérsias fáticas, o que não é a hipótese dos autos, em que o sujeito passivo impugna a incidência do imposto nas operações que são tratadas nestas informações e critica o procedimento adotado pelo autuante. Quanto a essas matérias jamais pode haver confissão, muito menos tácita.

Ademais, cumpre registrar que o contribuinte foi intimado a se manifestar sobre a informação fiscal do autuante e atendeu ao chamado, apresentando a petição de fls. 283/288, na qual se insurge quanto ao posicionamento adotado pelo preposto fiscal. Ora, como a ASTEC não pôde promover a revisão diante da falta dos demonstrativos, pergunta-se: qual o efeito da alegada confissão do contribuinte acerca de uma revisão que não foi realizada? Nenhum, com a devida licença.

O julgamento submetido à revisão desta Câmara embasou-se, exclusivamente, na informação fiscal, sobre a qual o contribuinte manifestou-se expressamente, não havendo qualquer justificativa para que se deixe de apreciar tal manifestação. A par disso, quanto à infração 4, a Decisão primária sequer explicita o fundamento para a desoneração levada a efeito, revelando incorrigível falta de fundamentação, também no particular.

Nesse contexto, verifico a existência de vícios insanáveis nesta instância. São eles: a) a falta de apresentação, pelo autuante, dos demonstrativos das infrações 3, 4, 5 e 6; b) a não conclusão da revisão fiscal pela ASTEC, conforme determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, sem que resida nos autos qualquer justificativa para a mudança abrupta no curso da instrução do feito (a Junta determinou a realização de revisão fiscal, por entendê-la necessária ao julgamento. Mesmo sem a conclusão da diligência, a Junta promove o julgamento do processo, sem ao menos dizer porque aquela diligência, antes imprescindível, tornou-se irrelevante); c) falta de apreciação, pela Decisão recorrida, dos argumentos deduzidos em sede de defesa e na manifestação de fls. 283/288.

Ante o exposto, com fulcro no art. 18, do RPAF/99, e por ter constatado a existência de cerceamento de defesa, nulidades processuais e carência de fundamentação do julgamento recorrido, voto pela decretação da NULIDADE processual, atingindo, inclusive, a Decisão de piso, devendo os autos retornar à primeira instância, onde os vícios deverão ser sanados, mediante a apresentação, pelo autuante, dos demonstrativos relativos a cada uma dessas infrações, isoladamente, a conclusão da revisão fiscal pela ASTEC/CONSEF e a prolação de nova Decisão, apreciando os argumentos de defesa apresentados pelo sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pela declaração, de ofício, da NULIDADE da Decisão de Primeira Instância, julgando prejudicado o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **272041.0302/10-4**, lavrado contra **CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA**. devendo os autos retornar à primeira instância, para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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