

PROCESSO - A. I. Nº 206882.0302/09-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0075-02/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0189-12/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão que deixou de apreciar argumento suscitada nas razões de defesa. Retornam-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso Voluntário **PROVIDO**. **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 2ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado na infração 1 e a totalidade da infração 2.

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2009, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$230.897,79, além de multa cominada à infração 1 e acréscimos legais, em razão das seguintes irregularidades:

***Infração 1** – Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 209.364,70, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores de Caixa, no período de junho a novembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 27 a 914.*

***Infração 2** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril e maio, agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$21.533,09, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 10 a 21 e 22*

A 2ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, julgando procedente em parte a autuação para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$ 131.222,22, acrescido da multa de 70% previstas no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, “*in verbis*”.

VOTO

(...)

Quanto à infração 01, o patrono do autuado alegou na defesa que o Fluxo de Caixa não seguiu a ordem das datas de recebimento e de pagamentos realizados. Disse que não recebeu cópias das notas fiscais listadas à fl. 922do PAF. Foi dito ainda que todos os registros foram lançados pela fiscalização como sendo compras "pagas a vista," tendo argüido que a maior parte das aquisições foram realizadas a prazo e que no setor atacadista parte das compras é paga entre 15e 30 dias. O autuado informou também que trabalha com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.

Sobre a infração 02, o defendente considerou que sua defesa encontra-se prejudicada, por entender que houve descumprimento ao artigo 46do RPAF/99,porque não recebeu cópia das notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal.

Diante de tais alegações defensivas, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como dotar o Estado da certeza quanto ao crédito tributário, ora exigido, esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar deliberou pelo encaminhamento do processo à INFAZ de origem para que fossem adotadas as providências constantes no despacho de diligência às fls. 1.009a 1.010.

Após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, quais sejam, o auto de infração, demonstrativos, cópias de notas fiscais, intimações, impugnações e informações fiscais, passo a proferir meu voto a partir do resultado da citada diligência determinada pelo órgão julgador.

Infração 01

Esta infração é concernente a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de Caixa, em diversos meses de junho a novembro de 2005.

O débito foi apurado mensalmente mediante o Fluxo de Caixa, conforme demonstrativos às fls.27 a 41, nos quais, partindo do saldo inicial de Caixa existente em 01/01/2005, foram considerados como débito os recebimentos das vendas realizadas, e como crédito os pagamentos das notas fiscais que especifica e demais pagamentos identificados no Livro Caixa, apurando os saldos credores, e exigindo o respectivo imposto.

O saldo credor da conta "Caixa" indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, a irregularidade encontra amparo no art. 1º, § 3º, inciso I, do RICMS/97.

Para elidir tal presunção, o sujeito passivo na peça impugnatória tomou por base nas seguintes premissas: 1) que o Fluxo de Caixa não seguiu a ordem das datas de recebimento e de pagamentos realizados; 2) que não recebeu cópias das notas fiscais listadas à fl. 922 do PAF; 3) que todos os registros foram lançados como sendo compras "pagas a vista," e que a maior parte das aquisições foram realizadas a prazo; 4) existência de credenciamento nos termos do Decreto nº 7.799/00, para redução da base de cálculo em 41,176% de operações com alíquota de 7%. 5) que o estabelecimento comercializa também com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.

Premissa 1:

Conforme frisou a autuante, o fluxo de Caixa foi feito obedecendo as datas dos documentos fiscais e dos registros no livro Caixa, e no caso das vendas foi considerado o total registrado nos livros fiscais e lançado no último da cada mês. Não existe nenhum impedimento que os saldos sejam apurados no final do mês, conforme fez a autuante, uma vez que a apuração do imposto normal deve ser feita mensalmente. O autuado, por seu turno, alegou, mas não apresentou qualquer demonstrativo ou documento comprovando as reais datas de pagamento que entende corretas.

Premissa 2:

A alegação de que as notas fiscais listadas à fl. 922 não constam do LRE ou do livro Caixa, bem como que não recebeu cópias das notas fiscais, foi esclarecida na informação fiscal que tais documentos fiscais foram fornecidos pelo próprio autuado, inclusive no atendimento da diligência requerida pelo órgão julgador, foi demonstrado para cada nota fiscal o valor correspondente e a folha do Registro de Entradas onde se encontra escriturada, exceção da NF 229402 que se encontra à fl. 656-A. Ressalto que o patrono do autuado tomou conhecimento do resultado da diligência fiscal às fls. 1.004 e 1.005, e ao se manifestar sobre a referida nota fiscal, pugnou pela multa por falta de escrituração, se a cópia da nota fiscal existente no processo for a primeira via ou captada pelo CFAMT. Não acolho este argumento, uma vez que por se tratar de cópia da primeira via, tudo indica que a mesma foi fornecida à fiscalização juntamente com as demais constantes no arquivo do autuado. Assim, realmente não justifica o pedido do autuado para entrega de cópias de tais documentos fiscais, devendo todas elas serem mantidas no levantamento fiscal, inclusive as que não foram escrituradas nos livros fiscais.

Premissa 3:

O autuado não apresentou em sua impugnação qualquer documento de prova no sentido de que os registros lançados no Fluxo de Caixa como sendo compras "pagas à vista" se referem na maior parte das aquisições em compras realizadas a prazo.

Premissa 4:

Não tem fundamento o pedido do autuado para que seja reduzida a base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, uma vez que por se tratar presunção de omissão de saídas, referente a operações anteriores não levadas à tributação do imposto, não existe previsão para tal, a não ser que o autuado tivesse demonstrado quais foram as operações anteriores que não foram tributadas, inclusive, se fosse o caso, as operações realizadas à alíquota de 7%. Por outro lado, cumpre ainda observar que estas questões não se inclui na proporcionalidade prevista na IN 56/2007.

Premissa 5:

Quanto a alegação de que o estabelecimento comercializa também com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas, a autuante ao atender a diligência requerida às fls. 1.009 a 1.010, elaborou à fl. 1.019 os percentuais das saídas tributadas, cujo resultado foi acolhido pelo autuado.

Assim, com base nos citados percentuais, o autuante aplicou sobre o débito apurado no Fluxo de Caixa a proporcionalidade, adotando o percentual das mercadorias tributadas, na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, conforme demonstrativo à fl.1.019, resultando na diminuição da exigência fiscal para o valor de R\$131.222,22.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para a revisão do lançamento deste item, com base no art. 147, inciso I, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas. Ressalto que o órgão julgador já baixou o processo em diligência para esclarecimentos das questões que entendeu necessárias, conforme despacho de diligência às fls. 1.009a 1.010.

Mantido parcialmente o lançamento em virtude de o autuado não ter comprovado a origem dos Recursos utilizados para o pagamento dos saldos credores apurados no trabalho fiscal.

Infração 02

Trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 10% do valor das mercadorias, decorrente da falta registro na escrita fiscal das notas fiscais de mercadorias tributadas relacionadas nos demonstrativos às fls. 16, 21 e 22.

Verifico que a mesma foi fundamentada em dados de notas fiscais informados por terceiros, sendo que a autuante disse que forneceu cópias do Relatório "Sintegra" Não constam dos autos referidos documentos fiscais, bem como cópia de recibo com declaração expressa do autuado acusando o recebimento de tais documentos.

Para chegar à conclusão fiscal a autuante tomou por base dados de notas fiscais informados por terceiros, identificadas a partir das informações constantes nos relatórios dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, sendo que a autuante em sua informação fiscal disse que forneceu cópias ao autuado dos referido "Sintegra" Não constam dos autos cópias das notas fiscais, bem como cópia de recibo com declaração expressa do autuado acusando o recebimento de tais documentos.

Diante disso, conforme dito acima, o processo foi baixado em diligência para que a autuante anexasse aos autos os documentos fiscais constantes do demonstrativo relatório Sintegra fls. 16 a 26, e fornecesse cópia ao autuado.

Considerando a informação da autuante constante à fl.1.020, de que, apesar de justificar o seu procedimento, não possui quaisquer documentos relativos às notas fiscais relacionadas no Relatório Sintegra que serviu de base à autuação, não há como prosperar este item.

Desta forma, diante da falta de elementos de prova, o lançamento em questão não possui elementos suficientes para se caracterizar a infração, impondo a sua nulidade com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$131.222,22, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Ante a sucumbência da Fazenda Pública Estadual, a 2ª JJF recorre de ofício da Decisão por ela prolatada.

Devidamente cientificado, o contribuinte retorna tempestivamente aos autos, fls. 1072/1078, e de plano suscita a nulidade da Decisão recorrida por supressão de instância e consequente cerceamento do direito de defesa. Para a arguição que faz, diz que a Junta de Julgamento Fiscal não se pronunciou sobre a questão da antecipação parcial, constante dos itens 18 da defesa e 05 da manifestação datada de 20/07/11.

Pugna pela nulidade da Decisão combatida e, alternativamente, pede que a CJF conheça do seu pedido de dedução proporcional dos valores pagos a título de antecipação parcial com supedâneo em suas razões.

Também reitera o pleito de nulidade do lançamento por inexistência do termo de início de fiscalização, aduzindo que apenas na hipótese do encerramento da ação fiscal, sem autuação, é que se poderia falar em espontaneidade, antes de ser outra fiscalização instaurada. Lembra que uma vez lavrado o Auto de Infração, somente por meio do reconhecimento da nulidade o autuado poderia ter de volta seus direitos.

Com respeito à espontaneidade, assevera que é um contrassenso a afirmação da JJF de que o recorrente poderia ter utilizado a espontaneidade para recolher o débito que julgasse devido no âmbito deste PAF, tudo porque, registra o recorrente, *“a própria existência do PA é incompatível com o pagamento espontâneo”*. Também aduz que as intimações para a apresentação de documentos e arquivos magnéticos, por falta de previsão legal, não substitui o termo faltante, pois, datadas de 04/11/08, quando a autuação aconteceu em 30/03/09, momento em que até mesmo o termo de intimação não mais possuía validade, tudo a indicar que no momento da autuação não existia termo de início ou termo de intimação válido, não podendo o Auto de Infração ser lavrado. Nessa esteira, afirma que foi afrontada regra estatuída pelo CTN, não podendo ser o Contribuinte prejudicado, sobretudo com base em premissas falsas e ilegais. Cita o Acórdão CJF nº 0157-11/09, afirmando que a tese esposada já foi acolhida por este CONSEF.

Também aduz a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do seu direito de defesa, na medida em que a JJF baseou seu julgamento em diligência que não foi cumprida integralmente, dado que os julgadores determinaram que o recorrente fosse intimado a apresentar a relação dos pagamentos realizados a prazo, e o autuante não atendeu. Acrescenta que a simples leitura das notas acostadas aos autos já é suficiente para se constatar inúmeras notas com pagamentos à prazo e parcelados (ex. fls. 415, 417, 420, 421, 423, 424, 428, 434, 437, 441, 462 etc). Registra que o não cumprimento integral da diligência requerida, torna inócua e sem sustentação a fundamentação do Relator de piso que afirmou que *“O Autuado, por seu turno, alegou, mas não apresentou qualquer demonstrativo ou documentos comprovando as reais datas de pagamentos que entende corretas”*.

Adentrado ao mérito, no que tange a infração 1, afirma que deve ser determinada a exclusão da NF 229402, no valor de R\$27.960,00, do *“fluxo de caixa”*. Informa que a própria Autuante diz que não foi lançada, logo, não representando uma operação efetiva. Aduz que se considerada a referida Nota Fiscal, caberia a aplicação de multa em razão da falta de escrituração.

Quanto ao cálculo da proporcionalidade, diz que concorda com os percentuais apresentados para as mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária, contudo, entende que resta se fazer a proporção pertinente às mercadorias taxadas com alíquota de 7% (6% do total das aquisições no período).

Referentemente à antecipação parcial, reitera as razões de defesa e insiste que a matéria aventada não objeto de apreciação por parte da JJF, que apenas disse que a questão da alíquota de 7% não se encontra, como se a Instrução Normativa nº 56/07 fosse a única base legal.

Por derradeiro, referindo-se à infração 1, Finaliza, diz que em consonância com o Parecer exarado no Processo nº 047744200500, faz jus à redução de base de cálculo em 41,176%, em razão do seu credenciamento no termos do Decreto nº 7.799/00. Nesse sentido, considerando que a concessão já se encontrava vigente, entende que deve ser feita a redução nos termos do referido Parecer. Cita Acórdãos deste CONSEF para dizer que em se tratando de cobrança por presunção, deve ser considerado o regime especial que possuía o autuado, dentro dos mesmos princípios que regem a proporcionalidade.

Consigna que à revelia das decisões e material juntado pela defesa, o Julgador exigiu que se provasse *“quais foram as operações anteriores que não foram tributadas, inclusive, se fosse o caso, as operações realizadas à alíquota de 7%”*, o que vai de encontro a todo sentido da norma e das posições firmadas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, fazendo incidir imposto, por presunção, como se fatos geradores tivessem sido identificados e comprovados. Junta cópia do Acórdão CJF nº 0244-11/11, assim como de diligência realizada no processo correspondente e demonstrativos da auditoria de estoques, com o fim de demonstrar e deixar clara a utilização da dedução da redução da base de cálculo, em razão de estar em vigor o pertinente Termo de Acordo. Ressalta que no caso indicado, conforme item 02, a cobrança igualmente se deu por *“presunção de omissão de receita”*, para a qual o roteiro de auditoria adota o levantamento quantitativo por espécie.

Pugna, reiterando o pedido de produção de todos os meios de prova em direito admitidos, pela nulidade da Decisão recorrida ou do Auto de Infração, ou, ainda, pela improcedência do item 01 do Auto de Infração, ou, pelo menos, com relação ao item 1, o abatimento do percentual de 6% relativo às vendas tributadas com 7% e a dedução, sobre o saldo, de 41,176%, correspondente ao regime especial em vigor na data dos fatos presumidos, com aplicação do art. 155, § único, do RPAF, visando uma maior celeridade processual.

Chamada aos autos para exarar Parecer opinativo, a PGE/PROFIS, pela n. procuradora Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, às fls. 1109/1111, entende que estão presentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão da Decisão recorrida.

Primeiro, referentemente à suscitada nulidade do Auto de Infração em razão da falta do Termo de Início, entende a n. Procuradora que os documentos colacionados às fls. 06/07 (Termo de Intimação para apresentação de Informações em meio magnético) suprem a formalidade legal.

Registra que a lavratura do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial à validade do procedimento fiscal, e o seu descumprimento resulta em vício insanável, por inobservância do devido processo legal com implicações no direito de defesa do contribuinte, contudo, para o caso em apreço, a autuação não padece de vício, haja vista que consta a intimação prévia e válida do autuado para apresentação de livros e documentos fiscais.

Quanto à supressão de instância suscitada, entende que assiste razão ao recorrente. Diz que apesar da matéria ter sido trazida à baila diversas vezes, a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal é omissa quanto à apreciação específica da possibilidade de efetivação das deduções dos valores pagos a título de antecipação parcial. Destaca que em que pese tecer considerações acerca do cálculo da proporcionalidade, a JJF não aborda a questão da antecipação parcial. Nessa esteira, consigna que a Decisão proferida pela JJF padece de nulidade absoluta e insanável, a rigor do que preceitua o Art. 18, II, do RPAF/99.

Opina pela declaração de nulidade da Decisão recorrida.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 2ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0075-02/12 que impõe sucumbência da Fazenda Pública estadual em relação às infrações 1 e 2, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido em razão da Decisão de primeiro grau.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo, vejo que de plano o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida por supressão de instância e consequente cerceamento do direito de defesa, tudo em razão de os julgadores de primo grau não haverem se manifestado sobre a questão da antecipação parcial, constante dos itens 18 da defesa e 05 da manifestação datada de 20/07/11.

É de fácil verificação que o autuado, ora recorrente, trouxe à baila, em diversas oportunidades, a matéria referente à antecipação parcial do ICMS, especificamente no item 18 da sua defesa, fls. 924/925, cuja tratativa é contundente e expressa, mencionando, inclusive, DAE's através dos quais teriam sido recolhidas importâncias a título de antecipação parcial.

Por outro lado, não há no Acórdão vergastado a necessária análise da matéria e a consequente Decisão, devidamente fundamentada, requisito necessário à higidez de um *decisum*, a rigor, inclusive, do art. 93, IX, da CF/88. Nesse sentido, alinhado ao Parecer opinativo exarado pela n. Procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, às fls. 1109/1111, e com supedâneo no art 18, II, RPAF/BA, entendo que assiste razão à Recorrente, motivo pelo qual VOTO

no sentido de PROVER o Recurso Voluntário para tornar NULA a DECISÃO expressa no Acórdão nº 0075-02/12.

Retorne-se o presente PAF para a instância *a quo* a fim de que seja analisada a questão suscitada pelo Recorrente (item 18 da peça de defesa), devendo ser devolvido ao Contribuinte o prazo para interposição de Recurso.

Em tempo, considerando que o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do seu direito de defesa, na medida em que a JJF baseou seu julgamento em diligência que não foi cumprida integralmente, recomenda-se que seja dedicada especial atenção à questão.

Quanto ao Recurso de Ofício, dada a Decisão que torna NULA o Acórdão recorrido, fica PREJUDICADO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **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 **206882.0302/09-0**, lavrado contra **REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS