

PROCESSO - A. I. N° 151301.0001/12-2
RECORRENTE - ANTONIA RIBEIRO BARRETO (MERCADÃO RIBEIRO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0248-04/12
ORIGEM - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 30.07.13

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0283-13/13

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Não se vislumbra nos autos a comprovação da entrega ao autuado dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentam as acusações fiscais, de forma a lhe proporcionar plenas condições de exercer o direito de defesa. Vício passível 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 processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4ª JJF - através do Acórdão JJF n° 0248-04/12 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 30/03/2012 para exigir o débito de R\$ 361.889,93, apurado em razão da constatação de oito infrações, todas objeto deste Recurso Voluntário.

INFRAÇÃO 1 - Multa de R\$ 50,00 em razão da constatação de omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem escrituração, apurado através do levantamento quantitativo de estoque de mercadorias no exercício de 2010;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 5.079,91, constatado pela presunção legal de omissão de saídas tributáveis, ao se apurar diferenças de entradas de mercadorias em levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2010;

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, no valor de R\$ 27.495,58, por ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária desacompanhadas de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício fechado de 2010;

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 7.968,41, de responsabilidade do próprio contribuinte, em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais da margem de valor agregado, por ter adquirido de terceiro mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária desacompanhadas de documento fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício 2010;

INFRAÇÃO 5 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 26.394,23, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no período de: janeiro, fevereiro, julho, agosto, outubro e novembro 2010;

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 209.423,89, na qualidade de sujeito passivo por substituição, inerente às aquisições interestaduais de

mercadorias dos anexos 88 e 89, no período de fevereiro, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro 2010;

INFRAÇÃO 7 - Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 84.456,69, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições interestaduais de mercadorias dos anexos 88 e 89, no período: janeiro, março, maio, julho e outubro 2010;

INFRAÇÃO 8 – Multa, no valor de R\$ 1.021,22, correspondente a 60% da parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições interestaduais de mercadorias, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de: abril, maio, agosto e outubro 2010.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, tendo a JJF, inicialmente, consignado não ter amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, visto que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, as fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos específicos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento de direito. Assim, examinando os autos não identificou violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações.

Salienta que não há objetivo protesto quanto aos dados e valores autuados, uma vez que, além da genérica preliminar de nulidade, o impugnante apenas se limita: a) não reconhecer dever o imposto exigido na infração 1 quando nesta se aplica uma multa fixa; b) não reconhecer dever a multa de 100% citada na infração 2, pela qual se exige ICMS de R\$ 5.079,91 por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada em levantamento quantitativo de estoque; c) informar que as mercadorias computadas entradas no levantamento da infração 3, saíram normalmente tributadas, não cabendo a multa de 100% incidente sobre o ICMS de R\$ 27.495,58 relativo à aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária sem documentação fiscal, apurado por levantamento quantitativo de estoque; d) não aceitar a cobrança da multa de 60% sobre R\$ 7.968,41, relativo à antecipação tributária, de sua responsabilidade, apurado em função do valor acrescido pela margem de agregação das mercadorias sujeitas à ST adquiridas sem documentação fiscal, conforme apuração da infração 3; e) não discordar do valor exigido pela infração 5 (R\$ 26.394,23), mas não aceitar a cobrança da multa de 60% sobre tal valor; f) pelos mesmos motivos que justifica para a infração 4, não aceitar a multa de 60% sobre R\$ 209.423,89 relativo ao imposto que deveria ser pago por antecipação parcial (infração 6); g) do mesmo modo, não aceitar a multa de 60% sobre R\$ 84.456,69, relativo ao ICMS antecipação por substituição tributária recolhido a menos na qualidade de sujeito passivo por substituição (infração 7); e; h) pelos mesmos motivos que justifica para a infração 4, também não aceitar a multa percentual de 60% incidente sobre a parcela do imposto que deveria ser pago por antecipação parcial (infração 8). Contudo, o órgão julgador não vislumbra qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Também, com fulcro no art. 147, I, do RPAF/99, indefere o pedido de diligência por considerar suficientes os elementos existentes no processo para formação do convencimento dos julgadores.

Destaca que no mérito a autuada não nega as infrações, ao contrário, as confirma, pois apenas exaustivamente repete argumentos doutrinários afeitos à nulidade continuando a se referir a vícios e erros que objetivamente não aponta no procedimento fiscal, do que entende a JJF que se devem aplicar as disposições previstas nos artigos 140, 142 e 143 do RPAF, haja vista as acusações não terem sido contestadas e a recusa em comprovar os fatos controversos com elemento probatório, o que importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, pois a simples negativa do cometimento das infrações não a desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

A despeito disso, mas sem prejuízo da incidência dos dispositivos legais citados, o órgão julgador passa a discorrer sobre as infrações, salientando que os valores exigidos pelas infrações 1 a 4 foram apurados por auditoria em levantamento quantitativo de estoque, computando o movimento das quantidades das mercadorias comercializadas pelo autuado no período que compreende, com

base nos documentos e escrituração fiscal que o próprio autuado apresentou para o desenvolvimento da ação fiscal, do que concluiu que tal procedimento não se confunde com levantamento financeiro que o sujeito passivo alega ser necessária análise no livro Caixa e que, segundo ele, nulificaria o Auto de Infração por não ter sido feito. Assim, não sendo apontado na impugnação e não verificando vícios fáticos quanto a seus dados, a JJF assume como corretos os valores exigidos pelas infrações, as quais restam caracterizadas e integralmente subsistentes.

Observa, ainda, que se tratando de operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, não se aplica a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/2000, conforme mencionado no seu art. 4º, e na apuração da infração 2 (presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis) foi corretamente aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

Já a infração 5, a JJF destaca que se exige ICMS relativo a crédito fiscal referente a mercadoria adquirida com pagamento antecipado do imposto com encerramento da fase de tributação e que está expressamente vedado pelo art. 97, I, “b” do RICMS-BA, o que implicou em recolhimento a menos de ICMS nos períodos de apuração em que foi utilizado, agredindo, ainda, a disposição contida no art. 124 do RICMS. Diz que essa infração está demonstrada no Anexo VI, e o impugnante, a despeito de expressamente não discordar de ter cometido a infração, apenas não aceita a pertinente e legal imposição de multa no percentual de 60%. Assim, conclui pela subsistência da exação.

Na infração 6 (falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição), conforme demonstrada às fls. 310 a 346, a JJF igualmente salienta que a autuada também não nega o cometimento da infração e se limita a não aceitar a cobrança da multa legal de 60% sobre o valor devido dizendo, sem comprovar, que o ICMS foi recolhido pelas saídas das mercadorias e que não se observou com exatidão a existência de pagamentos do ICMS antecipado (o que também vale para as infrações 7 e 8).

Aduz a Decisão recorrida que a obrigação de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição na atividade comercial que o autuado desenvolve (atacadista) é prevista nos artigos 371 e 125, II, “b”, combinado com o art. 61, todos do RICMS-BA e, por esta infração, como se vê no demonstrativo e documentos fiscais probatórios (fls. 310 a 346), não houve pagamento de ICMS por antecipação. Assim, a autuada por alegar apenas que as mercadorias objeto da infração não são sujeitas à tributação pelo que não existiria fato gerador do imposto, o que não é o caso, tendo em vista a antecipação tributária total, a JJF conclui pela subsistência da infração.

A infração 7 difere da 6 apenas por exigir a diferença do ICMS em face do devido ter sido recolhido a menos e, conforme se vê no demonstrativo às fls. 348 a 350, ao contrário do que alega o impugnante, os pagamentos ocorridos foram considerados na autuação. Assim, tendo em vista que a alegação defensiva para esta infração é a mesma dada à infração 6, já devidamente apreciada, a JJF também considera subsistente esta infração.

Por fim, na infração 8 (fl. 373) se exige apenas a multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial tendo em vista a saída posterior da mercadoria tributada normalmente, a JJF destaca que esta infração, também, o impugnante não nega ter cometido e dela se defende emprestando os mesmos argumentos dados à infração 4, ainda que se confunda quanto à espécie de antecipação tributária, uma vez que a infração 4 se refere à antecipação total na qualidade de sujeito passivo por substituição e esta infração cuida de antecipação parcial sem encerramento da fase de tributação. Contudo, se limita (mais uma vez) a não aceitar a cobrança da multa de 60% que é a legalmente prevista para o caso, conforme § 1º do art. 42 da Lei 7014/96. Quanto ao direito ao crédito, a Decisão é de que não há de se falar, pois não houve o pagamento da antecipação parcial. Mantém a infração.

Por derradeiro, o órgão julgador destaca que a competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal suscitada nesse caso é da Câmara Superior do CONSEF, para onde, querendo, o impugnante deve redirecionar o pedido (RPAF: art. 159), não tendo este colegiado administrativo competência para apreciar questão de constitucionalidade e

ilegalidade de norma vigente (RPAF: art. 167). Aduz, ainda, não haver na legislação previsão para redução de acréscimos moratórios. Assim, julga o Auto de Infração procedente.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4^a JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 455 a 471 dos autos, onde reitera os mesmos argumentos defensivos, no qual aduz, preliminarmente, que a notificação resta eivada de nulidades, visto que o demonstrativo fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as individualmente, requisito indispensável para configurar a infração. Diz, ainda, que deverá o Auto de Infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, além de realizar intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal e a indicação da repartição aonde correrá o processo, de forma a assegurar a ampla defesa. Alega, também, que o autuante não observou com exatidão a existência de pagamentos do ICMS antecipado no período fiscalizado, gerando mais uma causa de nulidade por iliquidez e incerteza.

Diz não reconhecer ser devedora do ICMS apurado na infração 1, com base em presunção, vez que a fiscalização não efetuou nenhum levantamento contábil, não examinou livro Caixa, só conferindo documentos e livros fiscais para apurar que “*não houve entradas das mercadorias*”, sendo impossível apurar saídas de mercadorias com base em presunção por não ter contabilizado as entradas.

Já nas infrações 2 e 3, diz não reconhecer ser devedora do valor da multa, pois as saídas das mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária foram tributadas normalmente nos livros fiscais, não justificando a multa de 100%, cujos recolhimentos do imposto pelas saídas foram superiores aos valores das entradas, logo, desfavorável ao contribuinte.

Quanto às infrações 4, 6 e 8, diz não aceitar a multa de 60% sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação “parcial”, pois, como o ICMS foi recolhido nas saídas (valor da compra mais acréscimos da TVA), com alíquota interna, o prejuízo foi da autuada.

Na infração 5, diz que “*não discorda com o que declara o Autuante, não aceita a cobrança da multa de 60%, por não existir tal fato gerador do imposto aqui cobrado*”.

Já em relação à infração 7, diz que também não aceita tal cobrança da multa de 60%, por se tratar de mercadorias não sujeitas a tributação, inexistindo fato gerador do imposto, portanto indevida.

Em seguida, o recorrente retorna a alegar a nulidade do Auto de Infração em virtude da ausência de motivação e fundamentação fática e do cerceamento de defesa, do que cita legislação e doutrina, para concluir que não se vislumbra na notificação a referência ou as cópias da documentação fiscal que embasa a referida autuação fiscal, bem como dos anexos referidos, fato que impossibilita a conferência dos valores supostamente devidos e a forma de apuração, ensejando cerceamento de defesa do contribuinte.

Aduz a inocorrência da hipótese da antecipação do ICMS, haja vista os recolhimentos do imposto referente aos fatos que geraram a autuação terem sido efetuados na saída, em data anterior à ciência do Auto de Infração, do que invoca o princípio da denúncia espontânea, o que implicaria no enriquecimento ilícito do Estado.

Alega, ainda, a inobservância pelo fisco da base de cálculo diferenciada que faz jus em razão do benefício fiscal instituído pelo Decreto nº 7799/2000, o qual estabelece base de cálculo reduzida no percentual de 41,176%.

Por fim, pede a nulidade do Auto de Infração; diligência fiscal a fim de apurar as informações do recorrente; no mérito, aplicação das multas e juros legalmente previstos e cálculo real do valor devido, intimando o contribuinte de todo o andamento do processo para o regular exercício da ampla defesa, para julgar improcedente o Auto de Infração.

Às fls. 477 e 478 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que as nulidades alegadas não estão caracterizadas; as multas aplicadas são as previstas em lei para as infrações imputadas, como também que não há contestação objetiva sobre os fatos apurados.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a Instância, em relação a todas as infrações do lançamento de ofício, o qual foi julgado procedente.

Das questões arguidas pelo recorrente, inicialmente nos cabe analisar a prejudicial de mérito a que se refere à alegação de cerceamento do direito de defesa, como também de ausência de motivação e fundamentação fática, do que pede a nulidade do Auto de Infração.

Neste sentido, devemos consignar que concordamos com o recorrente quanto à sua alegação de cerceamento ao direito de defesa, pois não se vislumbra nos autos a comprovação do fornecimento ao autuado dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentam as acusações fiscais, às fls. 9 a 373, de forma a lhe proporcionar plenas condições de verificar do que estava sendo acusado, visto que a única intimação ao sujeito passivo, à fl. 376, não consigna a entrega de tais documentos.

Assim, faz-se necessário o saneamento do PAF para fornecer ao contribuinte, sob recibo, cópia de todos os documentos fiscais que fundamentam as infrações e reabrir-lhe o prazo de trinta dias para oferecer suas razões de defesa.

Esta circunstância implica na anulação da Decisão recorrida, por cerceamento ao direito de defesa, em obediência às regras do 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 o óbice ao saneamento, ora vislumbrado, não é capaz de determinar a nulidade absoluta do Auto de Infração, visto que o vício processual existente é passível de saneamento com a intimação ao contribuinte, com a devida entrega de cópia dos documentos embasadores das irregularidades apuradas e a reabertura do prazo de defesa, para querendo se manifestar e, em consequência, exercer o pleno direito de defesa, retomando o rito do devido processo legal.

Portanto, deve o processo retornar à Primeira Instância para o devido saneamento, ou seja, fornecimento ao sujeito passivo, sob recibo, de cópia de todos os documentos que fundamentam as infrações e científicação da reabertura do prazo de defesa, para, em seguida, realizar novo julgamento com apreciação do mérito das questões.

Diante do exposto, acolho a prejudicial de mérito e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para decretar a nulidade da Decisão recorrida e o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas, 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 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 151301.0001/12-2, lavrado contra **ANTONIA RIBEIRO BARRETO (MERCADÃO RIBEIRO)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. PGE/PROFIS