

PROCESSO - A. I. N° 293575.1211/06-1
RECORRENTE - MULTIPLUS - RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0279-03/11
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET -11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0294-12/13

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. A devolução parcial ao contribuinte dos documentos arrecadados pelo Fisco, impossibilitou o pleno exercício do direito de defesa. Item nulo. Modificada a Decisão recorrida. 2. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. RESTAURANTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Corrigido equívoco de cálculo do imposto, mediante revisão efetuada pelo autuante e ratificada por preposto da ASTEC. Rejeitada a preliminar de nulidade quanto a este item e mantida a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0279-03/11, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$17.801,94, acrescido de multas de 50% e 60%, em decorrência da imputação de três infrações:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, 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, nos meses de janeiro, março, junho e julho de 2006. Valor do débito: R\$3.077,01.

Infração 02: Deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, no mês de março de 2006. Valor do débito: R\$544,68.

Infração 03: Deixar de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em função da Receita Bruta, nos meses de janeiro a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$14.180,25.

O autuado apresentou a sua impugnação, através de advogados legalmente constituídos (fls. 17 a 31), tendo o autuante prestado a primeira informação fiscal às fls. 63/65.

Em seguida, o processo, em três oportunidades, foi convertido em diligência: a primeira para o autuante (fl. 79), a segunda para o Inspetor da INFRAZ de origem (fl. 100) e a terceira para a ASTEC (fl. 105), sendo que, em todas as oportunidades, o contribuinte apresentou a sua manifestação sobre os pronunciamentos dos diligentes.

Sequenciando, a Junta de Julgamento Fiscal julgou a lide administrativa, em Decisão não unânime, na seguinte literalidade:

“O autuado apresentou preliminar de nulidade alegando cerceamento do direito de defesa dizendo que não houve devolução de parte da documentação fiscal que foi arrecadada para desenvolver a ação fiscal em lide, impedindo a elaboração da impugnação ao Auto de Infração.

Quanto a esta alegação, o autuante esclareceu na informação fiscal, que o autuado foi informado através de contatos telefônicos, que deveria comparecer à repartição fiscal para tomar conhecimento do resultado do Auto de Infração e retirar os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal, mas o contribuinte não apareceu nem se manifestou, o que exigiu que a ciência da autuação fosse efetuada via Correios, com Aviso de Recebimento. Diz que o contribuinte providenciou o envio de mensageiro à repartição fiscal para resgate dos seus livros e documentos e que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados na ação fiscal referentes ao exercício de 2005, pela supervisora de comércio em exercícios à época. Diz que em momento posterior, foram remetidos os documentos relativos ao exercício de 2006, referentes a outra Ordem de Serviço e outra intimação. Salienta que o contribuinte apresentou alegações apenas com os documentos fiscais relativos ao mês de abril de 2005, o que se poderia depreender que somente foram devolvidos os documentos relativos ao mencionado mês e 06/2006 para outro PAF. Portanto, considero que deve ser ultrapassada esta alegação de nulidade, acatando as explicações apresentadas pelo autuante. Ademais, foi realizada diligência fiscal, e levantamento acostado aos autos pelo preposto da ASTEC foi efetuado com base nas cópias de documentos fornecidos pelo sujeito passivo, estando cessado o motivo de nulidade da autuação, alegado nas razões de defesa, quanto à falta de devolução das notas fiscais objeto da autuação fiscal.

Quanto à segunda preliminar de nulidade, em que o defendant alega que foram lavrados dois Autos de Infração contra o mesmo estabelecimento: AI 293575.1211/06-1; AI 293575.1201/06-6, sendo o primeiro relativo ao período de 01/01/2005 a 30/11/2006 e o segundo ao período de 01/01/2005 a 30/11/2005, observo que o presente Auto de Infração se refere à Ordem de Serviço nº 500407/07; e o AI 293575.1201/06-6, (fl. 82) corresponde à Ordem de Serviço 506579/06. Portanto, está confirmada a informação do autuante de que existiam duas ordens de serviço, sendo a primeira emitida para a realização de auditoria fisco-contábil do exercício de 2005, enquanto a empresa funcionava; e a segunda emitida posteriormente, foi motivada pelo processo de baixa de inscrição protocolada pelo contribuinte, e incluía o exercício de 2006. Assim, não foi constatada desobediência ao que estabelece o art. 40 do RPAF/BA, haja vista que se trata de ações fiscais diferentes, autorizadas pelo Inspetor Fazendário.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro, março, junho e julho de 2006, conforme demonstrativo à fl. 08.

O autuado alegou que embora não houvesse Convênio ou Protocolo entre o Estado da Bahia e o Estado de origem das mercadorias, houve pagamento do imposto substituído, conforme as Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, que acompanhavam as mercadorias. Entende que a cobrança do imposto por antecipação, como pretende o autuante, incorre em alguns equívocos: a) o imposto cobrado já havia sido pago, ainda que não houvesse Protocolo ou Convênio; b) o autuante considerou como base de cálculo o valor da nota, cobrando valores já pagos, não abatendo o ICMS do remetente em operação sua, conforme as GNREs que se encontram anexadas às notas fiscais. Assegurou que alguns documentos fiscais pertencentes ao defendant e utilizados na ação fiscal se encontram na Inspetoria Fazendária, e que a comprovação da improcedência desta infração depende da produção de prova do destaque do ICMS substituído na nota fiscal e do seu pagamento por meio de GNRE, e que se encontra obstado por falta de inúmeras notas fiscais arroladas pela fiscalização e das respectivas GNREs que as acompanhavam.

Este item do Auto de Infração foi objeto de diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, tendo sido informado pelo diligente, no PARECER ASTEC Nº 0034/2011, fls. 107 a 109 do PAF, que o autuado foi intimado e apresentou algumas notas fiscais, conforme fls. 115/146 dos autos, sem ter apresentado as GNREs. Disse que foi refeito o demonstrativo à fl. 08, considerando os valores do imposto recolhido pelo defendant, comprovados através de relação de recolhimentos emitida pelo Sistema INC da SEFAZ à fl. 114. Portanto, o débito originalmente apurado nesta infração ficou reduzido para R\$3.026,60, conforme planilha que elaborada na diligência fiscal, à fl. 110 dos autos, considerando as cópias das notas fiscais fornecidas pelo defendant, sendo considerados os recolhimentos constantes da relação de DAEs à fl. 114. Portanto, o levantamento acostado aos autos pelo preposto da ASTEC foi efetuado com base nas cópias de documentos fornecidos pelo sujeito passivo, estando cessado o motivo de nulidade da autuação, alegado nas razões de defesa, quanto à falta de devolução das notas fiscais objeto da autuação fiscal.

Vale ressaltar, que o autuado foi intimado para tomar conhecimento o mencionado PARECER ASTEC e dos novos documentos acostados aos autos pelo diligente, e o autuante também foi cientificado. Decorrido o prazo concedido, o defendant não contestou os novos cálculos e o autuante também não se manifestou.

Acato os cálculos efetuados na diligência fiscal e concluo pela procedência parcial desta infração, tendo em vista que o débito originalmente apurado fica reduzido para R\$3.026,60, conforme demonstrativos às fls. 109/110 dos autos.

Infração 02: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no mês de março de 2006. Demonstrativo à fl. 07.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

Observo que a exigência do imposto está respaldada no demonstrativo de fl. 07, e o defendente alegou que analisando a Nota Fiscal que originou esta infração (NF 2129, de 03/06/2006 – fl. 50 do PAF), constatou que o autuante exigiu diferença de alíquota sobre remessa em comodato, operação não tributável pelo ICMS. Salienta que o comodato é um empréstimo gratuito de coisa fungível, ficando o comodatário obrigado a restituir a coisa ao comodante, no término do contrato. Portanto, se trata de operação não albergada pelo ICMS.

Embora o defendente não tivesse apresentado o contrato de comodato, não houve destaque do ICMS na Nota Fiscal, e o tipo de mercadoria constante no documento fiscal (refresqueira) indica que se deve acatar a alegação defensiva por se tratar de um equipamento compatível com a atividade desenvolvida pelo defendente.

Em relação ao comodato, não há incidência do ICMS quanto às operações efetuadas em decorrência de comodato, locação ou arrendamento mercantil, bem como o respectivo retorno, conforme art. 6º, inciso XIV, alínea “a” do RICMS/97. Neste caso, não é devido o pagamento de diferença da alíquota, por se tratar de operação sem incidência do imposto, estando tal dispensa prevista no art. 7º, III, “a” do mencionado Regulamento do ICMS.

Quanto às demais notas fiscais constantes no demonstrativo à fl. 07 (NFs 572 e 1924), os documentos fiscais não foram acostados aos autos, o que constitui cerceamento do direito de defesa, sendo nula a exigência fiscal em relação aos mencionados documentos. Portanto, se conclui que a irregularidade apurada não ficou devidamente comprovada nos autos, sendo improcedente este item do Auto de Infração.

Infração 03: Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em função da Receita Bruta, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativo às fls. 09/10.

Foi alegado pelo defendente, que o imposto exigido corresponde às vendas de refeições para três empresas: Construtora Moura, Eunaservice e Tecplan, e essas empresas encontravam-se, no inicio do contrato de fornecimento de refeições, inscritas na Secretaria da Fazenda com “Inscrição Normal”, e neste caso, estavam sujeitas ao pagamento do imposto por diferimento. No curso do contrato, sem qualquer comunicação ao defendente, as referidas empresas passaram para a “Inscrição Especial”, fato que motivou a fiscalização levantar o imposto devido pelo fornecimento das refeições. Alega que por equívoco, o autuante englobou no presente Auto de Infração período em que as empresas adquirentes ainda estavam inscritas na condição de “normal”, quando eram responsáveis pelo pagamento do tributo, em razão de diferimento do ICMS.

O autuante, na informação fiscal, disse que em razão de o contribuinte ter apresentado históricos de condição, revelando que houve mudança nas inscrições estaduais de algumas empresas destinatárias, elaborou nova planilha à fl. 66 dos autos, mantendo parcialmente esta infração, no valor total de R\$10.733,48.

No PARECER ASTEC Nº 34/2011, o diligente informou que no novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 66, não constavam notas fiscais referentes ao período em que os destinatários tinham inscrição no sistema normal de apuração do ICMS, sendo tal apuração efetuada por meio do INC. O diligente ratificou o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 66, ressaltando que a mencionada apuração não foi contestada pelo defendente na manifestação apresentada à fl. 75 dos autos.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, de acordo com o demonstrativo à fl. 66 dos autos, alterando-se o total apurado para R\$10.733,48.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO DISCORDANTE

Há uma questão legal que considero essencial neste caso, em prestígio do devido procedimento legal.

Foi assinalado pela defesa que foram lavrados dois Autos de Infração contra o mesmo estabelecimento na mesma data: o AI 293575.1211/06-1 e o AI 293575.1201/06-6.

De fato, isto ocorreu, conforme se vê cotejando-se as fls. 1-2 e 82/84.

Ambos foram lavrados no dia 29.12.06. É irrelevante se havia duas ordens de serviço. Em ambos os casos, a data de início do período fiscalizado é a mesma (1.1.05), e a data da conclusão da fiscalização é a mesma (29.12.06 – datas dos dois Autos). O período da ordem de serviço do Auto às fls. 82/84 está compreendido no período do que consta à fl. 35. A inscrição estadual é a mesma: 62.906.280.

Insisto em que é irrelevante se havia duas ordens de serviço, pois, conforme se verá, a norma regulamentar não se refere a “ordem de serviço”.

À data da autuação, havia regra no RPAF que regulamentava esse modo de proceder.

O procedimento é nulo por inobservância do devido procedimento legal. O fiscal não atentou para as regras do art. 40 do RPAF. Esse artigo contém várias disposições. Eis o teor da cabeça do art. 40 do RPAF:

“Art. 40. Em casos especiais, mediante justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal, o Inspetor Fazendário poderá autorizar a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, anexando-se a cada Auto cópia da justificativa e da autorização.”

Portanto, em princípio, era vedado que numa só ação fiscal fossem lavrados Autos de Infração distintos. Essa era a regra geral. De acordo com o supracitado dispositivo regulamentar, somente se admitia a lavratura de mais de um Auto de Infração relativamente a uma só ação fiscal “em casos especiais”, mediante “justificativa circunstanciada” do auditor fiscal, a ser submetida à apreciação do inspetor fazendário, que poderia autorizar a lavratura de autos distintos, desde que isso fosse feito para “facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão”.

Compete a este órgão julgador analisar se foram preenchidos os requisitos legais para a lavratura de Autos de Infração distintos, envolvendo o mesmo fato.

Destaco no citado art. 40 dois requisitos inafastáveis: somente se admite a lavratura de mais de um Auto de Infração relativamente a uma só ação fiscal:

- a) “em casos especiais”, mediante “justificativa circunstanciada” do auditor fiscal; e
- b) desde que isso seja feito para “facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão”.

Para que se saiba se se trata de um “caso especial”, é preciso que seja dito por qual razão é que ele seria especial.

Não foi dito por que este caso seria especial.

A norma previa ainda que o procedimento deveria conter “justificativa circunstanciada” do auditor fiscal acerca do motivo determinante da medida. Por “justificativa” entenda-se que deve ser feita uma exposição dos motivos para a prática do ato, demonstrando a boa razão do procedimento. E não bastava a simples justificativa – a norma previa que ela deve ser “circunstanciada”, ou seja, a justificativa deveria ser pormenorizada, detalhada, enunciada com todas as particularidades.

Também não houve isso. Não houve prévia justificativa circunstanciada do motivo da lavratura de “Auto de Infração parcial”, conforme expressão adotada pelo autuante.

Além do mais, o art. 40 do RPAF somente admite o desmembramento da autuação em mais de uma peça se isso for feito para “facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão”.

Neste caso deu-se exatamente o contrário. A separação da autuação relativa ao mesmo fato em 2 Autos, em vez de facilitar, dificulta a defesa, pois implica duas defesas, sem falar na preocupação do interessado em acompanhar o deslinde de 2 procedimentos correndo paralelamente, além de custos financeiros, caso a defesa seja feita por profissional do direito.

O lançamento tributário é um ato vinculado, ou seja, regrado por lei. A fiscalização não pode proceder como bem queira, mas conforme manda a lei.

Em suma, o procedimento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, implicando cerceamento de defesa.

Tomo por fundamento o art. 40 do RPAF, c/c o art. 18, II.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Irresignado, o autuado formalizou Recurso Voluntário (fls. 172/180), apresentando um breve relato do desenvolvimento da ação fiscal, para, depois, concentrar a argumentação recursal na nulidade do processo administrativo fiscal por cerceamento do direito de defesa e por inobservância do devido procedimento legal.

Arguiu ter, em sua defesa, demonstrado que a Inspetoria Fazendária não lhe devolveu parte dos documentos fiscais que foram arrecadados para desenvolver a ação fiscal em lide (doc. anexo à impugnação), impedindo, assim, a análise e a investigação, aspectos imprescindíveis para a elaboração da impugnação ao Auto de Infração.

Outrossim, disse o recorrente ter diligenciado inúmeras vezes para obter os documentos custodiados naquela INFRAZ, inclusive com diversos contatos telefônicos, sempre recebendo, como resposta, um pedido de prorrogação do prazo para devolução, havendo notícia de que os documentos que se encontravam na Inspetoria foram parcialmente destruídos por uma enchente que assolou a Cidade de Eunápolis no ano de 2007.

Sequenciando, aduziu que algumas infrações constantes do Auto estão integralmente fundadas em análise das notas fiscais, a exemplo da infração 1, sendo certo que, grande parte dessas notas ainda se encontram retidas no Órgão Fazendário, inviabilizando a possibilidade de se refutar a acusação fiscal em todos os seus termos, sendo relevante informar que, em relação aos documentos que ficaram na posse do recorrente, praticamente todas as alegações defensivas foram acatadas pela ASTEC e pela Junta de Julgamento Fiscal, demonstrando bem que o saldo remanescente das infrações não decorre de sonegação, mas de impossibilidade do exercício de defesa.

Destacou que, diante de tais fatos, o amplo exercício do direito de defesa da impugnante foi incontestavelmente prejudicado pela impossibilidade de se manusear a documentação retida na INFRAZ, documentos estes que, inclusive, lastream a ação fiscal ora analisada, desse modo, tendo total aplicação ao caso o art. 18, inciso II, do Decreto nº 7.629 de 1999 (RPAF/BA), o qual transcreveu.

Observou que o autuante, em sua Informação Fiscal, declarou que um mensageiro da empresa recebeu em mãos toda a documentação de uma supervisora, não apresentando qualquer prova desse fato e, por isso, o recorrente pediu que a Junta realizasse uma análise minuciosa do processo, razão pela qual a JJF baixou o PAF, por duas vezes, em diligência ao autuante.

A primeira, para que fosse apresentada a comprovação da devolução integral dos documentos apreendidos, tendo o autuante simplesmente dito que não teria prova alguma a acrescentar a não ser a sua versão dos fatos da primeira Informação Fiscal.

A segunda, para que o autuante, caso não tenha devolvido os documentos, o fizesse agora, no curso do processo, reabrindo-se prazo de trinta dias para defesa, oportunidade em que, novamente, o autuante disse não ter nada a acrescentar e que a nova diligência nada diferia da primeira, portanto, não tendo se desvencilhado do seu ônus de provar que entregou a documentação completa à empresa.

Em sequência, asseverou o Recorrente que a Junta, ao invés de declarar a nulidade do Auto de Infração, entendeu por bem converter o PAF em diligência à ASTEC, como se a mesma pudesse solucionar a lide com base em uma documentação parcial, de períodos esparsos.

Daí, o relator de primeira instância afastou a preliminar de nulidade, apenas alegando a entrega dos documentos à ASTEC e que o autuado, intimado, apresentou algumas notas fiscais, sem ter entregue as GNERs, confirmando que o contribuinte, no seu entender, possuía a documentação fiscal.

Asseverou o Recorrente que a situação é exatamente oposta, pois apenas apresentou algumas notas, já que não possuía todas, e não entregou as GNERs por elas se encontrarem retidas, ou destruídas, na Inspetoria Fiscal, logo confirmada a nulidade por cerceamento do direito de defesa, porquanto a única prova material capaz de afastar a nulidade seria o comprovante de entrega de documentos, com a relação total da documentação entregue e com assinatura de um representante legal da empresa, elemento informativo esse que, apesar de solicitado, por duas vezes, pela Junta, nunca foi anexado aos autos.

Diante do exposto, assegurou a necessidade de ser reconhecido o cerceamento do direito de defesa do recorrente, declarando-se nulo o processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 18, II, do RPAF/99.

Em sequência, suscitou, ainda, a nulidade da ação fiscal pela lavratura de dois autos de infração, referentes ao mesmo período fiscalizado e mesmo estabelecimento da impugnante, de nº^{os}

293575.1211/06-1 e 293575.1201/06-6, o primeiro relativo ao período de 01/01/2005 a 30/11/2006 e o segundo a 01/01/2005 a 30/11/2005, resultando em período de fiscalização comum aos dois lançamentos fiscais.

Sustentou que tal situação se encontra peremptoriamente vedada pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, somente sendo aprovada em casos excepcionais e desde que autorizada por ato do Inspetor Fazendário mediante justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal, consoante a dicção do art. 40 do RPAF, o qual reproduziu.

Aduziu que:

“Em sua Informação, o autuante em momento algum apresenta prova da autorização do Inspetor Fazendário, alegando apenas que os dois autos foram lavrados porque foram emitidas duas ordens de serviço. E esta mesma linha de raciocínio foi utilizada pela Junta.

Ocorre que o art. 40 do RPAF não faz qualquer referência à quantidade de ordens de serviço. A regra clara e imperativa é sobre a impossibilidade de lavratura de autos de infração relativos ao mesmo período, salvo em casos especiais, com autorização do Inspetor (E) para facilitar o exercício do direito de defesa.

Ou seja, nenhuma das condicionantes foi respeitada neste caso, sendo irrelevante a existência (já equivocada) de duas ordens de serviço para a fiscalização do mesmo período.”

Em conclusão, asseverou que, por inexistir qualquer autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura de autos sobre idêntico período fiscalizado, originados de uma mesma ação fiscal, tampouco justificativa do autuante para tanto, deveria ser reconhecida a nulidade de toda a ação fiscal, implicando, por via de consequência, na nulidade do presente Auto de Infração, na linha do Voto Divergente da lavra do ilustre Julgador José Bizerra.

Requereu a reforma do acórdão recorrido, culminando na nulidade do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, às fls. 187/189, elaborou Parecer da lavra da ilustre Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, a qual opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário e nulidade do Auto de Infração, apoiada no fato de que a ausência de devolução dos documentos fiscais do autuado, bem como a lavratura de dois autos de infração envolvendo o mesmo fato gerador prejudicava a defesa do contribuinte, inquinando o lançamento de nulo, conforme capitulado no artigo 18, II do RPAF vigente.

À fl. 190, consta despacho da Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, acompanhando integralmente Parecer de fls. 187/189 da representante da PGE/PROFIS.

VOTO VENCIDO

Consoante detalhadamente relatado, o Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de três infrações à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância decidido pela Procedência Parcial da autuação, o que gerou o inconformismo do sujeito passivo, concretizado mediante Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais constata-se ter o recorrente concentrado a sua tese recursal na nulidade do lançamento, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, em razão da ausência de devolução de parte da documentação fiscal arrecadada para o desenvolvimento da ação fiscal, bem assim em razão da lavratura de dois autos de infração para o mesmo período fiscalizado, sem a obediência ao disposto na legislação do ICMS.

Com efeito, o decisório da 3^a Junta de Julgamento Fiscal rejeitou a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, com fundamento no artigo 40 c/c artigo 18, II do RPAF, em Decisão não unânime, porquanto existente voto divergente.

O cerne da questão se estratifica na falta de entrega dos documentos ao contribuinte, nesse passo, razão assistindo ao autuado, conforme demonstrado a seguir:

Assim, verifica-se no feito que, visando buscar a verdade material, antes da Decisão ora hostilizada, em duas oportunidades, a Junta converteu o feito em diligência ao autuante (fls. 79 e 100), para que colacionasse ao PAF, a comprovação da devolução dos documentos fiscais da

empresa arrecadados pela fiscalização para apuração das imputações, tendo ele, em resposta a ambas as diligências, limitado-se a reiterar os termos da informação fiscal de fls. 63/65, onde apenas relatava a sua versão do desenvolvimento da ação fiscal, desacompanhada de elementos probatórios que desconstituíssem a tese defensiva do contribuinte, apoiando-se em ilações do tipo: “*Sua peça de defesa é elegante, sem dúvida. Com isso, o autuado tenta ganhar credibilidade e angariar adeptos desatentos e/ou desavisados. Porém, como afirma a sabedoria oriental: o que significa uma pessoa bem vestida? Que a pessoa tem bom gosto para vestir-se. Apenas (e não mais que) isso. Trata-se apenas de uma bonita (e intencional) roupagem. O contribuinte é sutil (e também malicioso) em sua defesa. Mas um olhar atento e sagaz, como o dos membros dessa casa, isso não irá passar despercebido.*”

Na mesma linha, em uma terceira diligência a ASTEC, o autuado, intimado para apresentação de documentos fiscais, consignou ter atendido à solicitação parcialmente, justificando tal atitude face os documentos faltantes ainda se encontrarem em poder da Repartição Fazendária.

Válido ressaltar que a parte da documentação apresentada, tanto com a impugnação, como na diligência da ASTEC, serviram para elidir parcialmente as increpações.

Nesse contexto, dúvidas inexistem de que se encontra configurado o prejuízo à defesa do contribuinte, ante a ausência de elementos fiscais arrecadados pela fiscalização e não comprovada, documentalmente, nem pelo autuante, tampouco pela Inspetoria, a devolução dos mesmos ao sujeito passivo.

A par disso, o contribuinte arguiu outra nulidade com embasamento na lavratura de dois autos de infração, relativos ao mesmo período fiscalizado, apurando-se as mesmas infrações, sem a devida observação da exigência do texto legal, preconizado no art. 40 do RPAF/BA.

Mais uma vez razão assiste ao recorrente, porquanto, nas peças processuais de toda a ação fiscal desenvolvida, não se encontram presentes os requisitos necessários estabelecidos no aludido artigo, capazes de permitir que a fiscalização procedesse dessa maneira, fato inclusive explicitado no voto divergente do Julgador de primeira instância, com o qual concordo integralmente, na medida em que a fiscalização não poderia proceder como bem entendesse, nesse passo desobedecendo os limites legais.

Logo, verifica-se a existência de vícios insanáveis capazes de fulminar o Auto de Infração em comento, quais sejam, a ausência de devolução dos documentos fiscais do autuado, bem como a lavratura de dois autos de infração envolvendo o mesmo fato gerador, ocorrências que, indubitavelmente, prejudicam a defesa do contribuinte do lançamento e, a teor dos artigos 18, II, segundo o qual é nulo os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, e 40, do RPAF/99, a hipótese versada é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo o caso de saneamento, face às irregularidades presentes na ação fiscal sob comento.

Concludentemente, comungando do Parecer da PGE/PROFIS, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULO o presente Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Com a devida vênia para divergir, parcialmente, do voto proferido pelo ilustre conselheiro relator, ante as razões que passo a expor.

Antes de adentrar objetivamente na análise do Recurso Voluntário, considero oportuno destacar, inicialmente, que o presente Auto de Infração, engloba três infrações, sendo que a primeira versa sobre recolhimento a menos do imposto a título de antecipação tributária, a segunda decorre da exigência a título de diferença de alíquota nas aquisições interestaduais e materiais para uso e/ou consumo, enquanto que a terceira e última trata de falta de pagamento do imposto relativo à comercialização de refeições, apurado com base na receita bruta.

Assim, analisando os argumentos apresentados nas Razões de Defesa iniciais pelo ora recorrente, verifico que, em relação à primeira infração, houve um claro argumento de que ficou

impossibilitado de proceder sua defesa na íntegra visto que não lhe foram devolvidos parte dos documentos arrecadados pela fiscalização. Apesar disto, a Junta de Julgamento julgou a infração parcialmente procedente, a reduzindo do valor inicial de R\$3.077,01 para R\$3.026,60 com base em diligência fiscal realizada.

A segunda infração foi julgada totalmente improcedente, não remanescendo nenhum valor a ser exigido. Por fim, em relação à terceira infração, o recorrente se defendeu integralmente da acusação, reconhecendo, inclusive, parte do débito, sem que houvesse qualquer declaração de impossibilidade de defesa quanto a este item. Todos os fatos foram enfrentados. Neste item, a Junta de Julgamento, com base também em diligência fiscal, reduziu o débito original no valor de R\$14.180,25 para a quantia de R\$10.733,48, julgando a infração procedente em parte.

No Recurso Voluntário o recorrente não apresentou qualquer argumento envolvendo o mérito da autuação, se limitando a suscitar a nulidade do Auto de Infração sob dois argumentos: **a**) cerceamento ao direito de defesa, ante a falta de devolução pelo autuante de parte dos documentos fiscais que foram arrecadados, agregando alguns argumentos que dizem respeito apenas a infração 1; **b**) nulidade do Auto de Infração pela lavratura de dois autos de infração relativos ao mesmo período fiscalizado.

Quanto ao item "a" acima, entendo que assiste razão ao recorrente, apenas no que se refere a infração 01, visto que a falta de entrega de parte da documentação anteriormente arrecada pelo fisco não foi devolvida ao recorrente, configurando, destarte, flagrante cerceamento ao direito de defesa. Entretanto, este fato não resulta em nulidade do Auto de Infração já que a infração 2 foi julgada improcedente pela 1^a instância, enquanto que a terceira infração, foi integralmente defendida pelo recorrente na sua peça inicial, não se configurando, neste caso, cerceamento do direito de defesa.

Nesta condição, acompanho o voto do relator para julgar **nula** a primeira infração, exclusivamente pelo motivo acima exposto.

Quanto ao outro argumento de nulidade em razão da lavratura de dois autos de infração para o mesmo período fiscalizado, apesar de acolhido pelo nobre relator, não vejo como acolhê-lo. A Junta de Julgamento Fiscal, através do voto vencedor, fez uma correta análise dos fatos, não ocorrendo qualquer afronta ao quanto dispõe o Art. 40 do RPAF/BA, conforme sustenta, equivocadamente, o recorrente. Aliás, ambos os autos de infrações foram "saneados" pelo supervisor e inspetor fazendário da Infaz em Eunápolis e tratam de situações distintas, com emissão de ordens de serviços também distintas, para tal fim. Neste particular, permito-me transcrever excerto do voto proferido pelo relator da instância a quo que, ao meu entender, define de forma clara a questão: "*Quanto à segunda preliminar de nulidade, em que o defendant alega que foram lavrados dois Autos de Infração contra o mesmo estabelecimento: AI 293575.1211/06-1; AI 293575.1201/06-6, sendo o primeiro relativo ao período de 01/01/2005 a 30/11/2006 e o segundo ao período de 01/01/2005 a 30/11/2005, observo que o presente Auto de Infração se refere à Ordem de Serviço nº 500407/07; e o AI 293575.1201/06-6, (fl. 82) corresponde à Ordem de Serviço 506579/06. Portanto, está confirmada a informação do autuante de que existiam duas ordens de serviço, sendo a primeira emitida para a realização de auditoria fisco-contábil do exercício de 2005, enquanto a empresa funcionava; e a segunda emitida posteriormente, foi motivada pelo processo de baixa de inscrição protocolada pelo contribuinte, e incluía o exercício de 2006. Assim, não foi constatada desobediência ao que estabelece o art. 40 do RPAF/BA, haja vista que se trata de ações fiscais diferentes, autorizadas pelo Inspetor Fazendário*". Desta maneira, não acolho este argumento de nulidade do Auto de Infração.

Em conclusão, e considerando que o recorrente não trouxe argumentos relacionados ao mérito da autuação, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para que seja declarada **nula** a infração 1 e mantida a Decisão recorrida em relação a infração 3 no valor de R\$10.733,48, visto que, a infração 2, julgada improcedente pela 3^a Junta de Julgamento não foi objeto de Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293575.1211/06-1, lavrado contra **MULTIPLUS – RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para recolher o imposto no valor de R\$10.733,48, acrescido da multa de 50%, prevista no Art. 42, I, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Valnei Sousa Freire, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR/VOTO VENCIDO

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS