

PROCESSO	- A. I. N° 180597.0006/12-5
RECORRENTE	- AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA. (VASP COMÉRCIO DE ESTIVAS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0120-03/13
ORIGEM	- INFRAZ IPIAÚ
INTERNET	- 26.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0506-13/13

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 das notas fiscais que fundamentam a acusação fiscal ou sua arrecadação junto ao próprio contribuinte, como também se verifica carência de dados no demonstrativo fiscal, cujas informações teria o direito, ainda na primeira instância, de forma a lhe proporcionar plenas condições de exercer o 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 3ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0120-03/13 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para exigir o débito de R\$ 526.818,89, apurado em razão da constatação de duas infrações, sendo objeto deste Recurso Voluntário a primeira infração, na qual se exige a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 432.898,04, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, inerentes aos exercícios de 2009 e 2010, conforme demonstrativos às fls. 5 a 13 dos autos.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, tendo a JJF, em relação à primeira infração, única objeto de impugnação pelo contribuinte, consignado que:

Como vimos no relatório acima as duas infrações cometidas pelo contribuinte foram devidamente comprovadas. Os argumentos apresentados na impugnação não foram acompanhadas das devidas provas.

O argumento da possibilidade de inocorrência do fato gerador presumido é perfeitamente aceitável pela Fazenda Pública bastando para isto que o contribuinte comprove. Também é verdade que pode ocorrer o uso indevido de dados dos contribuintes cabendo a ele provar que efetivamente isto ocorreu. No caso em tela o argumento desacompanhado da prova material não pode ser devidamente considerado.

E um fato que no caso em tela não deixa dúvidas sobre a legalidade e legitimidade da autuação é que as notas fiscais objeto da autuação foram coletadas junto ao próprio contribuinte e os valores do ICMS não recolhido tempestivamente foram declarados e escriturados também pelo autuado.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 49 e 50 dos autos, onde reitera seu argumento de que as mercadorias referidas no Auto de Infração não ingressaram no seu estabelecimento e que não há notícia de seus lançamentos nos livros Registros de Entradas e de Saídas, logo, por não terem as mercadorias ingressadas no seu estabelecimento, não possui nem teria como possuir cópia das referidas notas fiscais. Assim, ante a falta de juntada das cópias das notas fiscais pelo autuante, defende que restou inviabilizada a

defesa do contribuinte, visto que não há sequer como saber quais as mercadorias envolvidas nas aquisições interestaduais, cujo ICMS tem sido exigido por antecipação tributária, do que reitera todos os termos a impugnação do Auto de Infração.

À fl. 56 dos autos, a PGE/PROFIS aduz que a imputação está lastreada em notas fiscais que consubstanciam aquisições de mercadorias não registradas, cujo ICMS respectivo não teria sido recolhido. Entretanto, diz verificar que não consta nos autos qualquer nota fiscal que teria sido apresentada pela autuada. Assim, considerando que o autuante, por duas oportunidades, afirma que as notas fiscais, cujo ICMS está sendo exigido, foram entregues pela empresa autuada, em resposta à intimação à fl. 17, e que a recorrente reafirma que não as apresentou porque não as possui, entende a PGE/PROFIS que os autos devem ser baixados em diligência para que se esclareça e providencie: *i*) quais os documentos que foram arrecadados após a intimação de fl. 17, já que não consta qualquer Termo de Arrecadação, e *ii*) como foram feitos os cálculos da planilha de fls. 5 a 14.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a instância, em relação à primeira infração, objeto de impugnação pelo sujeito passivo, a qual foi julgada procedente.

Em outros dizeres, o recorrente alega cerceamento do seu direito de defesa, visto que não há sequer como saber quais as mercadorias envolvidas nas aquisições interestaduais, do que afirma desconhecer suas aquisições, e, em consequência, razão para a anulação da Decisão recorrida, a qual se fundamentou na premissa falsa de que “... *as notas fiscais objeto da autuação foram coletadas junto ao próprio contribuinte...*”

Conforme consignado no parecer da PGE/PROFIS - o qual sugere o envio do PAF em diligência para a devida comprovação sobre a arrecadação dos documentos fiscais em discussão - nos autos não consta o Termo de Arrecadação que o autuante afirma que anexou ao PAF, não constam os documentos que foram arrecadados, nem tampouco como foram feitos os cálculos da planilha de fls. 5 a 14 dos autos, a qual fundamentou a aludida exação fiscal.

Considerando a ausência nos autos de documentos fiscais que comprovem a operação, objeto da acusação fiscal em lide, assim como a origem e o tipo de mercadorias que foram supostamente comercializadas, não consignados no aludido demonstrativo fiscal, entendo que o contribuinte sofreu prejuízo em exercer o seu direito de defesa e contraditório, pois, não vislumbro nos autos os meios necessários para o autuado exercer seu direito de defesa, diante da ausência de cópia das notas fiscais ou comprovação de sua arrecadação, como também em razão da carência dos dados necessários no demonstrativo fiscal, a exemplo do tipo de mercadorias e de suas origens, de forma a fundamentar a acusação fiscal e a lhe proporcionar plenas condições de exercer o direito de defesa, o que implica em dizer que a Decisão recorrida encontra-se viciada, por se fundamentar em presunção, não comprovada, devendo ser considerada nula.

Há de se registrar que a diligência proposta pela PGE/PROFIS não sanearia o Processo Administrativo Fiscal, na segunda instância, sob pena de supressão de instância, em razão do evidente cerceamento de defesa ocorrido, diante da ausência das notas fiscais nos autos ou da comprovação da arrecadação junto ao próprio contribuinte, como também da carência de dados no demonstrativo fiscal, o qual teria o direito, ainda na primeira instância, de tais informações para realizar suas razões de defesa, de forma a lhe proporcionar plenas condições de verificar do que estava sendo acusado, visto que a única intimação ao sujeito passivo, à fl. 17, não comprova a arrecadação dos documentos fiscais solicitados e que se tratam dos mesmos, cujo imposto está sendo exigido.

Assim, faz-se necessário o saneamento do PAF, junto ao órgão julgador de primeira instância, para elucidação das dúvidas e, se for o caso, fornecer ao contribuinte, sob recibo, cópia de todos os documentos fiscais que fundamenta a infração 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 as 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” ou a comprovação de sua arrecadação junto ao mesmo, 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.

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 3ª 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 **180597.0006/12-5**, lavrado contra **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA. (VASP COMÉRCIO DE ESTIVAS)**, 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, 09 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGF/PROFIS