

PROCESSO - A. I. Nº 206880.0001/14-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CASA COSTA MÓVEIS LTDA. (CASA COSTA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 1ª JJF nº 0251-01/14
ORIGEM - INFAS BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 24/03/2015

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-12/15

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. NOVA DECISÃO. Item considerado nulo pela decisão *a quo*, por considerar que o levantamento fiscal de entradas e de saídas, ao incluir também documentos fiscais estranhos ao exercício fiscalizado, ensejou cerceamento ao pleno exercício ao direito de defesa do sujeito passivo. Contudo, o vício existente é passível de saneamento, conforme previsto no art. 18, §§ 1º e 3º do RPAF, no sentido de se determinar ao preposto fiscal a confecção dos levantamentos auxiliares de entradas e de saídas constritos ao exercício fiscalizado, fornecendo, sob recibo, cópia dos mesmos ao sujeito passivo, com a reabertura do prazo 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 de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0251-01/14, por ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente lhe imputado, lançado no valor de R\$175.834,09, relativo à constatação de três irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas a terceira infração, inerente à falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$124.258,36, acrescido da multa de 100% relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012.

A Decisão de primeiro grau considerou a terceira infração nula, após as seguintes considerações:

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Observo que o autuado impugnou objetivamente apenas a infração 03, silenciando quanto às infrações 01 e 02.

No que tange às infrações 01 e 02, é certo que o silêncio do autuado permite admitir como verídicos os fatos que lhe são imputados. Ou seja, inexistem fatos controversos, haja vista que o autuado não apresentou qualquer questionamento sobre os fatos que lhe são imputados.

Assim sendo, estas infrações restam caracterizadas.

Quanto à infração 03, verifico que diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012.

Verifico que o autuado argui a nulidade do lançamento sob o fundamento de que não recebeu qualquer relatório, no qual tenha sido observado o seguinte procedimento: estoque inicial + compras – vendas = estoque final. Alega, ainda, que no Auto de Infração foi consignado que o estoque foi apurado em exercício fechado, porém, no item *Lista de notas fiscais de entradas* o levantamento das entradas foi feito num relatório abrangendo os exercícios de 2011 e 2012.

Vejo também que o autuante na informação fiscal admite ter incorrido em equívoco, pois não efetivara a entrega ao autuado do demonstrativo *Lista Geral de Omissão*.

O entendimento manifestado pelo autuante é de que por se tratar de procedimento meramente formal, é possível no processo em lide determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, razão pela qual essa omissão deve ser corrigida e suprimida, não acarretando a nulidade do Auto de Infração, consoante o § 1º do art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Sugere que seja entregue o demonstrativo apontado, para corrigir o quanto questionado pelo defendant.

Entretanto, quanto à alegação defensiva de existência de um suposto erro na confecção do demonstrativo do levantamento "lista de notas fiscais de entradas" e "lista de notas fiscais de saídas", afirma que, apesar de constarem na lista as notas fiscais de entradas e saídas para os exercícios de 2011 e 2012, somente foram utilizadas no levantamento as notas fiscais referentes ao período de apuração de 01/01/2012 a 31/12/2012, conforme exemplo que apresenta atinente ao item de mercadoria 11599- Maquina depuradora 80cm 127 220V BRANCA DCM.

Salienta que o referido item 11599- Maquina depuradora 80cm 127 220V BRANCA DCM, no demonstrativo "lista de notas fiscais de entradas" consta escriturado uma quantidade total de 23 unidades, contudo, verifica-se que somente 11 unidades se referem ao exercício de 2012, sendo as outras unidades restantes referentes ao exercício de 2011.

Diz que, conforme pode ser verificado no demonstrativo *Lista Geral de Omissão*, para o item exemplificado consta como entradas a quantidade exata de 11 unidades.

Ressalta que o mesmo exemplo é válido para o demonstrativo "lista de notas fiscais de saídas", e em todos os itens de mercadorias analisado, quer seja de notas fiscais de entradas ou de saídas.

Sustenta que, desse modo, não pode ser desqualificado o levantamento, quer seja "lista de notas fiscais de entradas" ou "lista de notas fiscais de saídas", uma vez que atende o quanto esperado e satisfaz as necessidades do levantamento quantitativo por espécie de mercadoria.

Conclui solicitando que a autoridade administrativa da INFAZ Bom Jesus da Lapa forneça ao autuado cópia do "Demonstrativo "Lista Geral de Omissão", mediante recibo, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, querendo.

Primeiramente devo dizer que coaduno com o entendimento do autuante no sentido de que a não entrega ao autuado do demonstrativo *Lista Geral de Omissão* é uma falha passível de saneamento, pois pode ser corrigida e suprimida, não acarretando a nulidade do Auto de Infração, desde que seja feita a entrega do demonstrativo e reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para que o contribuinte possa exercer plenamente o seu direito de defesa e do contraditório.

Entretanto, divirjo do entendimento do autuante de que não pode ser desqualificado o levantamento, quer seja lista de notas fiscais de entradas ou lista de notas fiscais de saídas, uma vez que atende o quanto esperado e satisfaz as necessidades do levantamento quantitativo por espécie de mercadoria.

Em verdade, o que se verifica é que o levantamento levado a efeito pelo autuante arrolou notas fiscais referentes aos exercícios de 2011 e 2012 - que constam no demonstrativo lista de notas fiscais de entradas e lista de notas fiscais de saídas - apesar de terem sido consideradas no levantamento apenas as notas fiscais referentes ao exercício de 2012.

Indubitavelmente, mesmo tendo considerado apenas as notas fiscais de entradas e saídas de 2012, o autuante ao incluir no levantamento as notas fiscais de 2011 cerceou o direito de ampla defesa do autuado, haja vista que este teria que refazer o levantamento excluindo todas as notas fiscais de 2011, além de ter que verificar nota a nota, item por item, a quantidade de entradas e saídas, para chegar as quantidades apontadas no levantamento realizado pelo autuante. Observo que o próprio exemplo trazido pelo autuante para sustentar a manutenção da autuação comprova a flagrante ofensa ao direito de ampla defesa do autuado.

No referido exemplo o autuante consignou que produto código 11599- Maquina depuradora 80cm 127 220V BRANCA DCM, no demonstrativo "lista de notas fiscais de entradas" consta escriturado uma quantidade total de 23 unidades, contudo, verifica-se que somente 11 unidades se referem ao exercício de 2012, sendo as outras unidades restantes referentes ao exercício de 2011.

Ora, para chegar a conclusão dada no exemplo acima com relação a todos os demais itens da autuação, o contribuinte teria que segregar todas as quantidades de entradas e saídas referentes ao exercício de 2011 que

compõem o mesmo levantamento de 2012, para, a partir daí, efetivamente, adentrar na impugnação propriamente dita.

Vale observar que qualquer limitação para que o contribuinte possa compreender e produzir as provas necessárias no intuito de elidir a autuação, ou seja, qualquer prejuízo que lhe seja causado que o impossibilite de se defender, resulta em cerceamento do direito de defesa, cuja consequência é a nulidade do lançamento.

Diante disso, este item da autuação é nulo por inobservância do devido processo legal e ofensa ao princípio da ampla defesa.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida deve ser reformada quanto ao seu resultado, no tocante à nulidade da terceira exigência do Auto de Infração, objeto do Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0251-01/14.

Há de ressaltar que a exoneração da exação decorreu, precipuamente, do fato de a JJF considerar nula a autuação, em razão da inobservância do devido processo legal e ofensa ao princípio da ampla defesa, visto que o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria foi realizado em relação ao exercício de 2012, tendo o preposto fiscal fundamentado o demonstrativo de estoque sintético, às fls. 128 a 133 dos autos, em levantamentos analíticos de entradas e de saídas abrangendo os exercícios de 2011 e 2012, conforme se pode constatar dos documentos de fls. 34 a 91 dos autos.

Assim, conforme entendimento do colegiado primário, mesmo o autuante, para efeito de apuração das diferenças apuradas no exercício de 2012, tendo considerado apenas as notas fiscais de entradas e saídas de 2012, o fato de incluir nos levantamentos de entradas e de saídas as notas fiscais de 2011, juntamente com as notas fiscais de 2012, cerceou o direito de ampla defesa do autuado, visto que este teria que refazer o levantamento excluindo todas as notas fiscais de 2011, além de ter que verificar nota a nota, item por item, a quantidade de entradas e saídas, para chegar as quantidades apontadas no levantamento realizado pelo autuante.

Assim, sustenta o órgão julgador que qualquer limitação para que o contribuinte possa compreender e produzir as provas necessárias no intuito de elidir a autuação, qualquer prejuízo que lhe seja causado ou que o impossibilite de se defender, resulta em cerceamento do direito de defesa, cuja consequência é a nulidade do lançamento.

Há de se salientar, ainda, que se trata de uma auditoria de estoque que abrange um universo de 125 itens, o que agrava mais a dificuldade de o sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa, como também que o demonstrativo sintético da auditoria de estoque, intitulado de “Lista geral de omissões”, às fls. 128 a 133 dos autos, só foi fornecida cópia ao autuado após a informação fiscal e, mesmo assim, concedendo-lhe o prazo de apenas 10 (dez) dias para se manifestar, conforme documentos às fls. 134 e 135.

Contudo, mesmo diante de tais considerações, entendo que a Decisão recorrida não foi adequada ao decretar a nulidade da terceira infração, cuja exoneração efetivada foi objeto deste Recurso de Ofício, pois, em que pese o evidente cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, dificultando-o de conferir os dados relativos à acusação fiscal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, tanto pela miscigenação de documentos fiscais entre exercícios, quanto ao prazo ínfimo de dez dias para exercer o direito de defesa, a anulação desse item do Auto de Infração obedece às regras, dentre as quais sobressai o 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 os óbices ao lançamento, vislumbrados pelo ilustre relator e

citados acima, não são capazes de determinar a nulidade absoluta do item em questão, pois, nos termos do art. 18, §1º, do RPAF/99, podem ser devidamente saneados, ao se determinar ao preposto fiscal a confecção de levantamentos de entradas e de saídas constritos ao exercício fiscalizado, fornecendo sob recibo cópia dos mesmos ao sujeito passivo, com a indicação de “trinta dias” para o pleno exercício do seu direito de defesa.

Dessa forma, considero que os vícios existentes são passíveis de correções, devendo o processo retornar à primeira instância para saneamento, para aperfeiçoamento dos demonstrativos, já que todos os dados encontram-se nos autos, com reabertura do prazo de defesa e novo julgamento com apreciação do mérito da questão.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para decretar a nulidade da Decisão recorrida, afastando a nulidade da infração 3, por concluir que, no caso concreto, cabe o devido saneamento do PAF, no sentido de se expurgar os documentos relativos ao exercício não fiscalizado, conforme previsto no art. 18, §§ 1º e 3º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **206880.0001/14-1**, lavrado contra **CASA COSTA MÓVEIS LTDA.** (**CASA COSTA**), 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, 25 de fevereiro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS