

PROCESSO - A. I. Nº 020747.0112/13-1
RECORRENTE - CASA DEZ COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0184-05/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0110-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Ao consultar documento acostado aos autos, verifica-se que se encontram em mídia digital as informações alegadas pelo contribuinte, no qual não fora manifestada pela fiscalização, nem pelos julgadores de primeiro piso, pois consta através da análise do recorrente produção do demonstrativo com dados concretos de notas fiscais e recolhimentos realizados, cotejando-os com o extrato emitido pela própria SEFAZ, e apurando montante menor do que o exigido, no qual o próprio contribuinte sustenta a falta de análise dos referidos demonstrativos pugnando pela realização de diligência fiscal nesse sentido. Diante da falta dessas análises sobre os documentos e levantamentos apresentados pelo autuado, seja para dar validade ou não aos mesmos, a JJF omitiu-se e, assim, não se pode proceder à análise dos mesmos sem incorrer em verdadeira supressão de instância. Retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 06/11/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2013, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 504.807,14 (quinhentos e quatro mil oitocentos e sete reais e quatorze centavos), em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações.

O contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 1 e 3, conforme demonstrativo do SIGAT (fls. 530/531), manifestando seu inconformismo quanto à:

***Infração 02. RV** – Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, 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 69 e 88. A Empresa no exercício de 2009 comercializou quase na totalidade de suas mercadorias bebida alcoólica, produto que a partir de 01/04/2009 voltou a fazer parte do anexo 88, entretanto constatou-se que a Empresa recolheu o ICMS a menor, conforme demonstrativo em anexo. Constatou-se que a Empresa adquiriu mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, recolheu o ICMS e utilizou indevidamente o imposto recolhido, conforme demonstrativos em anexo. Valor de R\$ 320.041,35 - Multa de 60%.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 511/522), levantando preliminares de nulidade, bem como atacou o mérito da infração 2. Além disso, requereu a realização de diligência.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 526/527), defendendo a manutenção do Auto de Infração em todo o seu teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem,

julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nº 020747.0112/13-1, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$504.807,14**, acrescido das multas de 60% previstas no art. 42, incisos II "a" e "b" e VII "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 03 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são precisos e condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, os dispositivos infringidos constam claramente indicados nos campos próprios do Auto de Infração, não havendo imprecisão e foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, conforme demonstrativos, cujo recibo foi assinado pelo autuado, fls. 01, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. O próprio autuado afirma em sua defesa que “...pois analisou o demonstrativo relativo ao levantamento e cálculo da infração 02, (Anexo 01), acostado nos Autos e verificou que a MD auditora fiscal produziu as informações apurando o débito a partir de cada produto, recalculando seus valores sem a preocupação de verificar se a mesma deu entrada com Nota Fiscal com o Imposto relativo à substituição tributária destacado no documento ou não.”

Além do mais, quanto à indicação da redução da multa é previsão legal não havendo razão para desconhecimento do impugnante. Não há, portanto, como albergar as arguições defensivas de cerceamento de defesa e do contraditório.

A arguição de que as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa, cabe observar que a matéria possui caráter legal, à vista do disposto no Código Tributário Nacional (CTN), artigo 161, sendo, de igual modo, prevista a sua cobrança, no artigo 137 do RICMS/BA, ao dispor que, para fins de atualização monetária, os débitos do ICMS, quando pagos em atraso, serão convertidos em quantidade de UFIRs ou de outro índice que venha a ser adotado para atualização dos créditos tributários da União, no caso presente a variação da taxa SELIC. Quantos aos acréscimos moratórios, trata-se de igual forma, de cobrança diante do não recolhimento tempestivo da obrigação tributária, estando a sua previsão legal nos artigos 138 e 138-B, especialmente o inciso II, do multimencionado RICMS/97. Já os acréscimos moratórios estão previstos no mesmo diploma legal, artigo 139. Assim, não resta razão para desconhecimento alegado pelo impugnante.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, inclusive é possível assegurar que a denúncia espontânea alegada não elide a exigência, bem como foram consideradas todas as notas fiscais necessárias a apuração da infração 02.

As arguições de inconstitucionalidade da antecipação parcial pedem seu objeto, pois tal infração não consta do presente lançamento de ofício. Caso o autuado esteja arguindo a inconstitucionalidade da antecipação integral, esse Contencioso Administrativo Fiscal não tem competência para apreciar tal matéria.

Verifico que o sujeito passivo, conforme demonstrativos do SIGAT anexo aos autos, às fls. 531, efetuou o parcelamento total das infrações 01 e 03, o que implica em reconhecimento dos alegados e exigidos créditos tributários, cabendo a precedência integral de tais infrações.

Quanto à infração 02, ficou demonstrado que a alegada denúncias espontâneas de nº 6000000565124 não se refere aos lançamentos das Infrações 02 e 03 deste Auto de Infração. Consigna que esta denúncia refere-se à ICMS lançado e não recolhido, conforme cópia do demonstrativo da mesma, às fls. 16 do presente processo. Quanto à denúncia Processo 6000000566120, citada na defesa, embora trate-se de ICMS da substituição tributária, não se refere ao período lançado no Auto de Infração, cujo período foi de maio de 2009 à dezembro de 2009.

Verifico, conforme afirma a autuante em sua informação fiscal, que foram consideradas todas as notas fiscais referentes a bebidas adquiridas em outras Unidades da Federação, para que fosse apurado o valor correto a ser recolhido, que a Empresa lançou como mercadoria da substituição tributária, bem como foram considerados todos os recolhimentos referentes a estas operações com os códigos: 2191, 1187, 1145 e 2183. Todos os recolhimentos feitos referentes ao ICMS retido em outras Unidades da Federação referentes à inscrição da Empresa autuado são lançados no código de receita 1187. A apuração do imposto devido efetuado pelo autuante foi correta

Quanto ao pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Rejeitou inicialmente as preliminares de nulidade, por considerar que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são precisos e condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; que os dispositivos infringidos se encontrariam claramente indicados nos campos próprios do Auto de Infração; que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; e que foram obedecidos os prazos previstos legalmente;
- b) Em relação à alegação de as notificações não descreveriam devidamente a legislação aplicável na correção monetária, ou os juros utilizados, afastou-a, com o argumento de que a matéria possui caráter legal, com previsão expressa nos artigos 137, 138, 138-B, II, e no art. 139; todos do RICMS/97;
- c) Indeferiu o pedido de diligência, por entender que os elementos no processo seriam suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, bem como da prova não depender do conhecimento especial de técnicos, conforme o art. 147, I, “a” e inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99. Não obstante, asseverou que a denúncia espontânea alegada não elide a exigência por se tratarem de fatos distintos, bem como, assegurou que foram consideradas todas as notas fiscais necessárias à apuração da infração 2;
- d) Afirmou que a JJF não tem competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade;
- e) Verificou que o sujeito passivo efetuou o parcelamento total das infrações 1 e 3, o que implicaria no reconhecimento dos alegados e exigidos créditos tributários;
- f) Em relação à infração 2, afirmou que ficou demonstrado que a Denúncia Espontânea de nº 6000000565124 não se refere aos lançamentos de nº 2 e 3, mas sim, refere-se ao ICMS lançado e não recolhido, conforme cópia dos demonstrativos de fls.16. Em relação à denúncia Processo de nº 6000000566120, arguiu que, embora se trate de ICMS da substituição tributária, não se referiria ao período lançado no Auto de Infração;
- g) Afirmou que a Autuante, em sua informação fiscal, considerou todas as notas fiscais referentes às bebidas adquiridas em outras unidades da Federação, para que fosse apurado o valor correto a ser recolhido, bem como foram considerados todos os recolhimentos referentes às operações com os códigos 2191, 1187, 1145 e 2183. Observou ainda que todos os recolhimentos referentes ao ICMS retido em outras Unidades da Federação relacionados à inscrição da Empresa autuado foram lançados com o código 1187;
- h) Em relação ao pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação principal, asseverou que a apreciação da matéria caberia à Câmara Superior do CONSEF, conforme os artigos 159 e 169 do RPAF/BA.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 551/560)**.

- i. Afirmando preambularmente que seu direito de defesa fora cerceado, pois o lançamento teria tido como base, demonstrativos com diversos erros, o que implicaria na falta de certeza e liquidez do crédito tributário, ferindo, dessa forma, os arts. 18, IV, “a”, 28, §4º, e 39, III e IV; todos do RPAF.
- ii. Arguiu que o AI não dispôs das situações de redução da multa, o que violaria o disposto no art. 39, VII, bem como que ao indeferir o pedido de diligência para a apuração do *quantum* devido após as reduções necessárias, teria acarretado o cerceamento de defesa;
- iii. Quanto ao mérito, argumentou que o i. Fiscal não teria levado em conta a denúncia espontânea, consubstanciada o Processo Administrativo de nº 1-6000000566120, número de Parcelamento 402012-0, e que tal denúncia teria abarcado o período fiscalizado, inclusive, fazendo referência a mercadorias (MVA) e notas fiscais, ora fiscalizadas;

- iv. Requereu a conversão do PAF em diligência, para que se possa verificar se o parcelamento da denúncia espontânea abrange a infração de nº 2, evitando assim o *bis in idem* tributário;
- v. Afirmou que no demonstrativo produzido pela auditoria fiscal não existe memória de cálculo relativa à soma dos valores recolhidos, sendo assim, levantou a hipótese de que aparentemente teriam sido somados todos os registros de pagamento nos códigos 1187, 2183 e 2191. No entanto, arguiu que não existiria garantia de que todos os pagamentos teriam sido computados, já que muitas GNR's teriam sido recolhidas nos Estados de origem da mercadoria;
- vi. **Apontou que o demonstrativo elaborado pelo recorrente, o qual possui grandes divergências perante o efetuado pela Autuante, não teria sido analisado pelo i. Fiscal ou pela JJF;**
- vii. Por fim, alegou ser imperioso o reconhecimento de sua boa-fé, eis que não houvera qualquer fraude, dolo ou simulação. Sendo assim, afirmou estarem presentes as regras esculpidas nos arts. 158 e 159 do RPAF, motivo pelo qual a multa deveria ser reduzida.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 579/582) opinou pelo Não Conhecimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. Preambularmente, observou que o Recurso não observou o comando previsto no art. 10, §1º, II, do RPAF, mas que em atenção ao princípio da instrumentalidade do processo, opinou pela superação deste ponto, com fulcro no art. 2º, §1º, do RPAF;
- ii. Opinou pelo afastamento das alegações de nulidade, pois asseverou que a descrição do lançamento fora feita com clareza, sem que houvesse qualquer dificuldade para a cognição dos fatos descritos e sua subsunção à norma;
- iii. De igual forma, opinou pelo indeferimento do pedido de diligência, visto que estariam carreadas nos autos provas robustas da única infração remanescente, bem como, afirmou que caberia ao Recorrente juntar os comprovantes de pagamento que refutassem o minucioso levantamento, o que não teria sido feito pelo sujeito passivo;
- iv. Em relação às denúncias espontâneas mencionadas na defesa, destacou que uma delas não se referiria à infração 02 e a outra trataria de período distinto;
- v. Afirmou que a Autuante, em sua informação fiscal, considerou todas as notas fiscais referentes às bebidas adquiridas em outras unidades da Federação, para que fosse apurado o valor correto a ser recolhido, bem como foram considerados todos os recolhimentos referentes às operações com os códigos 2191, 1187, 1145 e 2183. Observou ainda que todos os recolhimentos referentes ao ICMS retido em outras Unidades da Federação relacionados à inscrição da Empresa autuada foram lançados com o código 1187;
- vi. Ainda argumentou que o recorrente não teria apontado precisamente qual seria a inconsistência que justificaria a produção de diligência, motivo pelo qual opina pelo indeferimento do pedido;
- vii. Por fim, declarou que o pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal deveria ser feito à Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

Da análise da mídia anexada junto à defesa (fl. 524), verifico que o contribuinte anexou duas planilhas elaboradas por ele com indicações de notas fiscais e pagamentos realizados com base no Extrato de Recolhimentos da SEFAZ e que, segundo tais arquivos, imputariam valores menores devidos em relação à Infração 02.

VOTO

Antes de adentrar à análise do Recurso Voluntário interposto, de ofício, suscito questão preliminar.

Da análise da impugnação apresentada, nas fls. 518 e 519 verifico que o contribuinte cita a existência de 03 (três) anexos: i) anexo 1 – planilha de trabalho do i. agente fiscal; ii) anexo 2 – consulta na SEFAZ sobre os pagamentos feitos no período, e; iii) anexo 3 – planilha elaborada com indicativos de erros do levantamento fiscal original.

Ao consultar o envelope aposto na fl. 524, até então lacrado, verifico que de fato tais anexos encontram-se na mídia digital.

Da análise da Informação Fiscal às fls. 526/527 verifico que a agente fiscal sequer se manifesta sobre tais anexos.

Ao compulsar o acórdão recorrido, igualmente verifico que os Julgadores de piso não analisaram e nem se manifestaram sobre tais anexos.

Analisando os referidos anexos, verifico que o recorrente produz demonstrativo com dados concretos de notas fiscais e recolhimentos realizados, cotejando-os com o extrato emitido pela própria SEFAZ, e apurando montante menor do que o exigido na Infração 2.

Em sede de Recurso Voluntário o contribuinte sustenta a falta de análise dos referidos demonstrativos pugnando pela realização de diligência fiscal nesse sentido. Entendo não ser possível.

Ocorre que, ao deixar de se manifestar sobre os documentos e levantamentos apresentados pelo autuado, seja para dar validade ou não aos mesmos, a JJF omitiu-se e, esta CJF não pode proceder à análise dos mesmos sem incorrer em verdadeira supressão de instância.

Assim, entendo que a Decisão recorrida resta inquinada de vício insanável, razão pela qual voto pela NULIDADE da mesma, devendo os autos retornarem para novo julgamento em que deverá ser realizada a análise dos documentos anexados em mídia eletrônica pelo contribuinte (fl. 524).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **020747.0112/13-1**, lavrado contra **CASA DEZ COMÉRCIO LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS