

PROCESSO - A. I. Nº 207097.0007/13-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - T. CURCINO BASTOS (TCB SUPERMERCADOS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0022-02/15
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 29/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0172-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. Restou provado nos autos que somente o autuado foi cientificado do resultado da diligência realizada pela ASTEC, contrariado o disposto no art. 149-A do RPAF/BA. Decretada a **Nulidade** da Decisão recorrida. Devolvam-se os autos à Primeira Instância para proferir novo julgamento. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração, através do Acórdão JJF nº 0022-02/15, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 03 infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício a abaixo indicada :

INFRAÇÃO 03 – 03.02.02 – recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2008 a abril de 2010. Valor R\$ 143.401,53. Multa proposta de 60%. Consta que “*O contribuinte deixou de recolher ICMS no montante devido, referente as vendas com diversas mercadorias, através do ECF – identificado através do Reg 60R, por erro no lançamento na aplicação da alíquota devida, conforme previsto no RICMS e demonstrado através de papéis de trabalho anexo a este processo, nos exercícios de 2008 a 2010.*”

A Junta de Julgamento deliberou pela Nulidade da infração com a seguinte fundamentação:

“Com relação à infração 03, o autuado nega a existência de erro nas alíquotas aplicadas às operações de saída. Alega que o autuante não examinou os livros de sua escrita, mas efetuou o lançamento com base nos arquivos Sintegra, os quais alega conter erros, conforme se pode depreender de trecho da impugnação, à folha 119, abaixo transcrito.

“Assim é que não poderia o preposto fiscal efetuar o lançamento com base em arquivos Sintegra que comprovadamente contém erros (grifo acrescido) e ainda, com uso de arquivos que o autuado estava com prazo de correção em curso.”

Em sua informação fiscal, o autuante afirma que os erros encontrados decorreram da análise dos arquivos Sintegra apresentados, conforme se pode extrair da leitura de trecho da sua peça informativa, à folha 140, abaixo transcrito.

“Ao analisarmos os arquivos apresentados, mês a mês, do convênio 57/95 – SINTEGRA, encaminhados pelo contribuinte ao sistema SEFAZ, verificamos o uso incorreto de situação tributária, com erro na aplicação de alíquota em diversas mercadorias cadastradas no ECF – Emissor de Cupom Fiscal. ...”

Estabelecida a controvérsia descrita acima, o processo foi baixado em diligência, com vistas a se avaliar a possibilidade de evidenciar a ocorrência do ilícito. Em busca de evidências na escrita fiscal de que o contribuinte tenha, efetivamente, aplicado alíquota a menor, a 3ª JJF solicitou diligência à ASTEC. Em cumprimento, o auditor diligente afirma que não encontrou evidências de ocorrência da infração apontada pela ação fiscal, tendo afirmado que o levantamento fiscal baseou-se, apenas, nos arquivos magnéticos, e não nos livros e documento fiscais, conforme se pode depreender da leitura de trechos do Parecer ASTEC Nº 00096/2014, à folha 150, abaixo reproduzidos.

“Considerando que o Livro Registro de Saídas de Mercadorias apenas registra os cupons em ordem cronológica não discriminando as mercadorias, e tendo em vista que o autuante baseou o seu levantamento nos arquivos magnéticos do autuado e não em livros e documentos fiscais (grifo acrescido), não foi possível apurar a ocorrência de divergências entre o demonstrativo citado na coluna “ICMS lançado” e a escrita do autuado.”

Cientificado do conteúdo do Parecer referido, à folha 155, o autuante não se manifestou.

A constatação do ilícito descrito na infração 03, em exame, requer, como parece evidente, o exame dos lançamentos efetuados pelo autuado em seu Livro Registro de Saídas, bem como no Livro Registro de Apuração do ICMS. Ora, o exame dos livros fiscais referidos não evidencia que a empresa haja calculado a menor o ICMS devido nas vendas efetuadas através da emissão de cupom fiscal, conforme declarou o preposto da Astec, à folha 150.

As divergências constatadas nos arquivos Sintegra não significam que o estabelecimento tenha promovido o recolhimento a menor, pois o que possuía, à época, valor jurídico probatório do recolhimento do imposto, eram os livros fiscais.

Embora tenha pugnado pela procedência da infração em comento, o autuante não logrou êxito em evidenciar o erro na aplicação da alíquota, o que se revelou inviável mediante a cotização do seu demonstrativo de débito com os livros fiscais.

Mesmo tendo tido a oportunidade de se manifestar no processo, após a autuação, por duas vezes, o autuante não conseguiu explicitar a partir de que elementos conseguiu chegar à conclusão de que houve recolhimento a menor. Ou seja, não conseguiu externar os elementos que evidenciam o erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas objeto do presente lançamento de ofício.

Dessa forma, restou configurada uma situação jurídica de insegurança na constatação da ocorrência do ilícito objeto da acusação, sendo inviável, até mesmo, afirmar-se, com segurança, que a infração não ocorreu.

Diante do exposto, julgo NULA a infração 03.”

Em atendimento ao disposto no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

O lançamento fiscal, referente à infração 3, diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta ainda na descrição dos fatos que a empresa deixou de recolher o ICMS no montante devido, referente as vendas de diversas mercadorias, através do ECF- identificado através do REG 60 R, por erro no lançamento na aplicação da alíquota devida, conforme previsto no RAICMS e demonstrado através de papéis de trabalho anexo ao processo.

Da análise dos referidos papéis de trabalho, fls. 63 a 112, verifico que o agente fiscal elaborou uma planilha relacionando mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo, indicando o valor da base de cálculo por ele apurada, imposto devido calculado através da aplicação da alíquota de 17%. O resultado encontrado foi comparado com o ICMS supostamente lançado pelo contribuinte.

Na defesa o sujeito passivo afirma inexistir erros nas alíquotas aplicadas nas operações de saídas. Afirma que não foram examinados os seus livros e documentos fiscais e o lançamento foi efetuado, exclusivamente, através das informações inseridas nos seus arquivos SINTEGRA, que continham erros. Por outro lado, o autuante ao prestar a informação fiscal, afirmou que os erros encontrados decorreram da análise dos arquivos SINTEGRA apresentados.

Em busca de evidências na escrita fiscal de que o contribuinte tenha, efetivamente, aplicado alíquota a menor, a Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência para que auditor estranho ao feito trouxesse evidências, na escrita fiscal, de que o contribuinte, tivesse aplicado alíquota menor que a prevista na legislação.

O parecerista, da ASTEC/CONSEF através do Parecer 96/2014, fls 148/150, constatou que os demonstrativos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração baseou-se, apenas, nos arquivos magnéticos, e não nos livros e documentos fiscais. Acrescentou que ficou impossibilitado de fazer o confronto entre os valores inseridos nos papéis de trabalho e

respectivos cupons fiscais pois os mesmos não foram indicados na referida planilha que relacionou apenas mercadorias sem qualquer indicação dos documentos fiscais utilizados.

O processo foi encaminhado à Inspeção de origem para que o autuante e autuado fossem cientificados sobre o resultado da diligência, de acordo com o documento de fl. 153, entretanto, somente o autuado tomou ciência do citado Parecer, pois na Intimação de fl. 155, somente consta a assinatura do representante do sujeito passivo, que é a mesma inserida no Auto de Infração, fl. 03.

Ocorre que a Inspeção ao encaminhar o PAF a este Conselho informou que o autuante tomou ciência do Parecer, através do mencionado documento de fl.155, conforme se observa no despacho de fl. 162, o que induziu ao julgador de 1ª Instância a entender que o autuante foi cientificado do resultado da diligência mas não se manifestou, conforme se extrai do trecho do voto a seguir transcrito:

"Embora tenha pugnado pela procedência da infração em comento, o autuante não logrou êxito em evidenciar o erro na aplicação da alíquota, o que se revelou inviável mediante a cotização do seu demonstrativo de débito com os livros fiscais.

Mesmo tendo tido a oportunidade de se manifestar no processo, após a autuação, por duas vezes, o autuante não conseguiu explicitar a partir de que elementos conseguiu chegar à conclusão de que houve recolhimento a menor. Ou seja, não conseguiu externar os elementos que evidenciam o erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas objeto do presente lançamento de ofício."

Assim, como ficou demonstrado que somente o autuado foi cientificado do resultado da diligência realizada pela ASTEC de fls. 148 a 150, contrariando o disposto no art. 149-A do RPAF/BA, de ofício, voto pela nulidade dos atos processuais, a partir do documento de fl. 162, relacionado ao encaminhamento do processo a este Conselho de Fazenda, já que a informação ali contida de que o autuante tomou ciência do Parecer ASTEC, não ocorreu e conseqüentemente é nula a Decisão da Primeira Instância.

Os autos deverão retornar a Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, devendo o órgão competente, antes, cientificar o autuante acerca do resultado da diligência de fls.148/150. Assim, considero NULA a Decisão recorrida e, em consequência, PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e decretar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 207097.0007/13-4, lavrado contra **T. CURCINO BASTOS (TCB SUPERMERCADOS)**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS