

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0012/14-1
RECORRENTE - SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0022-05/15
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 06/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0187-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. Tanto o autuante, quanto à diligência fiscal (fl. 283) e o Acórdão recorrido (fls. 299 a 303) se manifestaram sobre os documentos fiscais acostados pelo recorrente que interferem no levantamento quantitativo por se referirem a movimentação de estoque para depósito fechado da empresa. A Primeira Instância omitiu-se em tais argumentos. Esta CJF não pode proceder à análise dos mesmos sem incorrer em verdadeira supressão de instância, 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-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 29/01/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2014, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 75.723,84 (setenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e oitenta e quatro centavos), em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

O contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 3 e 4, recorrendo das demais:

Infração 01. RV – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$56.825,73, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, exercícios de 2009 e 2010, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos mesmos exercícios. Multa lançada de 70% e 100%;

Infração 02. RV – Falta de Recolhimento do Imposto, no valor de R\$6.998,48, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, exercício de 2011, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Multa lançada de 100%.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 254/258), contestando as infrações 01 e 02.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 275/276), em que manteve o Auto de Infração em seu inteiro teor.

Em seguida o processo foi convertido em diligência, tendo o autuante apresentado novo demonstrativo (fls. 287), estabelecendo o montante devido para a infração 01 em R\$ 23.068,70 e para a infração 02 em R\$ 3.221,97.

Intimado para se manifestar sobre o resultado da diligência (fl. 294) o contribuinte quedou-se inerte.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5^a JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração:

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$75.723,84, relativo a quatro irregularidades, tendo o autuado impugnada apenas a primeira e segunda infração, relativa levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cuja análise da lide se restringirá. Em consequência, subsiste a terceira e quarta infração, em decorrência do reconhecimento declarado do sujeito passivo.

Inerente à primeira infração, o sujeito passivo alega em seu favor que as eventuais diferenças encontradas no levantamento, em especial as 2.936 caixas de bacalhau no período de 01/01/2009 a 31/12/2009 e 1000 caixas de bacalhau no período de 01/01/2010 e 31/12/2010, jamais existiram de fato, e decorrem unicamente da falta dos registros de notas fiscais de retorno de armazenamento, por um equívoco do requerente. Pede que o autuante considere as NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado da própria SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998 e CNPJ/MF 14.679.062/0002-67, com relação ao exercício de 2009 e que considere as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603 e CNPJ/MF 03.350.703/0001-38, com relação ao exercício de 2010. Destaca, ainda, com relação à Infração 1, mesmo não vindo a reconhecer qualquer diferença em razão do não registro das notas fiscais de retorno de armazenamento, conforme explicitado acima, aduz que não pode deixar de protestar pela não aplicação da "proporcionalidade" (IN Nº 56/07, de 21/09/2007).

Quanto a segunda infração, o sujeito passivo apenas argüi, que o preposto fazendário não levou em consideração, na sua apuração da base de cálculo, a observância de que diversas mercadorias que compõe o levantamento, por integrarem a cesta básica ou dispuserem de redução de base de cálculo específica, deveriam ter sua alíquota ou carga tributária aplicada à época dos fatos geradores, indicando, por exemplo, o "charque", que diz representar mais de 90% dos itens de mercadorias relacionados na infração.

Instado a manifestar, o autuante, em relação a contestação das diferenças encontradas, mais especificamente no que se refere a infração 1, rebate os argumentos defensivos, destacando que todas as notas fiscais relacionadas na defesa dizem respeito as movimentações de envios e retornos promovidos pela próprio autuado, conforme explicitado nos termos de suas considerações, porém em nenhum momento foram consideradas no levantamento, o que por isso mantém as diferenças apontadas, tanto na infração 1, quanto na infração 2, que aliás não fora objeto de argüição pela defendant.

Sobre a não aplicação da proporcionalidade (IN Nº 56/07, de 21/09/2007) aventada pelo sujeito passivo na infração 1, o autuante manteve-se silente. Por sua vez, em relação a argüição da aplicação da alíquota ou carga tributária aplicada à época dos fatos geradores, na apuração do imposto devido para a infração 2, diz que, como não sabia qual o destino final das mercadorias omitidas apuradas, aplicou a alíquota interna vigente à época da lavratura do Auto de Infração, ou seja, 17%.

Da análise das peças processuais, em pauta suplementar do dia 26/06/2013, a 5^a JJF, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que seja adotada a seguinte providência: (1) em relação à primeira infração, que diz respeito a omissão de entrada, que, com base na presunção legal, o sujeito passivo é acusado de ter efetuado seus pagamentos com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias omitidas realizadas anteriormente, (art. 7º, II, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998) desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, de 21/09/2007, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permita concluir de que o sujeito passivo operava com mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária; (2) em relação à segunda infração, que diz respeito a omissão de saída tributáveis apurada por levantamento quantitativo de estoque (art. 4º c/c art. 5º, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998), desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas.

À fl. 287 o Fiscal Autuante, em atendimento ao pedido de diligencia acima destacado, desenvolve novos demonstrativos para as infrações 1 e 2. Em relação a infração 1, aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da IN nº 56/07, de 21/09/2007, o débito ficou reduzido para o valor de R\$23.068,70, conforme demonstrativo que anexa à fl. 288. Quanto a infração 2, aplicado a alíquota interna para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas, considerando o tratamento tributário determinado na legislação à época dos fatos geradores, o débito ficou reduzido para o valor de R\$3.221,97, conforme demonstrativo à fl. 291 dos autos.

Instado a manifestar, por via postal, através dos Correios (AR) na forma dos DOCs acostados aos autos às fls. 293-294, o sujeito passivo manteve-se silente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$38.190,30, após redução dos valores exigidos na primeira infração de R\$56.825,73 para R\$23.068,70, e na segunda infração de R\$6.998,48 para R\$3.221,97, mantendo-se os valores exigidos nas demais infrações.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5^a JJF simplesmente relatou os argumentos defensivos e o resultado da diligência, acatando-o e julgando parcialmente procedente o lançamento.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 313/316)**.

- i. Ratificando todos seus argumentos defensivos, asseverando que o Auto de Infração não mereceria prosperar, tendo em vista que as infrações encontrar-se-iam fundamentadas em bases equivocadas, devido a erros em sua constituição, bem como afirmou que não haveria nenhuma prova conclusiva de que teria ocorrido a circulação econômica de mercadorias;
- ii. Afirmou que o Fisco teria utilizado de presunções legais para fundamentar suas acusações, e que tal procedimento serviria para “forçar” o Recorrente a produzir provas, numa espécie de inversão do “ônus da prova” ou de prova negativa;
- iii. Argumentou que a Administração Pública somente poderia impor aos contribuintes, penalidades e cobrança de tributos, com provas inequívocas dos fatos geradores e ilícitos;
- iv. **Arguiu que as diferenças encontradas no levantamento fiscal no período de 2009 e 2010 jamais teriam existido, solicitando assim que fossem consideradas as NF's de nº 00892, 000893, 000895, 000896, 000898, 000906, 000907, 000908, 000909, 000910, 000911, 000913, 000916 e 000917, no que se refere ao exercício de 2009, e as NF's de nº 31367, 31415, 31414 e 31266, no tocante ao exercício de 2010;**
- v. Por fim, clamou que, caso a Colenda Câmara mantivesse o entendimento, que mantivesse a aplicação do princípio da proporcionalidade no que diz respeito à infração 01, bem como que fosse aplicada a base de cálculo específica (cesta básica), vigente à época dos fatos, referente à infração 02; nos termos do acórdão 0022-5/15.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 325/326) opinou pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. As notas fiscais colacionadas pela defesa se refeririam a movimentações de envios e retornos que não teriam feito parte do levantamento quantitativo;
- ii. Que as razões apresentadas seriam insuficientes para provocar modificação do julgamento de primeira instância, bem como que esse, teria já havia sido proferido de modo a levar em conta a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, bem como teria adotado a alíquota interna vigente à época dos fatos geradores.

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

VOTO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5^a JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 75.723,84 (setenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e oitenta e quatro centavos), em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

O contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 3 e 4.

Antes de adentrar ao mérito do Recurso Voluntário, cabe a este Relator, de ofício, arguir matéria preliminar.

Ocorre que, da análise da impugnação apresentada pelo ora recorrente (fls. 254 a 273), um dos fundamentos por ele aduzidos foi o de que , quanto a Infração 1, as diferenças encontradas no levantamento fiscal no período de 2009 e 2010 jamais teriam existido, solicitando assim que fossem consideradas as NF's de nº 00892, 000893, 000895, 000896, 000898, 000906, 000907, 000908, 000909, 000910, 000911, 000913, 000916 e 000917, no que se refere ao exercício de 2009, e as NF's de nº 31367, 31415, 31414 e 31266, no tocante ao exercício de 2010.

O autuante em sua informação fiscal argumentou que tais notas em nada interferem no levantamento quantitativo por se referirem a movimentação de estoque para depósito fechado da empresa.

Ocorre que, em seguida, nem a diligência fiscal (fl. 283) e nem o Acórdão recorrido (fls. 299 a 303) se manifestaram sobre tal argumento, acatando-o ou refutando-o.

Outrossim, verifico que esse é um dos argumentos defensivos centrais da defesa do contribuinte quanto à Infração 1, que promoveu, inclusive, a juntada dos respectivos documentos fiscais supostamente desconsiderados pelo fisco e que segundo ele impactariam no levantamento quantitativo.

Em verdade, analisando o voto proferido pela JJF, verifico que o mesmo se trata muito mais de um relatório, o julgador de piso não enfrenta nenhum dos argumentos aduzidos em defesa, e tão somente vota pela procedência parcial do lançamento nos termos da diligência realizada.

O processo administrativo fiscal é regido pelo princípio da informalidade, e ao que parece a JJF acatou na íntegra o resultado da diligência, entretanto, não fundamentou em qualquer momento o porque do acatamento, e sequer se pronunciou sobre os argumentos defensivos não acatados.

Ao agir assim a JJF produziu Decisão inquinada de Nulidade, uma vez que cerceou o direito de defesa do contribuinte na medida em que não se manifesta, nem mesmo indiretamente, sobre os seus argumentos defensivos.

Ocorre que, ao deixar de se manifestar em relação aos argumentos defensivos, 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 argumento e documentos anexados pelo contribuinte.

Resta PREJUDICADO, portanto, o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269141.0012/14-1**, lavrado contra **SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

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

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR–REPR. DA PGE/PROFIS