

PROCESSO - A. I. N° 279463.0007/13-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NOVA CASA BAHIA S/A.
RECORRIDOS - NOVA CASA BAHIA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJJ N° 0210-02/14
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 31/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0194-12/15

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Ausência dos levantamentos analíticos de entradas e de saídas, que dão suporte à auditoria fiscal, ensejou cerceamento ao pleno direito de defesa, pois, deixou de demonstrar, de forma transparente, a razão da exclusão de itens originalmente relacionados, assim como da manutenção dos itens remanescentes. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida no Acórdão JJJ n°. 0210-02/14 ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS de R\$179.945,94, relativo às seguintes infrações:
INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$160.873,13, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012, acrescido da multa de 100%.

INFRAÇÃO 2: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$19.072,81, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro a novembro de 2012, uma vez que o contribuinte utilizou o crédito fiscal de 17% sobre produtos de informática, que tem a carga tributada reduzida.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$27.157,18, após indeferir o pedido de diligência fiscal e salientar que o contribuinte apesar de alegar que verificou e provaria equívocos cometidos no levantamento, não os apontou totalmente, apenas alegou escassez de tempo, tendo, na informação fiscal, sido feitos os ajustes necessários para atender ao quanto apresentado como prova pelo sujeito passivo, o que dispensaria a conversão do feito em diligência.

No que concerne à alegação defensiva de ter acostado ao feito, por amostragem, os documentos que elidiriam a infração, que o são em número vultoso, e que estaria prejudicado o seu direito de ampla defesa, caso não houvesse dilação de prazo, a JJJ aduz que não se pode aqui, falar-se em qualquer eventual cerceamento de defesa ou concessão de oportunidade para que tais elementos

viessem ao feito, justamente para que a verdade material aflorasse, sempre com a dificuldade imposta pela defendant da grande quantidade de documentos necessários para tal, esquecendo-se que poderia ter trazido os mesmos em meio magnético, e que tal argumento se fragiliza, diante do porte, organização e importância da empresa, sem esquecer que se trata de uma sociedade anônima, que tem que primar pela transparência de suas atividades, até pela necessidade de submeter-se a auditoria externa, na qual são analisadas e avaliadas as suas operações realizadas no período.

A JJF lembra que já decorreu quase um ano da autuação, sem que os elementos que pudessem elidir o restante da infração fossem trazidos ao feito pela defendant e que esta tem sido uma prática recorrente da defendant em suas peças, ou seja, sempre alegar escassez de prazo, para tentar trazer os elementos de defesa de que dispõe, entretanto não tem tido sucesso, como se pode observar nos julgamentos que culminaram com os Acórdãos CJF 0395-12/13, 0150-12/14 e 0127-12/14, ainda que na razão social anterior (Casas Bahia S. A.), nos quais, de forma reiterada, se observa tal alegação.

No mérito, quanto à infração 1, o órgão julgador ressalta que, em sede de informação fiscal, o auante retificou o lançamento, fazendo os devidos ajustes e reconhecendo os equívocos cometidos, o que implicou na sua substancial redução de R\$ 160.873,13 para R\$ 8.084,37.

Inerente à alegação defensiva, após conhecimento dos novos valores, de que faltou o encaminhamento do demonstrativo de débito informando o cálculo de atualização e qual imposição de multa ficou convencionada, a JJF observa que a infração permanece a mesma, apenas teve alterados os valores originalmente apurados e que foram elaborados novos demonstrativos, inseridos às fls. 383 a 403, os quais foram entregues por via postal ao sujeito passivo, conforme recibo de fls. 406/408, sendo-lhe concedido prazo para manifestação de dez dias, o que ocorreu, consoante documento de fls. 410 a 417. Assim, os cálculos de atualização permanecem os mesmos, e somente podem ser avaliados quando do momento do recolhimento da parcela lançada e que o percentual de multa permanece o mesmo.

Ressalta a JJF que, contrariamente ao entendimento da defesa, esta infração não se enquadra como presunção, diante do fato de que não guarda similaridade com qualquer das situações elencadas no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, pois, de fato, restou constatado omissão de saídas de mercadorias.

Por fim, na decisão foi consignado que, neste momento, não lhe seria mais permitido alterar os registros SINTEGRA, diante do fato de que, em primeiro lugar, tais arquivos devem espelhar a escrituração fiscal, e em segundo, neste momento, a ação fiscal encontra-se perfeita e acabada, somente admitindo-se qualquer alteração do valor lançado, via julgamento.

Assim, diante da falta de qualquer outro argumento consistente, o colegiado acolheu os valores apontados pelo auante em sua informação fiscal (R\$ 8.084,37), de acordo com os demonstrativos de fls. 383 a 403, e julgou a infração parcialmente procedente.

No tocante à segunda infração, a JJF diz não concordar com a assertiva defensiva de que “*a acusação fiscal busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS. Todavia, deve-se ter em mente, que toda e qualquer limitação do direito ao crédito do ICMS, deve respeitar o princípio da não cumulatividade desse imposto*”, pois entende o órgão julgador que a autuação respeitou o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, inserido no art. 155 da Carta Magna, e recepcionado no art. 19 da LC 87/96, do que enfatiza que tendo sido destacado imposto a maior por parte do remetente das mercadorias arroladas na autuação, somente pode ser apropriada a título de crédito fiscal aquela parcela que, de acordo com determinação legal seja possível.

A JJF diz que, pela norma regulamentar (art. 93, § 5º do RICMS/97), somente é possível a apropriação do crédito fiscal relativamente aquele valor que tenha sido corretamente calculado e destacado no documento fiscal. Em caso de erro, o contribuinte deve apenas e tão somente

creditar-se da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu no presente caso, sendo o elemento motivador da autuação, e sem que isso venha a se constituir, como equivocadamente entende a defesa em negação ao princípio da não cumulatividade.

Aduz que, no caso concreto, as mercadorias objeto da autuação se constituíam em equipamentos de informática, cujas operações, nos termos da legislação, especialmente o artigo 87, incisos V e XLIV, do RICMS/97, ou art. 266, XII, do RICMS/12, possuem redução de base de cálculo, devendo o crédito ser proporcional, consoante comando do art. 29, § 4º, da Lei 7.014/96, tendo em vista o Poder Judiciário entender que redução de base de cálculo equivale a isenção parcial e que o crédito fiscal apropriado indevidamente deve ser estornado, tal como feito no lançamento de ofício.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, conforme legislação.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 446 a 452, onde pugna pela improcedência absoluta do Auto de Infração, tendo, em relação à primeira infração, reiterado sua alegação de que, quando o Fisco reconheceu o direito do contribuinte e reduziu o débito fiscal, não apresentou nova planilha discriminando os valores e produtos que supostamente estariam sem comprovação de documentação fiscal pela amostra quantitativa de estoque, ou seja, quais produtos supostamente permaneceriam no valor remanescente de R\$8.084,37, o impossibilitando de contrapor as afirmações do Fisco, do que pede a nulidade da infração.

Inerente à segunda infração, cujo lançamento diz que teve como base a utilização de “crédito fiscal de ICMS na entrada de mercadorias, cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida, conforme dispõe o art. 87, V e XLIV do RICMS/BA”, alega o recorrente que, dentro desta operacionalização tributária, houve somente benefício fiscal ao caixa do Estado da Bahia, que além de não ver reduzida a base de cálculo dos produtos consequentemente teve recolhimento de imposto em valor superior ao devido.

Sustenta que os fundamentos da descrição da autuação limitam o direito de crédito de ICMS. Porém, toda e qualquer limitação instituída por norma tributária referente ao crédito do ICMS deve obedecer ao princípio da não cumulatividade deste tributo. Cita o art. 155, §2º, da CF e doutrina.

Aduz que suas saídas também ocorreram sem a redução de base de cálculo, com destaque nas respectivas notas fiscais com a aplicação de alíquota no percentual de 17%, conferindo-lhe imediato direito ao crédito integral regularmente pago pelo contribuinte. Assim, indaga: “...qual o prejuízo ao Erário Público? Nenhum!!! E mais. Se o recolhimento foi a maior, pelo princípio da não cumulatividade faz jus ao seu crédito, constitucionalmente garantido!!!”

Com base neste raciocínio, o recorrente sustento que a glosa dos créditos petrificam flagrante enriquecimento ilícito em desfavor do contribuinte, modalidade com a qual nossa legislação e Estado Democrático de Direito não agasalha. Afirma que na impugnação exemplificou através de notas fiscais com os destaques do ICMS que comprovam o alegado e, caso necessário à juntada completa dos documentos fiscais, requer-se a conversão do julgamento em diligência.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, do que protesta pela juntada de provas documentais necessárias ao esclarecimento dos fatos arguidos no recurso. Requer, ainda, que todas as intimações sejam encaminhadas ao seu patrono, sob pena de nulidade de qualquer intimação.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 458 a 460 dos autos, é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, eis que, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, pois, compulsando os autos, verifica-

se à saciedade que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas nos demonstrativos fiscais e na legislação tributária estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo sido observado os princípios da legalidade, da ampla defesa e da verdade material.

Opina o parecer que a arguição de nulidade do Auto de Infração deverá ser rechaçada, posto que o lançamento tributário está amparado em norma constitucional (art. 155, II, da CF) e na lei do ICMS, tendo o autuante descrito com perfeição o fato gerador e a legislação tributária aplicável à hipótese.

A PGE/PROFIS aduz que, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, na informação fiscal, o autuante retificou o lançamento, fazendo os devidos ajustes e reconhecendo os equívocos cometidos, o que implicou na substancial redução do valor exigido de R\$160.873,13 para R\$8.084,37. Contudo, aduz o parecer ser improcedente a alegação recursal de inexistência de planilha dos lançamentos residuais, já que foram elaborados novos demonstrativos, inseridos às fls. 383 a 403, os quais foram entregues ao sujeito passivo e ao seu patrono, conforme recibo às fls. 406 e 408, em atendimento ao princípio do contraditório e ampla defesa, sendo-lhe concedido o prazo de dez dias para se manifestar, o que ocorreu, consoante documentos de fls. 410 a 417.

Opina que o requerimento de diligência fiscal deverá ser indeferido por falta de amparo legal, nos termos do art. 147, do RPAF, em razão dos elementos probatórios dos autos revelarem-se suficientes à formação do convencimento dos julgadores e a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico, além de que o próprio recorrente reconhecer que as provas materiais estão sob seu poder e que não foram juntadas aos autos.

Inerente à arguição de lesão ao princípio da não cumulatividade do ICMS, também sustenta o opinativo de que não há como prosperar, pois, em consonância com os termos do art. 93, § 5º, do RICMS/97, somente é possível a apropriação do crédito fiscal relativamente àquele valor que tenha sido corretamente calculado e destacado no documento fiscal e, em caso de erro, o contribuinte deve apenas e tão somente creditar-se da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu.

Assim, a PGE/PROFIS conclui pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida desonerada parcialmente o sujeito passivo do débito exigido na primeira infração, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às duas infrações, requerendo a nulidade da infração 1 e a improcedência da infração 2.

Inicialmente, nos cabe analisar a alegação recursal arguida de prejuízo do exercício da ampla defesa.

Preliminamente, da análise do Recurso Voluntário, manifesto-me no sentido de que a Decisão recorrida foi prolatada com cerceamento ao pleno direito de defesa e do contraditório, pois, conforme *alegado* pelo recorrente, quando os autuantes, em sede de informação fiscal, reduziu o débito fiscal da primeira infração de R\$ 160.873,13 para R\$ 8.084,37 não apresentou novas planilhas analíticas (levantamentos quantitativos de entradas e de saídas) discriminando todas as notas fiscais consideradas de entradas e de saídas dos produtos que compõem a base de cálculo remanescente do imposto exigido, de forma a demonstrar a transparência da auditoria realizada; possibilitar ao contribuinte a verificar os novos cálculos e, se desejar, apresentar suas discordâncias e/ou concordâncias, assim como de ensejar aos membros julgadores a plena convicção de que no novo resultado apurado se respeitou os princípios da verdade material e da garantia da ampla defesa.

Arguiu o recorrente, em sua manifestação acerca do resultado dos novos demonstrativos, às fls. 410 a 416, que sua defesa estaria prejudicada pela ausência de “*demonstrativo de débito informando o cálculo de atualização...*”, como também, quando do seu Recurso Voluntário, às fls. 446 a 452, que “*Por outro lado, quando o Fisco reconheceu o direito do contribuinte e reduziu o débito fiscal, não apresentou nova planilha discriminando os valores e produtos que supostamente estariam sem comprovação de documentação fiscal pela amostra quantitativa de estoque.*” (grifo original)

Por sua vez, a Decisão recorrida rechaçou a alegação manifestada pelo contribuinte, ocorrida após a informação fiscal, sob o entendimento de que os novos demonstrativos, inseridos às fls. 383 a 403, foram entregues por via postal ao sujeito passivo, conforme recibo de fls. 406 a 408, sendo-lhe concedido prazo para manifestação de dez dias.

Contudo, da análise dos citados demonstrativos e da mídia eletrônica (CD à fl. 405), assim como do próprio “Recibo de Arquivos Eletrônicos” (fl. 404), verifica-se que os autuantes apenas confeccionaram e entregaram os demonstrativos *sintéticos* do resultado da omissão de saídas e dos cálculos do preço médio de saída, deixando de apensarem aos autos e de entregarem ao sujeito passivo os novos levantamentos analíticos, por produto auditado, das notas fiscais de entradas e das notas fiscais de saídas, cujos levantamentos *fundamentam* os demonstrativos sintéticos das omissões de saídas remanescentes apuradas, de modo a demonstrar, de forma transparente, a razão da exclusão de itens originalmente relacionados, assim como da manutenção dos itens remanescentes, proporcionando o pleno exercício ao direito de defesa do autuado e a livre convicção dos julgadores.

Assim, em que pese à arguição recursal pela nulidade do feito não ter sido objetiva, ou seja, não tendo apontado a ausência dos levantamentos analíticos de entradas e de saídas que dão suporte à auditoria fiscal, concluo que a Decisão recorrida foi prolatada com violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, devendo a mesma ser considerada NULA.

Diante do exposto, voto PREJUDICADO o Recurso de Ofício e PROVIDO o Recurso Voluntário para decretar a nulidade da Decisão recorrida, por ter sido proferida com preterição do direito de defesa, conforme previsto no art. 18, inciso II, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cabendo o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício interpôsto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 279463.0007/13-0, lavrado contra NOVA CASA BAHIA S/A., devendo retornar os autos à Primeira Instância para submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS