

PROCESSO - A. I. Nº 210929.0014/14-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OLDINA DA SILVA RODRIGUES (ARCA SPORTS) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 114-01/15
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0324-11/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Demonstrativos e descrição dos fatos evidenciam a ocorrência de infrações a legislação tributária. Providências saneadoras na fase de instrução processual corrigiram inconsistências das descrições dos fatos e identificação de notas fiscais, os quais foram comunicados ao sujeito passivo mediante reabertura do prazo de defesa. Inexistência de preterição de direito de defesa. Reformada a Decisão recorrida que declarou nulidade do Auto de Infração. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, conforme disposto no art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 20/03/14, exigindo ICMS no valor de R\$64.646,12, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas MEs e EPPs (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2013) - R\$13.353,96, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas MEs e EPPs (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2011 a 2013) - R\$51.292,16, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que a ação fiscal foi desencadeada através do aplicativo processador na qual foi constatada a falta de pagamento do ICMS devido por substituição tributária.

A 1ª JJF na Decisão proferida fundamentou que:

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição de nulidade da autuação aduzida pelo impugnante, por existência de vícios que a comprometem.

De fato, o lançamento de ofício em exame não pode prosperar, haja vista que implica em ofensa ao devido processo legal e cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Isso porque, a acusação fiscal é de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional (infração 01); e efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional (infração 02), contudo, na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração consta que: (...) O contribuinte deixou de registrar Notas Fiscais Eletrônicas na contabilidade e na inscrita fiscal, evidenciando a presunção de omissão de receita, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, consequentemente recolhendo a menor o ICMS SIMPLES NACIONAL.

Verifica-se que na condução dos argumentos defensivos o autuado alegou que: “o ônus da prova é do Fisco, cabendo ao Auditor Fiscal no exercício de sua atividade plenamente vinculada, buscar através da cooperação entre os fiscos estaduais, usando circularizações elucidar suas dúvidas. (...) no mais, deve o autuante juntar aos autos cópias de todas as notas fiscais presumidamente omitidas.”.

Também alegou que não obstante a determinação contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, é certo que, no caso em tela, a Fiscalização pautou sua presunção de omissão de registro de entradas e consequentemente ausência de recolhimento do ICMS Substituição tributária em simples indícios, apenas nas informações de um aplicativo processador imprestáveis como prova de prática da infração, ainda mais quando se limita o autuante apenas a juntar um CD contendo arquivos de planilha em PDF sem o mínimo de informações necessárias para análise e sem a juntada de cópias da supostas notas fiscais omitidas.

Alegou, ainda, que o pior é que o Fisco presumiu a ausência de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS por substituição tributária com base em outra presunção, ou seja, a aquisição de mercadorias sem escrituração fiscal.

O que se verifica é que o autuado sempre conduziu a defesa considerando que as notas fiscais arroladas na autuação se tratavam de documentos fiscais não registrados em sua escrita fiscal, conforme descrito no Auto de Infração, o que permite concluir que não compreendeu a acusação fiscal em sua integralidade.

Apesar de o autuante consignar na informação fiscal que, no campo descrição dos fatos, deve ser desconsiderada a informação em relação à falta de registro de Notas Fiscais nos períodos 2009, 2010 e 2011, tendo em vista que este roteiro não foi sugerido na Ordem de Serviço nº 500421/14, fl. 08, pois decorreu de um erro de digitação quanto aos referidos períodos, por certo que a desconsideração sugerida não pode ser acatada, haja vista que o Auto de Infração lavrado pelo agente competente, como é o caso, passa a existir juridicamente, inexistindo possibilidade de que seja desconsiderado qualquer registro nele existente.

O art. 39, III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 determina a necessidade e obrigatoriedade da correta descrição dos fatos tidos como infracionais ao dispor:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessória, de forma clara, precisa e sucinta;

Portanto, considerando que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, é nulo o lançamento em exame, haja vista que efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação, o que cerceou o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Diante do exposto, acolho a nulidade arguida, haja vista a ocorrência da hipótese prevista no art. 18, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

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 NULIDADE do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

VOTO

O Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF decorre da decretação de Nulidade do Auto de Infração, por entender que não houve correta descrição dos fatos considerados como infrações (art. 39 do RPAF/BA), culminando em atos praticados com preterição do direito de defesa (art. 18, II do RPAF/BA).

A Junta de Julgamento Fiscal acolheu o argumento defensivo de que o contribuinte conduziu sua defesa considerando que se tratava de notas fiscais não registradas na escrita fiscal “conforme descrito no Auto de Infração”, e concluiu que o sujeito passivo não compreendeu a acusação na sua integralidade.

Pela análise dos elementos contidos no processo faço as seguintes constatações:

A) Conforme descrito na autuação, a infração 1 acusa falta de recolhimento do ICMS por

antecipação ou substituição tributária, na condição de MEs e EPPs (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado e a infração 2 trata de recolhimento a menos do ICMS, também por antecipação ou substituição tributária;

- B) A descrição dos fatos indica que o “*contribuinte deixou de registrar*” NFe o que implicou em falta de recolhimento do imposto;
- C) Na defesa (fl. 23) o sujeito passivo afirmou que a acusação de que “*deixou de recolher ou recolheu a menor ICMS por substituição tributária*”, tinha como suporte uma planilha com a relação de produtos, mas que não sabia quais os fornecedores emissores das notas fiscais;
- D) Na primeira informação fiscal (fl. 43) o autuante informou que deveria desconsiderar a informação contida na descrição dos fatos de “falta de registro de notas fiscais” e que na planilha contida no CD à fl. 9, “os campos CNPJ e a CHAVE” da NFe estão ocultas, motivo pelo qual juntou cópia dos demonstrativos com indicação do CNPJ e CHAVE;
- E) A Inspeção Fazendária forneceu cópia da informação fiscal, inclusive do CD (fls. 47/48) e concedeu prazo de dez dias para manifestação do contribuinte, tendo o mesmo se pronunciado (fl. 51) afirmando que diante destes elementos continuava havendo presunção e reiterou os termos da defesa inicial;
- F) A 1ª JF promoveu diligência fiscal (fl. 64) determinando a entrega do CD de fl. 38 ao autuado e reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias (art. 123 do RPAF/BA).
- G) Após o recebimento de cópia do CD e informação fiscal (fls. 67/68) o autuado se manifestou afirmando que a fiscalização continua presumindo a “ocorrência de suposta infração” e disse que o Auto de Infração nº 210929.0016/14-3 foi julgado nulo conforme Acórdão JF 003-01/15 e requereu declaração de nulidade desta autuação, da mesma forma.

A Junta de Julgamento acolheu o argumento o fundamento da nulidade da Decisão proferida pela 1ª JF foi de que o contribuinte teve preterido o seu direito de defesa por não entender as infrações de que foi acusado, aduzindo que considerou a descrição dos fatos de que não teria registrado NFe na escrita fiscal.

Entretanto, com relação a este argumento, verifico que na primeira informação fiscal (item D) a fiscalização esclareceu que não se tratava de não registro de notas fiscais e sim de falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS-ST, relativo às NFe relacionadas nos demonstrativos próprios. Logo, tendo o sujeito passivo recebido cópia da informação fiscal (item E), considero que diante da descrição das infrações e demonstrativos que lhe dão suporte, o estabelecimento autuado entendeu e compreendeu as infrações que constam na autuação.

O segundo aspecto que ensejaria a nulidade é que nos demonstrativos originais (fls. 5 e 6) indicam que os “*DANFES das NF-e, disponibilizados em meio eletrônico, conforme constam em mídia, anexa*”.

Porém, conforme descrito nos itens “A” à “F”, na primeira informação fiscal o autuante reconheceu que esta informação estava oculta no demonstrativo gravado em CD (fl. 9) que foi entregue ao autuado, reproduziu o CD com indicação da CHAVE eletrônica da NF-e e do CNPJ dos fornecedores, tendo a Inspeção Fazendária feito entrega de cópia do CD e concedido prazo de dez dias, o que foi corrigido pela 1ª JF, mediante diligência, com reabertura do prazo de defesa.

Neste aspecto, considero que no demonstrativo inicial estavam relacionados as notas fiscais, valores, identificação das mercadorias, crédito, MVA, cálculo do ICMS-ST não recolhido e recolhido a menos pelo autuado. Contudo, na fase de instrução foram fornecidos os mesmos demonstrativos com indicação das CHAVES da NF-e e indicação do CNPJ dos fornecedores, a exemplo da NFe 92.843 emitida em 03/10/13 pela empresa com CNPJ 53.249.017/0005-77 cuja chave da NF-e é 35131053249017000577550100000928431008661234 0001, do produto com código T2F4N.0490.10 e descrição de H GEL-CONTEND NEON YELLOW/BLACK/SILVER, relativo ao fato gerador de 30/10/13 da infração 1, bem como se repete nos demonstrativos relativos a infração 2

(fl. 38).

Assim sendo, concluo que a indicação inicial na descrição dos fatos de que não houve registro de notas fiscais, foi devidamente esclarecido no processo, tendo sido cientificado o sujeito passivo que tomou o devido conhecimento, bem como, a não indicação (ou ocultação) da CHAVE da NF-e nos demonstrativos originais ensejaria cerceamento do direito de defesa, porém com o fornecimento dos arquivos com a indicação das referidas CHAVES o autuado pode consultar as notas fiscais no portal da NF-e, o que “equivale” em termos processuais ao fornecimento das notas fiscais, a exemplo dos DANFES 1313, 5932 e 92843 juntados a título de exemplo pela fiscalização (fls. 39 a 41), que foram emitidos contra o estabelecimento autuado, inclusive com a indicação dos transportadores com ônus do frete pelo destinatário ou remetente.

Considerando que a 1ª JJF por meio de diligência fiscal forneceu os demonstrativos e reabriu o prazo de defesa de sessenta dias, entendendo que esta inconsistência também foi saneada durante a instrução do processo, o que possibilitou ao autuado exercer o seu direito de defesa.

Concluo que os elementos contidos no processo e as providências saneadoras possibilitaram ao autuado compreender do que foi acusado e não houve preterição do direito de defesa como fundamentado na Decisão ora recorrida.

Por fim, ressalto que a Decisão proferida em primeira instância relativa ao Auto de Infração 210929.0016/14-3, cujo Acórdão JJF Nº 003-01/15 foi citado pelo autuado, não deve ser tomada como parâmetro no julgamento deste processo, por ser provisória e passível de reforma na 2ª instância.

Voto pela NULIDADE da Decisão, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento e apreciação das razões de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **210929.0014/14-0**, lavrado contra **OLDINA DA SILVA RODRIGUES (ARCA SPORTS) - ME**, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS