

PROCESSO - A. I. Nº 293873.0024/15-1
RECORRENTE - SAIS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (SAIS NORDESTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0119-03/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0382-12/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. A realização da sessão de julgamento no dia 22/06/17 não foi previamente informada ao sujeito passivo que, em consequência, acabou sendo privado de estar representado e efetuar a sustentação oral de suas razões defensivas, inquinando de vício a solenidade realizada. Retornam-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0119-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 293873.0024/15-1, lavrado em 25/11/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$200.382,77, em razão de duas infrações distintas, descritas a seguir.

1. 01.02.42 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, fevereiro de 2011, e junho de 2012, no valor de R\$136.100,02, acrescido da multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que se refere a Auto de Infração complementar ao de nº 293873.1606/15-4 lavrado em 16/06/2015 que se encontra parcelado, em razão da não observância durante a fiscalização do saldo credor indevido, transferido do exercício anterior. Utilizou crédito fiscal de ICMS indevidamente, por não apresentar o competente documento comprobatório do direito ao crédito no mês de janeiro de 2011. O contribuinte fez a escrita fiscal lançando no referido mês um saldo credor no valor de R\$115.800,94, sem comprovar sua legitimidade.

2. 03.08.03 - recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação a parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de novembro e dezembro de 2013, no valor de R\$64.282,75 acrescido da multa de 60%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 22/06/2017 (fls. 395 a 405) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O defendente arguiu nulidade, alegando falta de clareza do lançamento, sendo prejudicada a defesa por falta de identificação, clareza e precisão na metodologia utilizada no demonstrativo de débito e no campo descrição dos fatos no Auto de Infração. Acrescentou que com a falta de clareza dos levantamentos indispensáveis à demonstração dos fatos arguidos para materializar o lançamento, restou violado seu sagrado direito de defesa.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF não acolho estas alegações, pois não correspondem a realidade dos fatos. Ao contrário, observo que a acusação fiscal é bastante clara, tanto na descrição dos fatos, quanto no enquadramento legal das infrações. O defendente foi intimado inúmeras vezes para comprovar o direito aos créditos fiscais, utilizados em sua escrituração fiscal. A autuante deixou evidente, quais os valores que foram creditados, quando isto ocorreu e porque deveriam ser comprovados. Neste caso, caberia ao defendente, apresentar os comprovantes para legitimá-los. Não o fazendo, ensejou a lavratura do auto de infração.

Assim, verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

O defendente solicitou diligência a ser realizada pela ASTEC/CONSEF. Cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao

autuado demonstrar suas alegações, sendo inadmissível realização de diligência, quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos. No presente caso, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores.

Por outro lado, esta 3ª JF, sempre primando pela busca da verdade material e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, após discussão em pauta suplementar, decidiu converter o PAF em diligência, determinando a reabertura do prazo de defesa ao contribuinte, 60 (sessenta) dias, a fim de que tomasse conhecimento dos esclarecimentos feitos pela autuante quando da informação fiscal e pudesse exercer o contraditório de forma ampla, como manda a lei. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência à ASTEC/CONSEF com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, na infração 1, o autuado foi acusado de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, fevereiro de 2011, e junho de 2012, no valor de R\$136.100,02, acrescido da multa de 60%, demonstrativo fls.06/07.

A auditora fiscal visando detalhar a irregularidade apurada, assim descreveu os fatos. Disse que realizou fiscalização nesta empresa, gerando o Auto de Infração nº 293873.1606/15-4 lavrado em 16/06/2015. Sob o argumento de que haveria inconsistência na EFD – Escrituração Fiscal Digital, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2014, a empresa solicitou e foi autorizada pela SEFAZ, a operar a retificação da EFD, conforme parecer SIPRO no. 213198/2014-0 fl. 38 do PAF. Esta autorização se deu em 22/12/2014 (doc. fl. 21). Neste caso, a mesma Auditora que fiscalizou a empresa e lavrou o auto de infração retromencionado, foi designada para fazer as verificações de praxe, para legitimar as retificações realizadas pelo contribuinte.

Neste passo, conforme relatado na informação fiscal, a autuante constatou que o valor registrado no final do exercício de 2010 e que teria sido homologado na fiscalização que realizou, estava divergente do agora retificado e apresentado pelo defendente. Observou que as DMA's não retratavam os livros fiscais apresentados. Chamou a atenção de que para o exercício 2010 foi homologado com saldo a recolher de R\$11.945,42. Posteriormente, com a retificação levada a efeito pelo sujeito passivo, o livro de Apuração apontava um saldo credor de R\$115.800,94, transferido para o mês de janeiro de 2011.

Prosseguindo, a autuante intimou o autuado fls. 173/177, a comprovar a legitimidade desta alteração em sua escrita fiscal e como não obteve êxito, explicou ter lavrado o presente auto de infração, com a seguinte configuração:

a) mês de janeiro de 2011, crédito considerado indevido de R\$127.746,36 - refere-se ao saldo credor transferido do exercício anterior de R\$115.800,94, somado ao valor de dezembro de 2010 no montante de R\$11.945,42, que constava como saldo a recolher e o autuado teria se creditado na apuração do ICMS DESENVOLVE. Ou seja, quando o autuado refez a escrita gerou um crédito transferido do exercício anterior de R\$115.800,94, além do valor que tinha recolhido referente a dezembro de 2010 de R\$11.945,42 (estornou este valor dizendo ser indevido) que foi transferido para o exercício seguinte, lançando estes valores na planilha do DESENVOLVE gerando um crédito indevido de R\$ 127.746,36;

b) com relação ao mês de fevereiro de 2011, o contribuinte considerou como crédito o valor recolhido referente a janeiro/2011 de R\$14.896,00. No entanto, de acordo com os cálculos refeitos, foi constatado um saldo credor de R\$6.972,16 em janeiro de 2011, e o valor considerado indevido foi a diferença entre o apurado (de forma não comprovada) no valor R\$14.896,00 e R\$6.972,16 (saldo do mês anterior) gerando um crédito indevido em fevereiro/2011 de R\$7.923,84;

c) no que diz respeito ao mês de junho/2012, crédito indevido referente ao lançamento em duplicidade da nota fiscal 6998 na quantia de R\$429,82. O defendente reconheceu o cometimento desta irregularidade, ficando esta parcela mantida, visto que sobre a mesma não há mais lide.

O defendente quando de sua impugnação e também em sua manifestação sobre a realização da diligência fiscal, limitou-se a negar o cometimento das irregularidades que lhe foram imputadas. Preendeu-se ao argumento de que o fato de ter sido anteriormente fiscalizado, inclusive pela mesma autuante do presente PAF, estaria com o exercício de 2010 homologado, o que seria prova de que os créditos fiscais que registrou seriam legítimos.

Sustentou que a auditora após os vistos de abertura e encerramento nos livros fiscais conforme previsão regulamentar, o que entende teria comprovado de forma incontestável a legitimidade do saldo credor transferido do exercício anterior para o seguinte.

Analisando o conjunto das alegações defensivas aliadas aos elementos constantes do PAF e esclarecimentos trazidos a lume pela autuante, constato que o termo da lide reside no mundo das provas. No presente caso, revela-se imprescindível a apresentação pelo autuado dos comprovantes que deem legitimidade ao valor escriturado, conforme retificado em sua EFD. Repita-se que antes da mencionada retificação, sua escrituração retratava saldo devedor de R\$11.945,42 em dezembro de 2010. Posteriormente, após ajustes que realizou, transformou-se em saldo credor de R\$115.800,94.

Saliento que o próprio defendente ao requerer à Inspetoria a retificação da EFD, o faz sob fundamento de que diagnosticou inconsistências em sua escrita Fiscal, as quais não implicaram falta de recolhimento, e, sim, em recolhimento a maior ou indevidamente do ICMS. Acrescentou que na infração 01 após retificação, apresentou ao fisco, os livros fiscais retificados, RAICMS/2011 - com saldo credor inicial (Janeiro/2011) lançado no campo 009 – a título de “Saldo credor do período anterior de R\$ 115.800,94” e teria lançado também, no campo 006 (Outros Créditos) – Antecipação Parcial na quantia de R\$10.374,20, ICMS pago indevidamente na quantia de R\$11.945,42 e no mês de Fevereiro/2011 – lançou no campo 006 (Outros Créditos) Antecipação Parcial R\$11.069,53 e ICMS pago indevidamente na quantia de R\$14.896,00.

Analizando estes fatos, saliento que não se pode legitimar créditos fiscais, somente à vista dos livros de escrituração conforme requer o autuado.

Quanto a alegação do autuado de que estaria com o exercício de 2010 homologado, portanto seria indevida uma nova fiscalização, ressalto que no próprio corpo do Auto de Infração encontra-se registrado: “ressalvamos o direito da Fazenda Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias.” Nessa linha, declaro caracterizada a infração 01.

No que tange à infração 02, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação a parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de novembro e dezembro de 2013, no valor de R\$64.282,75 conforme demonstrativo fl.11.

De forma detalhada, a autuante explica que o lançamento foi apurado conforme segue:

a) em novembro de 2013 foi identificado um valor da parcela não incentivada de R\$ 11.774,39 que deveria ter sido recolhido até dia 09 de dezembro o que não aconteceu. Desta forma, o contribuinte perdeu o direito ao incentivo e o valor devido passou a ser de R\$26.294,92.

b) em dezembro de 2013, diz ter ocorrido o mesmo equívoco. Foi identificado um valor de R\$ 14.067,17 da parcela não incentivada e que deveria ter sido recolhido até dia 09 de janeiro de 2014, o que não aconteceu. Desta forma, o contribuinte perdeu o direito ao incentivo e o valor passou a ser devido de R\$37.987,83.

O defendente afirmou que a autuante não considerou o crédito a maior ou indevidamente apurado na reconstrução da escrita. Disse que a infração 02 ocorre, porque foram desconsiderados créditos (ICMS pago a maior ou indevidamente lançado, que foi recuperado) e que seriam legítimos. Acostou ao processo planilha demonstrativa com os valores apurados fls. 375/383.

Da verificação dos elementos que compõem esta infração, constato que na verdade, não existe divergência entre os valores apurados pela fiscalização e aqueles demonstrados pelo autuado. Observo que o lançamento decorre como repercussão da infração 01, em que o autuado não comprova a legitimidade da existência de saldo credor, de forma a compensar com o valor do ICMS normal devido, nos meses apontados no auto de infração. Não ocorreu descumprimento da Instrução Normativa 27/2009 pela autuante, conforme alegado pelo autuado. Tanto é assim, que os valores apurados no levantamento fiscal fl.11, coincidem com aqueles calculados pelo autuado no demonstrativo que trouxe em sua defesa fls. 375/383.

No presente caso, os valores que deveriam ser recolhidos no dia 09 do mês subsequente ao apurado, a título de parcela não incentivada e que o autuado deixou de recolher por registrar saldo credor em sua escrituração, contraria a legislação, visto que tais créditos não foram devidamente comprovados.

Da análise da legislação aplicável aos fatos acima transcritos, resta indubitável o acerto da autuação, visto a impossibilidade em se creditar de valores não comprovados com documentos fiscais idôneos e legítimos.

Saliento que o próprio Regulamento do estado da Bahia condiciona a apropriação de crédito fiscal, a que tenham sido calculados corretamente e estejam destacados em documento fiscal correspondente, art. 93 § 4º e 5º do RICMS/97.

Assim, observo da análise de sua defesa, que não constam os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações, consoante dispõe o art. 8º, inciso IV do RPAF. Ademais, não traz aos autos, os elementos necessários que se oponham aos fatos apurados pelo Fisco, portanto, a simples negativa de cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143 do RPAF/BA. Mantida a infração 02.

Em relação à multa, lançada no percentual de 60% do imposto, a arguição de confiscatoriedade e os pedidos de aplicação dos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, não podem ser acolhidos, visto que a imposição fiscal decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. VII “a” e II, letra “f”.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do

Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 415 a 471, posteriormente aditado (conforme folhas 441/446, 478/493 e 499/501), mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, pede a nulidade da decisão recorrida ao fundamento de que não fora intimado para o comparecimento à sessão de julgamento ocorrida em 22/06/2017. Explica que, embora tenha recebido mensagem eletrônica cientificando da ocorrência da sessão de julgamento, em tal comunicado constou a data de 22/08/2017, quase dois meses após a data de realização efetiva do julgamento do auto de infração, o que teria violado o seu direito à sustentação oral de suas razões defensivas. Pede, também, a nulidade da decisão de piso pelo indeferimento do seu pedido de diligência, bem como pelo fato de que não foram apreciadas as provas acostadas ao processo.

No mérito, quanto à Infração 1, assegura que comprovou a origem do saldo credor escriturado em seu Livro Registro de Apuração do ICMS, o qual já havia sido auditado e homologado por outra auditora, valor este que não foi aceito pela fiscal autuante. Pede revisão fiscal por auditor estranho ao feito.

Relativamente à Infração 2, alega que não recolheu a menor a parcela do benefício fiscal do Desenvolve não sujeita à dilação, pois o que houve foi um recálculo, por parte da autuante, utilizando uma metodologia equivocada, o que acaba por modificar as características essenciais da obrigação tributária principal.

Explicita a metodologia que entende correta, pedindo, ao final, que o processo seja baixado em diligência para a ASTEC no sentido de confrontar os cálculos efetuados pela empresa com aqueles desenvolvidos pela Autuante.

Entende que não há provas nos autos das infrações que lhe foram imputadas, o que agride os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesses termos, pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à arguição de nulidade em face da falta de intimação para comparecimento à sessão de julgamento, o exame dos autos revela que a pauta de julgamento do presente auto de infração foi publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia, no dia 10/06/2017, conforme se depreende da leitura de cópia de sua publicação, acostada pelo sujeito passivo à folha 432 do processo.

A essa mesma conclusão se chega através de consulta ao site oficial da Empresa Gráfica do Estado da Bahia EGBA, na internet, sendo possível identificar, no endereço eletrônico "<https://www.escavador.com/diarios/475430/DOEBA/executivo/2017-06-10?page=42>" que a publicação dessa pauta se deu à folha 42 do DOE indicado.

O exame das fontes citadas revela, igualmente, que a data prevista para julgamento do presente auto de infração foi 22/08/2017, conforme alega a Recorrente em sua peça recursal. Apesar da data de publicação indicada acima, a sessão de julgamento ocorreu no dia 22/06/2017, conforme folha 405 do processo, ou seja, quase dois meses antes.

É possível notar, também, que a sessão de julgamento aconteceu sem que o contribuinte autuado tivesse enviado representante para fazer a sustentação oral de suas razões defensivas, conforme se pode comprovar pela consulta a ata de julgamento, lavrada na sessão referida.

Ora, a realização da sessão de julgamento no dia 22/06/17 não foi previamente informada ao sujeito passivo que, em consequência, acabou sendo privado de estar representado e, por tabela, de efetuar a sustentação oral de suas razões defensivas.

Tais fatos ofendem o disposto no art. 49 do Regimento Interno do CONSEF, pois lá se encontra prevista a obrigatoriedade de divulgação da pauta de julgamentos com antecedência mínima de três dias conforme abaixo.

“Art. 49. A pauta de julgamentos será divulgada com antecedência mínima de 3 (três) dias (grifo acrescido) da data da sessão.”

O simples descumprimento da regra regulamentar citada acabou por ofender o direito de sustentação oral do autuado, assegurado pelo art. 163 do RPAF, abaixo reproduzido.

*“Art. 163. Será permitida a **sustentação oral** (grifo acrescido) durante o julgamento, nos termos do Regimento Interno do CONSEF.”*

Como não houve o comparecimento do representante do sujeito passivo, é forçoso concluir que tal irregularidade resultou em prejuízo irreparável ao contribuinte que se viu, assim, desfalcado do devido processo legal, garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, cuja observância é inafastável não somente no processo judicial, mas também no processo administrativo, conforme comando expresso da Carta Magna, abaixo reproduzido.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

*LV - aos litigantes, **em processo judicial ou administrativo** (grifo acrescido), e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

...”

Dessa forma, impõe-se a anulação da decisão recorrida, em face dos prejuízos impostos ao contribuinte, como consequência direta do descumprimento da legislação processual administrativa aplicável, conforme dispõe o art. 18, inciso II do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 18. São nulos:

...

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

...”

A invalidação da decisão proferida é, portanto, o instrumento processual hábil a permitir que a JJF venha a proferir outra decisão, oferecendo a oportunidade, ao contribuinte, de comparecimento e de fazer a sustentação oral durante a sessão.

Ex-positis, dou PROVIMENTO ao Recurso para anular a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 293873.0024/15-1, lavrado contra **SAIS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (SAIS NORDESTE)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS