

**PROCESSO** - A. I. Nº 206882.0001/15-5  
**RECORRENTE** - TUPY CALDAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E LANCHONETE EIRELI.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0059-05/17  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 09/08/2018

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C/JF Nº 0160-11/18

**EMENTA:** ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter a Decisão de primeiro grau se posicionado sobre o requerimento para adiamento do julgamento, ensejando cerceamento do direito de defesa, o que conduz à nulidade da Decisão. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Declarada a **Nulidade** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0059-05/17, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$128.218,38, em razão das seguintes irregularidades:

*INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$577,88, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de fevereiro de 2012;*

*INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$4.277,30, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012;*

*INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.463,08, referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2012;*

*INFRAÇÃO 4 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, sendo exigido o ICMS de R\$41.183,39, no mês de dezembro/2012;*

*INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$79.716,73, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuada sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$125.754,11, diante das seguintes considerações:

#### VOTO

*O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 05 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.*

*Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive as planilhas e arquivos eletrônicos da fiscalização, conforme anexados aos autos e recibo à fl. 131, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências*

formais. Assim, não vislumbro a alegada insegurança jurídica sustentada pela defesa ou mesmo a falta de demonstração das infrações 01, 02, 04 e 05, imputadas ao sujeito passivo, conforme melhor análise no exame do mérito.

No que diz respeito às aludidas infrações, o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. De tal modo, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia, para revisão ou dúvidas levantadas pela defesa, que, no entendimento deste relator, não prosperam.

A infração 01 foi imputada ao sujeito passivo em razão do mesmo utilizar crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

O impugnante afirma que as Notas Fiscais nos 9797 e 10043, lançadas com CFOP 1556, referem-se, na sua essência, a materiais de embalagens e não mercadoria destinada a uso e consumo. O autuante afirma que, em que pese o esforço do autuado a simples juntada do livro de Registro de Entrada não é capaz de fazer prova ao alegado, sobretudo diante do CFOP indicado como a natureza da operação. O simples fato de ser um produto da empresa Termoplast, não significa que exclui a sua destinação como material de uso e consumo como o CFOP registrado indica.

Todas as informações sobre Termoplast Embalagens Ltda., estabelecida na Bahia, dão conta de que se trata de uma empresa privada que atua na área de produtos de plástico em geral, fundada em 1980 (<http://publicacoes.findthecompany.com.br/l/150651894/Termoplast-Embalagens-Ltdaem-Salvador-BA>).

Assim, entendo que realmente, conforme afirma o autuante, o fato de o remetente produzir também embalagens, bem como a apresentação do livro Registro de Entrada, não são suficientes para demonstrar que se trata de embalagens o produto que foi contabilmente registrado pela empresa como uso e consumo, com utilização do crédito fiscal.

Entendo que o sujeito passivo não demonstra que o produto efetivamente se refere à embalagem.

Já no caso da Nota Fiscal nº 223485, o autuante não contesta a alegação do autuado que sobre a mesma foi exigido ICMS no valor de R\$2,38, porém, o valor escriturado a crédito foi de R\$1,19, conforme explica à fl. 61 do livro Registro de Entradas em anexo.

Assim, deve ser deduzido do valor original exigido, ou seja, de R\$577,88 o valor de R\$1,19, remanescendo, desse modo, o valor a ser reclamado de R\$576,69.

A infração 01, portanto, fica parcialmente mantida.

A infração 02 foi imputada em razão de o sujeito passivo ter recolhido a menos o ICMS em consequência da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

[...]

Para elidir a presente infração, restaria ao sujeito passivo demonstrar que os aludidos erros na aplicação das alíquotas não ocorreram e se ocorreram não resultou em recolhimento a menos do imposto. Nenhuma das duas provas foi trazida aos autos, visto que as alegações de incorreções dos arquivos magnéticos apresentadas na peça defensiva, não ofereceram elementos concretos para demonstrar que não houve o aludido recolhimento a menos por erro na aplicação das alíquotas.

Quanto à alegação de que foram incluídas no levantamento mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não é suficiente para elidir a exigência fiscal, tendo em vista que necessitaria ser demonstrado se tratar de mercadorias que efetivamente sofreram recolhimento pelo substituto tributário ou sofreram antecipação pelo próprio contribuinte.

Verifico, também, que o demonstrativo apresentado pela autuante, às fls. 16 a 43 dos autos, indicam as alíquotas constantes na ECF e as alíquotas corretas, a exemplo do item Isqueiro unidade, que conta a alíquota na ECF de 12% e a correta que é 18%.

Assim, considero mantida a infração 02.

Quanto à infração 03, o sujeito passivo, conforme apurado pela fiscalização, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme demonstrativos em anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012.

Quanto à alegação de que os produtos alinhados pela defesa não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, foi possível, no presente caso, apenas pela descrição de algumas mercadorias apontadas pelo sujeito passivo, identificar que muitos produtos efetivamente não estão enquadrados nesse regime, como: Peito de Peru

*Rezende, Café Solúvel, Filé Merluza, Cavalinha Inteira, Anchova, Tomadas elétricas, etc.*

*Contudo, a inexistência da NCM nos demonstrativos do autuante impede o exame concreto das arguições defensivas, bem como a segurança da existência da infração. Destarte, entendo que não se trata de eventuais incorreções ou omissões, se trata de um levantamento que não dispõe dos elementos necessários para se identificar a natureza da operação de cada mercadoria, alvo da exigência fiscal, especialmente os contestados pelo impugnante, não sendo consignados os códigos que identificam o enquadramento ou não no regime de substituição tributária, mesmo após as alegações defensivas em que fiscalização teve a oportunidade de identificar as mercadorias através das NCMs, possibilitando assegurar a exigência ou não, integral ou parcial da infração imputada, contudo não foram apresentados.*

*Ademais, como se trata de crédito indevido e, apesar da alegação do sujeito passivo para que fossem examinados os livros fiscais, providência não enfrentada na informação fiscal, entendo que esse fato se soma às razões para a insegurança da infração imputada, na medida em que não se demonstra se os créditos fiscais, alegados indevidos, resultaram ou não em obrigação principal e, se resultaram, qual o valor em cada período, o que modificaria, inclusive, as datas de ocorrências e correspondentes valores exigidos.*

*Assim, considero nula a infração 03, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.*

*Infração 04 trata-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.*

*[...]*

*O sujeito passivo, e não o autuante, deveria apresentar as duplicatas relacionadas ao passivo declarado da empresa, bem como a data da sua efetiva quitação, indicando se tratar de período posterior ao que constou como conta devedora em aberto.*

*O ônus da prova é do sujeito passivo, a quem caberia indicar quais duplicatas efetivamente em aberto, não foram pagas e formam o seu passivo.*

*Informa o autuante que, diante da ausência do autuado em se prestar a cumprir tal obrigação, conforme documentos acostados às fls. 62 a 64 do PAF, a fiscalização recompôs o real Passivo Contábil do autuado, com base no saldo da conta Fornecedores, reclamando a diferença entre o montante apurado e o declarado pelo autuado.*

*Diante do exposto, verifico que o sujeito passivo não elide a exigência fiscal, cabendo a manutenção da infração 04.*

*Quanto à infração 05, imputou-se ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

*Considerando que as infrações 04 e 05 se referem à omissão de saída de mercadorias, dentro do mesmo exercício de 2012, a fiscalização deduziu do montante original dessa infração 05, R\$120.900,12, correspondente à presunção de omissão de saídas apurada na infração 04 anterior (Obrigações pagas ou inexistentes no passivo - Passivo Fictício), visto que através dessa infração não se identifica especificamente quais as mercadorias que saíram sem tributação, podendo ser exatamente as apuradas no levantamento quantitativo em questão.*

*Assim, após a aludida dedução, o próprio autuante fixou o valor exigido na infração 05 de R\$79.716,73, já constante do auto de infração (conforme demonstrativo em anexo), no mês de dezembro de 2012.*

*Quanto ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, não acolho os argumentos de incorreção dos arquivos magnéticos, que foram entregues pelo sujeito passivo e recepcionados pela SEFAZ sem a identificação de incorreções que interfiram no levantamento de estoque. Contudo, ainda que incorreções existissem é preciso demonstrar, no que tange ao núcleo do mérito, a efetiva ocorrência dessas incorreções, bem como a forma que alteram uma das seguintes variáveis, individual ou conjuntamente: entradas, saídas, estoques e preço unitário médio, elementos não trazidos na peça defensiva.*

*No que alude à alegação da existência de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, além de o sujeito passivo não demonstrar que as mercadorias em questão foram alvo de pagamento antecipado do imposto, não foi apresentado os elementos que demonstrem o enquadramento das aludidas mercadorias no alegado regime, visto que as descrições das mercadorias, como trazidas na defesa dessa infração 05, não permite tal identificação.*

*Considero mantida a infração 05.*

*Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a procedência parcial para a infração 01, procedência para as infrações 02, 04 e 05 e nulidade da infração 03.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 1.886 a 1.911 do PAF, onde, preliminarmente, alega cerceamento ao direito de defesa, em razão de: *i*) não conhecimento da informação fiscal (art. 127, § 7º, do RPAF) e *ii*) não apreciação do pedido de adiamento de julgamento (documentos de fls. 1.856 a 1.864 do PAF).

Destaca que a informação fiscal não traz novos demonstrativos, mas traz informações que contradizem as provas apresentadas pela autuada em sua defesa, especificamente em relação ao arquivo Sintegra, do qual, a partir das informações contidas, o autuante utilizou para apurar quatro das cinco infrações do Auto de Infração, deixando de analisar os livros e documentos fiscais, tendo a autuada apresentado demonstrativos que demonstram inconsistências nos arquivos.

Por essa razão, sustenta que deveria ter ciência da informação fiscal para conhecer das alegações da autuante, pois as alegações de consistência dos arquivos é um fato novo e contraditório às provas apresentadas pela autuada, de modo que chegasse à audiência de julgamento conhecendo as alegações e informações prestadas, onde alegações orais podem ser proferidas na sustentação das razões de defesa, resultando ter havido motivo justo para ser reconhecido o cerceamento ao direito de defesa nesse ponto.

Em relação ao tópico sobre a não apreciação do pedido de adiamento do julgamento, o recorrente aduz que, no dia 17 de março de 2017 (sexta-feira), ao tomar conhecimento do agendamento do julgamento do presente PAF para o dia 30 de março de 2017 (fls. 1859), protocolou no dia 20 de março de 2017 (segunda-feira) petição de pedido de adiamento de julgamento (fls. 1856 e seguintes) pelos fatos nela expostos. Entretanto, apesar da petição ter sido juntada com prazo suficiente para apreciação pelo presidente da 5ª JJF, passaram-se quatro oportunidades de apreciação da petição, considerando a própria audiência de julgamento: 21/03/2017, 23/03/2017, 28/03/2017 e 30/03/2017, e em nenhuma foi apreciada.

Salienta que seria de grande relevância para a defesa a oportunidade de sustentação oral de suas alegações de razões de defesa, a exemplo dos arquivos Sintegra, do que diz acreditar que influenciariam na formação do convencimento dos julgadores quanto às inconsistências dos arquivos e a necessidade de se observar o disposto no art. 259, § 14 e § 16, e art. 261, § 2º e § 4º, do RICMS, os quais transcreve cujo direito foi cerceado pelo não adiamento do julgamento.

Assim, sustenta que a falta de apreciação do pedido protocolado, por si só, já macula o direito da defesa. Nesse aspecto, o julgamento deve ser considerado nulo, retornando o PAF ao *status quo* de antes do julgamento de 1ª instância. Pede pelo acatamento das preliminares.

Em seguida, o recorrente passa a reiterar a preliminar de inconsistência dos arquivos Sintegra, assim como suas razões de mérito relativas às infrações objeto do lançamento de ofício.

O recorrente, por fim, preliminarmente, requer a nulidade dos levantamentos realizados com base nos arquivos Sintegra, logo, como consequência, a nulidade das infrações 01, 02, 03 e 05, por força do disposto no § 1º do art. 18 do RPAF, visto que o Auto de Infração apresenta erros graves em todos os levantamentos e demonstrativos de todas as infrações lançadas, não devendo se falar em saneamento dos levantamentos e demonstrativos, pois com eles não se conhece o montante do débito tributário. Também, requer deferimento de juntada, a posterior, de documentos comprobatórios para a infração 4.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, prolatada através do Acórdão nº 0059-05/17, em relação ao Auto de Infração em epígrafe.

Inicialmente, nos cabe analisar diretamente as questões argüidas, a começar pela questão prejudicial, que se refere à alegação de cerceamento do direito de defesa pela não apreciação,

pelo presidente da 5ª JJF, do pedido de adiamento de julgamento (documentos de fls. 1.856 a 1.864 do PAF), o que lhe oportunaria a manutenção do exercício do seu direito de sustentação oral, do qual foi cerceado pelo não adiamento do julgamento.

De fato, verifico que o patrono do sujeito passivo, em 20/03/2017, peticionou ao Presidente da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme documento às fls. 1.857 dos autos, solicitando o adiamento do julgamento pautado para o dia 30/03/2017, em razão de o requerente estar inscrito no curso de Holding e Proteção Patrimonial, o qual foi realizado no mesmo dia do julgamento (30/03/2017), na cidade de São Paulo, conforme provam os documentos anexos às fls. 1.859 a 1.863 dos autos.

Da análise das peças processuais, também, verifico que a autoridade competente, tanto em despacho próprio, quanto na Decisão de piso, omitiu-se quanto à apreciação específica da pretensão do adiamento do julgamento do PAF, conforme requerido pelo patrono do sujeito passivo, o que ensejou no cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, prejudicando ao contraditório e, em consequência, comprometendo o princípio do duplo grau de jurisdição.

Assim, concordo com o recorrente de que, por si só, a falta de apreciação pelo Presidente da 5ª JJF sobre o tempestivo pedido protocolado para adiamento do julgamento do Auto de Infração, causou prejuízo ao pleno exercício do seu direito de defesa, visto que, restou comprovado, o desejo do apelante de realizar sustentação oral das suas razões de defesa, conforme preconiza o art. 163 do RPAF c/c o art. 64, III do Regimento Interno deste CONSEF, o que demonstra ter, tal omissão, maculado o direito da defesa do contribuinte, o que conduz à nulidade da Decisão exarada pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0059-05/17.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a nulidade da Decisão recorrida e o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas, restando prejudicadas as demais alegações recursais.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **206882.0001/15-5**, lavrado contra **TUPY CALDAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E LANCHONETE EIRELI**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS