

PROCESSO	- A. I. N° 281394.0016/19-6
RECORRENTE	- PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF n° 0300-06/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 20/02/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0021-12/25-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. É nulo o procedimento que não permite o desenvolvimento da ampla defesa pelo Autuado, tendo sido cerceado o seu direito de efetuar a sustentação oral no julgamento em 1ª Instância. Retorno do Auto de Infração para novo julgamento em 1ª Instância. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2019, no valor de R\$ 142.442,07, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de junho, setembro, novembro e dezembro de 2016 e fevereiro, março, junho a agosto e outubro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.124,85, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 92.213,47, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 04.05.05: Falta de recolhimento de ICMS 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, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 31.667,81, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 04.05.08: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios fechados de 2016 e 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.507,88, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios fechados de 2016 e 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.950,37, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de fevereiro, abril, julho e setembro de 2016 e dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.507,77, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, março e dezembro de 2016 e janeiro a março, junho a agosto,

outubro e novembro de 2017, sendo aplicada multa no valor de R\$ 467,65, correspondente a 1% das entradas não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2017, sendo aplicada multa no valor de R\$ 2,27, correspondente a 1% das entradas não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

A 6ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0300-06/22-VD (fls. 470 a 479), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

“O auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação, na manifestação e nas informações fiscais.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de realização de diligência ou perícia, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

As infrações 06/07 foram expressamente reconhecidas pelo sujeito passivo. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, não terão o mérito apreciado neste julgamento.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Infrações 06/07 mantidas.

A infração 01 cuida da utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias com o pagamento do imposto por substituição tributária.

O autuante comprovou que os itens AMENDOIM SEM CASCA GRANEL KG, NCM/SH 20081100; CASTANHA CAJU W GRANEL KG, NCM/SH 20081900; CASTANHA CAJU INTEIRA GRANEL KG, NCM/SH 20081900; AMENDOIM SEM PELE KG, NCM/SH 20081100; CASTANHA CAJU W4 INTEIRA GRANEL KG, NCM/SH 20081900, estavam incluídos no Anexo 01 do RICMS/12 no período auditado, conforme reprodução de fl. 431.

Segundo a cópia do Anexo 01 do RICMS/12 de fls. 464/465, estavam submetidos à ST os chocolates em embalagens iguais ou inferiores a 2 kg.

Não há castanha de CAJU NATURAL INTEIRA A GRANEL KG lançada neste Auto de Infração.

Deduzidos do lançamento os valores relativos à mercadoria COB. CHOC. M. CORES BRANCA PREMIUM 1 KG, NCM/SH 17049010.

Os produtos CHOCOLATE GRAN. M. CORES CROC. 1KG, NCM/SH 18069000; COB. CHOC. MAVALERIO AO LEITE PREMIUM e COB. CHOC. MAVALERIO M. AMARGA PREMIUM 1K, ambos da NCM/SH 18063210, constam do Anexo 01 do RICMS/2012, conforme as suas reproduções de fls. 432/433.

Acolho a planilha de revisão da infração 01 de fl. 433, elaborada pelo Fisco, de modo que o imposto a ele referente seja reduzido, de R\$ 1.124,85 para R\$ 1.117,66.

Infração 01 parcialmente elidida.

Trata a segunda imputação de recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas regularmente escrituradas.

O defensor disse que recolheu os 2% relativos ao FUNCEP, mas não trouxe comprovantes de vínculos dos pagamentos com as operações fiscalizadas.

Na informação fiscal, foram retiradas as quantias relativas aos itens MOUSSE NESTLÉ CHOCOLATE 500 GR, ÁLCOOL GEL FOGO GEL 10 KG, ÁLCOOL GEL FOGO GEL 20 LT, LUVA DESC. TALGE PROC. M CX 100 UN, AMÊNDOA LA VIOLETERA TOR. SALG. 130 G, SYM LEMON ICE 300 ML, VODKA SMIRNOFF ICE VD 275 ML e GRANOLA TIA SONIA 1 KG.

Quanto às mercadorias cujas alíquotas são de 25% acrescidas do percentual de 2%, referente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com efeito, devem ser destacadas nas notas fiscais sob o percentual de 27%.

Acolho a planilha de revisão da infração 02 de fl. 434, elaborada pelo auditor, de forma que o seu montante seja alterado, de R\$ 92.213,47 para R\$ 65.022,59.

As infrações 03/04 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento, constatada pela omissão de entradas e de saídas, exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das entradas, com base na presunção legal de que o contribuinte, ao não escriturá-las, efetuou os respectivos pagamentos com base em receitas de saídas tributáveis do mesmo exercício (2017) e da falta de recolhimento, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais e sem escrituração, nas entradas sujeitas à substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2016/2017).

O autuado asseverou que as divergências de estoque resultaram do fato de “algumas” notas de entrada, às quais se referiu por amostragem, não terem sido registradas nos relatórios do auditor.

Citou os números das referidas notas (por amostragem), juntamente com as mercadorias e seus respectivos códigos, mas não trouxe a devida comprovação de que as escriturou.

Reconheceu como procedente a infração 03 o montante de R\$ 31.667,81 e procedente a infração 04 R\$ 9.507,88.

Neste ponto, cabe ressaltar que o sistema que elabora a auditoria de estoques o faz extraíndo os dados da EFD do próprio contribuinte. Se as notas não constam do lançamento é porque não foram lançadas na escrita, motivo pelo qual conclui que não assiste razão ao impugnante.

Infrações 03/04 caracterizadas.

A infração 05 resulta da falta de recolhimento do imposto na condição de responsabilidade própria, apurado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais, nas entradas sujeitas à substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2016/2017).

Trata-se da consequência lógica da infração 04. Ou seja, exige-se o imposto por responsabilidade solidária nessa e por responsabilidade própria naquela, em relação às mesmas omissões.

O autuado assim contestou a quinta imputação:

“(...) mesmo que as infrações 03 e 04 fossem verídicas, não poderia existir a infração 05, pois a autuante estaria cobrando ICMS nas saídas de produtos que já cobrara anteriormente à guia de ICMS Substituição Tributária. Ora se eventualmente tivesse sido cobrado ICMS na entrada, como cobrar novamente na saída? Visto que a Substituição Tributária encerra a fase de tributação?

O Autuante elaborou 03 relatórios quantitativos de estoque. A autuada analisou todos eles, e, como exposto anteriormente, foram detectados vários equívocos nas análises quantitativas, diante disso a autuada não pode aceitar e nem concordar com os valores cobrados pelo autuante.

INFRACÃO, pois, IMPROCEDENTE”.

Com a devida licença, argumentos sem sustentação jurídica ou lógica, inaptos para amparar as pretensões defensivas.

Infração 05 caracterizada.

Por fim, decorre a sexta infração do recolhimento a menor do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação ou do exterior

Com referência a este item do Auto de Infração, na informação fiscal, foram elaboradas as seguintes correções:

- Ajustada a MVA da Nota Fiscal Eletrônica nº 12.597 – produto BATATA PALHA.
- Ajustada a alíquota, no mês de abril de 2016, da Nota Fiscal Eletrônica nº 31.277 – produto ESPUMANTE CASTELLAMARE -, para o percentual de 12%.
- Ajustada a alíquota dos produtos ESPUMANTE RIO SOL DEM SECO e ESPUMANTE RIO SOL BRUT, das NFE nºs 12.965 e 12.966, para o percentual de 12%.
- Deduzidos os valores referentes a MIST BOLO LARANJA5 KG VILMA.
- Ajustada a alíquota dos produtos ESPUMANTE RIO SOL ROSE, ESPUMANTE RIO SOL DEM SECO e ESPUMANTE RIO SOL BRUT, da NFE nº 13.188, para o percentual de 12%.

Por outro lado, nenhuma alteração há que ser feita em referência ao item CASTANHA DE CAJU W4 22.68 KG, NCM/SH 20081900, visto que inserido no Anexo 01 do RICMS/12, conforme a sua reprodução de fl. 436.

Os produtos constantes das NFEs 963, 964 e 1.067, NCM/SH 22021000, estão com as MVAs corretas, de acordo com os itens 3.7 e 3.8 do Anexo 01 do RICMS/12, reproduzidos à fl. 437.

Nenhuma alteração há que ser feita em referência ao item CASTANHA DE CAJU W3 TS 10 KG, NCM/SH 20081900, visto que inserido no Anexo 01 do RICMS/12, conforme a sua reprodução de fl. 437.

Acolho a planilha de revisão da infração 06, de fl. 438, elaborada pela Fiscalização, de maneira que o seu valor seja alterado, de R\$ 3.507,77 para R\$ 967,67 (R\$ 475,91 em 09/2016 e R\$ 491,76 em 12/2017).

Infração 06 parcialmente elidida.

CÓDIGO	VALOR HISTÓRICO R\$	VALOR JULGADO R\$	
01.02.06	INFRAÇÃO: 01	1.124,85	1.117,66
03.02.02	INFRAÇÃO: 02	92.213,47	65.022,59
04.05.05	INFRAÇÃO: 03	31.667,81	31.667,81
04.05.08	INFRAÇÃO: 04	9.507,88	9.507,88
04.05.09	INFRAÇÃO: 05	3.950,37	3.950,37
07.01.02	INFRAÇÃO: 06	3.507,77	967,67
16.01.01	INFRAÇÃO: 07	467,65	467,65
16.01.06	INFRAÇÃO: 08	2,27	2,27
	TOTAL	142.442,07	112.703,40

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 487 a 498), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual pugnou que todas as publicações e intimações sejam efetuadas em nome do seu patrono, o qual indicou, sob pena de nulidade.

Suscitou a nulidade da Decisão recorrida por cerceamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa, pois solicitou, em 10/11/2022, o link de acesso para a sessão de julgamento designada para o dia 18/11/2022, mas não o recebeu, tendo inclusive telefonado para o CONSEF, entretanto tal pedido não foi acolhido. Reiterou o pedido em 17/11/2022, conforme cópias de e-mails anexados, porém foi mais uma vez ignorado, sendo impedido de efetuar a sustentação oral.

Pleiteou a conversão do processo em diligência para apurar as planilhas que elaborou em comparação com as apresentadas pelo Autuante, bem como a produção de prova pericial, posto que as irregularidades cometidas na elaboração dos demonstrativos merecem ser devidamente examinadas, sob pena de cerceamento de defesa, principalmente em relação às Infrações 03, 04 e 05, em que disse ter anexado provas e fundamentos idôneos capazes de infirmar o julgado.

Relatou ter reconhecido as Infrações 06 e 07 [07 e 08], tendo impugnado as demais Infrações, mas o Acórdão recorrido acolheu somente parte da tese defensiva, mantendo as seguintes incongruências:

- Infração 01: Embora o Acórdão recorrido tenha informado que o produto CASTANHA DE CAJU não está lançado no Auto de Infração, tal produto consta na lista apresentada e no Anexo 1 do RICMS/12, foram inclusos AMENDOIM e CASTANHAS EM ESTADO NATURAL, produtos não passíveis de pagamento do ICMS relativo à substituição tributária, somente os salgados e torrados para aperitivo.
- Infração 02: O Acórdão recorrido deixou de considerar os valores recolhidos no percentual de 2% e com código específico para o FUNCEP.
- Infrações 03 e 04: Há incongruências na auditoria, tendo apresentado documentos e produtos não considerados pela 6ª JJF, pois não sendo reconhecidas as notas fiscais registradas em dezembro de 2015, cujas entradas ocorreram em 2016, e reconheceu apenas o valor de R\$ 14.295,93 na Infração 03, concluindo pela inexistência de omissão de entradas na Infração 04.
- Infração 05: Da mesma forma que nas Infrações 03 e 04, inexistiram as omissões apontadas nesta Infração, a qual não poderia ser cobrada mesmo que as Infrações 03 e 04 fossem verídicas, pois estaria sendo cobrada a substituição tributária nas saídas em que a fase de tributação já estaria encerrada.
- Infração 06: O Acórdão recorrido acolheu integralmente as retificações efetuadas pelo Autuante, mas refutou as suas alegações, bem como desconsiderou as NF-e, DAEs e GNREs que anexou, sendo mais um caso de conversão dos autos em diligência.

Discorreu sobre a excessividade da aplicação da multa no percentual de 60% (sessenta por cento), por afronta ao princípio da proporcionalidade, razoabilidade e do não confisco, defendendo que as multas somente deveriam ser aplicadas em caso de dolo, fraude ou conluio, e pediu a consideração dos critérios para sua redução nos termos do Art. 158 e seguintes do RPAF/99.

Requeru o acolhimento das preliminares para reconhecer a nulidade da sessão de julgamento e determinar a conversão do julgamento em diligência ou, em caso de não reconhecimento das prejudiciais de mérito, o provimento do Recurso Voluntário para a reforma do Acórdão recorrido, ou, na hipótese de não reforma do Acórdão recorrido, que sejam reduzidas as multas impostas, já que o CONSEF verificou que houve equívocos na elaboração do Auto de Infração.

Em sessão de Pauta Suplementar, em busca da verdade dos fatos, esta 2^a CJF, por unanimidade, decidiu remeter o presente processo em diligência ao **CONSEF / COORD. ADMINISTRATIVA**, para que fosse apurado o que efetivamente ocorreu em relação ao fornecimento do link para propiciar a sustentação oral na sessão de julgamento em 1^a Instância (fl. 505), tendo a secretaria da 6^a JJF informado que não há registro do envio do referido link para o patrono do Autuado (fls. 508 a 510).

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da utilização indevida de crédito fiscal, aplicação de alíquota diversa da prevista, omissão de entrada de mercadorias e recolhimento a menor do imposto relativo à antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, bem como para aplicação de multa pela entrada de mercadorias sem registro na escrita fiscal.

Após diligência solicitada por esta 2^a CJF, restou provado que o Autuado requereu a participação na sessão de julgamento deste Auto de Infração na 1^a Instância, mas não obteve resposta, tendo sido impedido de realizar a sustentação oral.

Sendo assim, entendo que o referido julgamento não atendeu ao princípio da ampla defesa consagrado no ordenamento jurídico, devendo ser propiciado novo julgamento em 1^a Instância.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULA a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado de forma a julgar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 281394.0016/19-6, lavrado contra **PORTO IMPORT DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o processo retornar para novo julgamento em 1^a Instância.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS