

PROCESSO - A. I. Nº 120018.0003/03-6
RECORRENTE - BELLE EPOQUE BOUTIQUE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 3ª JJF nº 0299-03/04
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 25.11.2004

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0309-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE REABERTURA DE PRAZO DE DEFESA. É nula a decisão de 1ª Instância que deixou de reabrir o prazo de defesa, após realização de diligência fiscal. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão para a adoção das medidas saneadoras e proferir novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, refere-se à exigência de R\$20.488,58 de ICMS, por falta de recolhimento do imposto apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil, exercícios de 1998 e 1999.

O autuado, por sua advogada legalmente constituída, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 48 a 61 dos autos, suscitando preliminar de decadência com base no art. 150, § 4º do CTN e entendimento do STJ, alegando que o contestado lançamento formaliza exigência de imposto cujos fatos geradores ocorreram durante o exercício de 1998, quando já ultrapassados os cinco anos legalmente previstos. Disse que o citado entendimento hoje é unanimemente aceito pelo Judiciário, haja vista que decorrido o prazo de cinco anos extingue-se irremediavelmente o crédito tributário.

A defesa também alegou nulidade da autuação fiscal por equívoco no cômputo da base de cálculo do imposto exigido, e considerou que a descrição dos fatos das supostas infrações está por disperar da realidade do contribuinte. Disse que se a infração não é descrita com perfeição e a base de cálculo não é indicada corretamente, tem-se a ilação de que o Auto de Infração está eivado de erro a obstar o prosseguimento, por vício. Argumentou que a autuante não teve o cuidado de avaliar todo o conjunto de prova, inclusive quanto ao regime, e que a administração deve cingir-se à estreita legalidade, sem desprezar o conjunto de provas do contribuinte. Citou ensinamentos da Profª Maria Rita Ferragut, em sua obra “Presunções no Direito Tributário”.

Foi alegado ainda, que na hipótese de se constatar alguma irregularidade, o Fisco deveria apurar o nexo entre a exigência do imposto com todo o conjunto probatório, inclusive com a comprovação dos suprimentos de Caixa, e se a autuante tivesse analisado o conjunto das provas constataria a inexistência de irregularidade, ressaltando que o arbitramento somente pode ser utilizado quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação de tributo, e não for possível apurar o montante real da base de cálculo. Disse que se pretende transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que o auto não conseguiu, havendo por isso, inversão do ônus da prova. Pede que sejam apreciadas, conhecidas e recebidas as preliminares apresentadas na impugnação, e se por absurdo for assim entendido, que seja deferida revisão fiscal para retificação do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 154 citando inicialmente o CTN quanto à contagem do prazo para decadência. Em relação ao entendimento do autuado de que houve excesso de exação, a autuante informou duas causas do arbitramento, conforme a seguir:

- falta de apresentação de notas fiscais de saídas referentes ao exercício de 1998 e do período de janeiro a maio e parte de junho de 1999;
- claros indícios de sonegação nos índices de Valor Agregado, haja vista que no exercício de 1998 o custo das mercadorias vendidas foi de R\$138.000,00 e as saídas líquidas, R\$131.000,00. Assim, sem considerar quaisquer outras despesas o autuado apresenta um prejuízo de R\$7.000,00.

Por fim, a autuante requereu a Procedência do Auto de Infração.

Em 24/11/2003 foi apresentado à fl. 157 dos autos requerimento pela representante legal do autuado, solicitando retificar alguns erros materiais da defesa administrativa inicialmente apresentada, sendo indicados os pontos que merecem retificação.

Considerando que o autuado anexou às razões de defesa, xerocópias das primeiras Notas Fiscais de Venda a Consumidor de cada talonário referente ao exercício de 1999, alegando a existência dos documentos fiscais, o PAF foi convertido pela 2ª JJF em diligência à INFRAZ de origem, para a autuante intimar o sujeito passivo a apresentar a documentação fiscal e contábil, comprobatória das operações realizadas no período fiscalizado, e informar se os elementos fornecidos pelo contribuinte são suficientes para a realização de fiscalização pelos roteiros normais.

Em atendimento ao solicitado foi prestada nova informação fiscal à fl. 154 dos autos, na qual a autuante esclarece que o autuado foi novamente intimado, sendo solicitados os elementos indicados no encaminhamento da diligência fiscal, entretanto, foi apresentada a mesma documentação fornecida anteriormente à fiscalização. Disse que o autuado não possui escrituração contábil e os documentos foram apresentados de forma incompleta, o que impediu a utilização dos roteiros normais de fiscalização, haja vista que foram fornecidos os seguintes livros e documentos fiscais:

- livros e notas fiscais de compras referentes aos exercícios de 1998 e 1999;
- parte das notas fiscais de saídas do exercício de 1999, e não foram apresentadas as do exercício de 1998;
- informou que foram extraviadas as Notas Fiscais D-1, do nº^{os} 1113 ao 1650 (01 de janeiro a 15 de junho de 1999); de 1751 a 1900 (16 de junho a 13 de julho de 1999).

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, observo que em relação ao argumento defensivo de que há necessidade da realização de revisão fiscal e perícia, fica indeferido o pedido formulado pela defesa, com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, tendo em vista que a perícia é desnecessária, e quanto à revisão por fiscal estranho ao feito, os elementos constantes dos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide.

No que tange a argüição de decadência quanto aos valores exigidos, referentes ao exercício de 1998, a legislação estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN. Assim, considerando que a contagem do prazo correspondente ao exercício de 1998 só começou em 01/01/99, constata-se que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo decadencial.

Outra preliminar de nulidade é quanto à descrição dos fatos, alegando o autuado que a infração foi descrita com imperfeição e a base de cálculo não foi indicada corretamente, por isso, entende que o Auto de Infração está eivado de erro, obstando o seu prosseguimento, por vício. Entretanto, observo que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Ademais, da leitura da peça defensiva constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada e quanto à base de cálculo do imposto exigido, será objeto de análise quando da apreciação do mérito da autuação.

Dessa forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, haja vista que não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF para decretar a nulidade da autuação fiscal.

Quanto ao mérito, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, exercícios de 1998 e 1999.

O autuado apresentou em sua defesa cópia da primeira via de cada talonário de Nota Fiscal de Venda a Consumidor e cópias dos livros fiscais, Registro de Entradas, Registro de Saídas e RAICMS, alegando a existência dos documentos fiscais. Por isso, o PAF foi convertido em diligência à INFRAZ de origem para a autuante intimar o sujeito passivo a apresentar a documentação fiscal e contábil, comprobatória das operações realizadas no período fiscalizado, e informar se os elementos fornecidos pelo contribuinte são suficientes para a realização de fiscalização pelos roteiros normais.

Prestada nova informação fiscal à fl. 162 dos autos, a autuante esclareceu que foi apresentada pelo autuado a mesma documentação fornecida anteriormente à fiscalização, e os documentos apresentados de forma incompleta, impediu a utilização dos roteiros normais de fiscalização. Indicou os elementos fornecidos pelo sujeito passivo, relacionados a seguir:

- Livros e notas fiscais de compras referentes aos exercícios de 1998 e 1999;*
- parte das notas fiscais de saídas do exercício de 1999, e não foram apresentadas as do exercício de 1998;*
- foram extraviadas as Notas Fiscais D-1, do nº 1113 ao 1650 (01 de janeiro a 15 de junho de 1999); de 1751 a 1900 (16 de junho a 13 de julho de 1999).*

Observo que o contribuinte não apresentou todos os documentos fiscais no prazo regulamentar, e o Fisco não pode ficar aguardando o contribuinte fazer prova de suas operações a qualquer tempo, uma vez que se deve cumprir os prazos processuais, e o autuante desenvolver suas tarefas dentro do prazo de validade da Ordem de Serviço e Termo de Início de Fiscalização.

Trata-se de elemento vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme art. 143, do RPAF/99.

A base de cálculo foi demonstrada pela autuante de forma compreensível e o autuado não apresentou qualquer elemento para contrapor a apuração do imposto.

Entendo que está caracterizada a infração apurada, sendo devido o imposto exigido, haja vista no caso em exame, ficou caracterizado que a falta de exibição dos documentos fiscais impediu a realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido. Assim, constata-se que existem no PAF elementos suficientes para justificar a necessidade de arbitramento da base de cálculo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente arguiu inicialmente uma preliminar, suscitando a decadência do direito do Fisco lançar valores relativos ao exercício de 1998, já que o prazo de decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o do art. 150, § 4º do CTN.

No mérito, alega que a empresa está inscrita no SIMPLES, portanto, desobrigada de manter escrita contábil, no entanto obedece às normas do SimBahia, mantendo à disposição da fiscalização os livros e documentos que o sistema tributário exige. Alega, ainda, que foram anexados ao processo diversas cópias de Livros, documentos e notas fiscais, como discrimina. E ainda, que a fiscal autuante em sua informação declara a existência de “*claros indícios de sonegação nos índices de valor agregado*”; e que a diferença entre o custo das mercadorias e as saídas, sem considerar quaisquer outras despesas, apresenta prejuízo de R\$7.000,00, sem atentar para dificuldades que passam as empresas de pequeno porte.

Destaca o fato de que a auditora fiscal autuante foi encarregada de realizar a diligência suscitada pelo relator de Primeira Instância, indo de encontro ao pedido da empresa, que solicitara em sua defesa revisão por fiscal estranho ao feito. E que, após a diligência não houve abertura de prazo para o autuado se pronunciar, caracterizando cerceamento do direito de defesa, levando mais uma vez o lançamento à nulidade, que volta a requerer.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender que a alegada decadência é matéria fartamente discutida neste Conselho de Fazenda e está correto o entendimento da 1ª Instância, pois não se trata de imposto a lançar e sim recolhido, onde estaria havendo a homologação do mesmo, sujeito à outra regra de início de contagem de prazo decadencial. Quanto ao mérito diz que o autuado não apresentou nenhum fato novo ou documentos que possam elidir a ação fiscal.

VOTO

O despacho de fl. 165v, determinando o descumprimento da “ciência” ao autuado do resultado da diligência (fl. 165), caracteriza evidente cerceamento do direito de defesa do recorrente, importando em nulidade da Decisão, devendo o processo retornar à Primeira Instância para reabertura de prazo para que o recorrente tome ciência formalmente do resultado da diligência, e, em seguida, seja o processo submetido a novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 120018.0003/03-6, lavrado contra **BELLE EPOQUE BOUTIQUE LTDA.**, devendo o presente PAF ser encaminhado à Primeira Instância para a adoção de medidas saneadoras e proferir novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS