

PROCESSO - A. I. Nº 299634.0024/07-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA. (7 MARES COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0068-05/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18/09/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0253-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para determinar a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$51.727,33, acrescido da multa de 100%, decorrente da falta de recolhimento de ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação da documentação fiscal e contábil, nos exercícios de 2005 e 2006.

O autuado em sua impugnação observa inicialmente que seu estabelecimento estava sendo fiscalizado desde 2006, ocasião em que tivera seus documentos fiscais arrecadados, inclusive todas as notas fiscais de 2005, conforme Termo de Arrecadação, cuja cópia anexa aos autos. Acrescenta que solicitou a devolução da referida documentação para que pudesse produzir sua defesa, entretanto, não lograra êxito.

Requer que, sob pena de nulidade do Auto de Infração, acorde previsão do inciso II do art. 18 do RPAF-BA, após a devolução da documentação fiscal seja concedido prazo para produção de sua defesa na forma do art. 123 do mesmo regulamento.

Em sua informação fiscal, depois de resumir o fundamento da argumentação da defesa, o autuante afirma que:

- antes da lavratura do Auto de Infração o autuado foi intimado no endereço constante no cadastro da SEFAZ e não foi localizado; em seguida intimou-se o contador que informou não trabalhar mais para a empresa autuado; e somente em 30/08/2007 compareceu o advogado constituído pelo autuado, que tendo sido intimado não se manifestou;
- a abrangência da intimação para apresentação de documentos fiscais, por se tratar de uma “Auditoria de Baixa de Inscrição Grande”, correspondeu aos livros e notas fiscais de entradas e de saídas do período de julho de 2005 a janeiro de 2007, ao passo que a documentação fiscal arrecadada e não devolvida até 18/02/2008, referida pela defesa, diz respeito à Fiscalização de Monitoramento de Antecipação Parcial;
- que apenas arrecadou notas fiscais de entradas de 2005 e a defesa não se manifestou sobre o motivo da não apresentação dos demais documentos fiscais requisitados;
- o contribuinte não se manifestou em momento algum antes da lavratura do Auto de Infração, só o fazendo após o arbitramento do imposto.

Anexa cópias das notas fiscais emitidas em abril e junho de 2006 e arrecadadas pelo sistema CFAMT, para fundamentar a autuação.

O autuado manifesta-se às fls. 60 a 70, da forma a seguir sintetizada.

Reitera seu argumento defensivo de impossibilidade para elaboração de sua defesa, suscitando como preliminar de nulidade cerceamento de defesa, ante a não devolução de sua documentação fiscal anteriormente arrecadada por preposto fiscal desta SEFAZ, que somente fora devolvida em 18/02/2008, sem, contudo lhe ser concedida a reabertura do prazo de defesa.

Reclama a ausência nos autos das notas fiscais de entradas obtidas através do CFAMT que instruíram os autos impedindo também de contraditar as bases da lavratura e cerceando seu direito de defesa.

Diz ainda que, consoante atestam seus atos constitutivos, dedica-se ao comércio atacadista de pescados, cujas operações são beneficiadas com redução de 100% da base de cálculo, mercê do disposto no Decreto nº 7.577/99. Acrescenta que, das três notas fiscais, fls. 48 a 50, obtidas no CFAMT e colacionadas aos autos pelo autuante, as de nºs 266 e 275 dizem respeito a operações com peixes, portanto, não geram ICMS a pagar por estarem acobertadas pela redução de 100% da base cálculo. Com referencia á nota fiscal de número 110, única que instrui os autos cujas mercadorias estão sujeitas ao ICMS, observa que o imposto arbitrado de R\$1.326,58, fl. 64, é inferior ao recolhido de R\$15.664,18, fl.20, no exercício de 2006.

Observa a necessidade de que o lançamento esteja calcado em documentação idônea e que o conjunto de notas fiscais coletadas no CFAMT e arroladas pelo autuante no documento de lavratura, totalizando dez notas fiscais do exercício de 2005, nenhuma delas foi colacionada aos autos pelo autuante; e das vinte e uma notas fiscais do exercício de 2006, somente três foram anexadas por ocasião da informação fiscal de fls. 48 a 50. Ressalta que seu antigo contador não devolveu parte relevante dos documentos fiscais e que somente após a devolução da documentação pelo fisco, em 18/03/2008, é que pôde apresentá-las. Colaciona aos autos cópias de treze notas fiscais do exercício de 2005 relativas à aquisição de pescados, inclusive as de nºs 6560, 6632, 620, 8327, 6457, 6488 e 576, elencadas no levantamento fiscal, para demonstrar, juntamente com as Notas Fiscais de nºs 266 e 275, colacionadas pelo autuante, suas operações com peixe alcançadas com a redução de 100% da base cálculo.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, sob o argumento de que sua lavratura fulcrou-se em notas fiscais do CFAMT não juntadas aos autos, por ser inviável a cobrança de ICMS sobre a saída de mercadoria beneficiada com a redução de 100% da base cálculo, e ainda, por estarem as entradas com saídas tributáveis totalmente cobertas pelo ICMS normalmente recolhido pela empresa.

O autuante informa, fl. 87, que o autuado fundamenta sua defesa na ausência de tributação das operações com pescados com fulcro na redução de 100% na base de cálculo, prevista pelo Decreto nº 7.577/99.

Observa que o autuado, apesar de intimado, não apresentou os documentos e livros fiscais, e que, somente depois de lavrado o Auto de Infração é que se manifestara informando que as notas fiscais estariam com outro autuante, embora tenha restado comprovado nos autos que apenas as notas fiscais de entradas de 2005 é que se encontravam com a fiscalização. Ressalta que a defesa alega ter seu contador anterior extraviado parte de sua documentação fiscal sem no entanto apresentar comprovação alguma.

Diz ainda que *“de posse das notas fiscais do CFAMT e das notas fiscais apresentadas e pela atividade econômica do contribuinte, o mesmo estaria amparado pelo Decreto nº 7.577/99 de redução de 100% da base de cálculo, ressalvado apenas o inciso I do parágrafo único, que por falta de documentação das notas fiscais de saída ficou-me impossibilitado a devida verificação. Nestes Termos, por justiça e considerando os fatos e documentos nos autos, e considerando que no momento da lavratura do presente PAF não era possível constatar a natureza das operações do contribuinte, sugerimos a IMPROCEDÊNCIA deste A.I. nº 299634.0024/07-3”*.

O relator do processo emite o seu voto pela nulidade do Auto de Infração, com os seguintes fundamentos:

- o art. 46 do RPAF-BA determina que na intimação do sujeito passivo devem ser fornecidos ao autuado cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, inclusive os elementos de prova obtidos junto a terceiros;
- no presente caso o procedimento foi conduzido com uma série de irregularidades: a) o fiscal não forneceu ao contribuinte e nem colacionou aos autos cópias das notas fiscais obtidas através do CFAMT; b) juntou parcialmente aos autos cópias de algumas Notas Fiscais retidas pelo CFAMT, e intimou para fornecimento das cópias ao contribuinte, porém não reabriu o prazo de defesa, fls. 47 a 52; c) parte da documentação fiscal do autuado necessária à elaboração de sua defesa encontrava-se comprovadamente arrecadada por preposto fiscal e somente fora devolvida ao autuado em 18/02/2008, fls. 38 e 45, sem que fosse reaberto o prazo de defesa.

Em seguida, diz que “esses vícios procedimentais supra enunciados, embora impliquem inegável cerceamento de defesa, seriam passíveis de saneamento, com reabertura do prazo de impugnação. No entanto, há nos autos um vício de ordem substancial, que não comporta saneamento. Isto porque, embora o arbitramento aplicado esteja perfeitamente acobertado nos termos preconizados pelo art. 937 do RICMS-BA/97, restou patente nos autos, através das notas fiscais de entradas utilizadas para compor a apuração da base de cálculo do arbitramento, fls. 48 a 50 e 71 a 83, serem constituídas, em sua quase totalidade em mercadorias amparadas pelo benefício estatuído pelo Decreto nº 7.577/99 que concede a redução de 100% da base de cálculo nas operações com pescado. Constato também que as mercadorias, cuja documentação fiscal constam dos autos, Notas Fiscais nº 110 e 8327, fls. 49 e 78 não alcançadas com o benefício do aludido decreto, o imposto arbitrado R\$1.862,587 é superado pelo recolhimento do autuado no período, conforme se verifica no próprio demonstrativo de arbitramento, R\$15.664,18, fls. 20. Esse problema não é passível de correção na presente autuação, pois implica mudança substancial de fulcro do procedimento. Em suma, a autuação carece de certeza e liquidez. Não há elementos suficientes para determinar a infração. Represento à Inspetoria Fiscal para examinar a existência de elementos que justifiquem a renovação da ação fiscal a salvo de erros. Caso o contribuinte, antes de nova ação fiscal, venha sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se eximirá das sanções, na forma da legislação aplicável”.

VOTO

Este processo dispensa maiores análises, tendo-se em conta que está comprovadamente eivado de vícios insanáveis, enumerados detalhadamente pelo autuado e confessados expressamente pelo fiscal autuante, que ao final de seu segundo pronunciamento sugere a IMPROCEDÊNCIA da ação fiscal, ratificada pela JJF, como destacado no voto do julgador.

No entanto, embora correta, a Decisão da JJF ao deliberar pela nulidade da autuação merece reparos, quanto à fundamentação do julgador, no que se refere à admissibilidade do arbitramento, pois o contribuinte não deu causa à indisponibilidade da documentação da empresa, que se encontrava em poder do fisco, como comprovado no processo. Por outro lado, acompanho o entendimento do ilustre julgador quanto às demais irregularidades apontadas. Em sua quase totalidade as mercadorias objeto da ação fiscal estavam amparadas pelo benefício da redução de 100% da base de cálculo, estatuída pelo Decreto nº 7.577/99, por se tratar de pescados. Quanto às mercadorias não alcançadas pelo referido decreto, o imposto apurado é bastante inferior ao valor recolhido pelo autuado, conforme demonstrativo constante dos autos, impossível de correção, por importar em aumento do valor apurado, não permitido pela legislação.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos, recomendando a renovação da ação fiscal a salvo de erros, quando e se cabível.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **299634.0024/07-3**, lavrado contra **NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA. (7 MARES COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS)**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas indicadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS