

A. I. N° - 299634.0024/07-3
AUTUADO - NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ROBERTO OLIVEIRA CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08.07.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-05/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para determinar a infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$51.727,33, acrescido da multa de 100% decorrente da falta de 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, nos exercícios de 2005 e 2006.

O autuado em sua impugnação, fls. 34 a 37, através de advogado legalmente constituído, fl. 41, 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, fl. 38. Acrescenta que solicitou a devolução da referida documentação para que pudesse produzir sua defesa, entretanto, não lograra êxito.

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

Em sua informação fiscal, fl. 44, depois de resumir o fundamento da argumentação da defesa, o autuante aduz o seguinte:

1. Antes da lavratura do Auto de Infração o autuado foi intimado em seu endereço constante no cadastro da SEFAZ, fl. 29, e não foi localizado, em seguida intimou-se o contador, fls. 7, 9, 10 e 11, que informou não mais ser contador da empresa autuada, e, somente em 30/08/2007 compareceu o advogado constituído pelo autuado, tendo sido intimado, fl. 08, e, transcorrido o prazo não se manifestou;
2. A abrangência da intimação para apresentação de documentos fiscais nos presentes autos por ser 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 a Fiscalização de Monitoramento de Antecipação Parcial, que apenas arrecadou notas fiscais de entradas de 2005, fl.45, portanto, a defesa não se manifestou a cerca da motivação por não ter apresentado as demais documentações fiscais requisitadas;
3. O contribuinte não se manifestou em momento algum antes da lavratura do Auto de Infração, deixando para se manifestar após o arbitramento do imposto;
4. Anexa aos autos cópias das Notas Fiscais n°s 266, fl. 48, n° 110, fl. 49 e n° 275, fl. 50, emitidas em abril e junho de 2006 e arrecadadas pelo sistema CFAMT que afirma fundamentarem a presente autuação.

Conclui o autuante requerendo a manutenção do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento do teor da informação prestada pelo autuante, o autuado manifestou-se, 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 que, consoante atestam seus atos constitutivos dedica-se ao comércio atacadista de pescados, cujas operações é beneficiada com redução de 100% da base de cálculo, mercê do disposto no Decreto nº 7.577/99. Acrescenta ainda 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. Já a nota fiscal de número 110, única que instrui os autos cujas mercadorias estão sujeitas, ao ICMS observa o autuado 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 totalizam dez notas fiscais do exercício de 2005, fl. 17, nenhuma delas foram colacionadas aos autos pelo autuante e vinte uma notas fiscais do exercício de 2006, fls.21 e 22, somente três notas fiscais foram anexadas aos autos, por ocasião da informação fiscal, fls. 48 a 50. Ressalta que seu antigo contador não devolveu parte relevante dos documentos fiscais e que somente após a devolução da documentação fiscal pelo fisco em 18/03/2008 é que pode apresentá-las. Colaciona aos autos, fls. 71 a 83, 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 tentar 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 mercadorias beneficiada com 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, em sua manifestação o autuado fundamenta sua defesa na ausência de tributação das operações com pescados com base na redução 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.

Enfatiza ainda que mesmo dele tivesse posse das notas fiscais do CFAMT e juntamente, das notas fiscais apresentadas, pela atividade econômica do contribuinte, estaria amparado pelo Decreto nº 7.577/99 com a redução de 100% da base de cálculo. Ressalvando, apenas o inciso I do parágrafo único, que por falta de apresentação das notas fiscais de saída ficou impossibilitado de realizar a verificação.

Conclui o autuante asseverando que com base nos fatos e documentos fiscais, ora constantes nos autos e considerando ainda que, no momento da lavratura não fora possível constatar a natureza das operações do contribuinte, sugere a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O contribuinte, em processo de baixa através da aplicação do roteiro de “Auditoria de Baixa de Inscrição Grande”, é acusado da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de sua documentação fiscal e contábil.

O autuado impugna o Auto de Infração concentrando sua incursão defensiva em três eixos argumentativos, sendo dois deles atinentes ao cerceamento de defesa, pois alega ter o Auto de Infração sido lavrado com ofensas aos princípios da ampla defesa do contraditório e do devido processo legal. Justifica inicialmente a não apresentação ao fisco de sua documentação fiscal, quando formalmente intimado a fazê-la, por não ter sido arrecadada em procedimento de fiscalização anterior por outro preposto fiscal, somente lhe sendo entregue em 18/07/2008, fl. 45, sem ter lhe concedido a reabertura do prazo de defesa. Conclama também da ausência nos autos das cópias das notas fiscais obtidas no CFAMT que não constam dos autos. Por fim alega a impropriedade do levantamento fiscal por ter apurado o débito fiscal exigido com base em notas fiscais de entradas de mercadorias que, em sua quase totalidade, são de pescados, amparado pelo benefício de redução de 100% da base de cálculo, estatuído pelo Decreto nº 7.577/99.

O autuante reclama da indiligência do contribuinte no atendimento das intimações, porém observa que por ocasião da lavratura não fora possível constatar a natureza das operações do autuado, amparadas que estavam pelo Decreto nº 7.577/99, sugerindo a sua improcedência do Auto de Infração.

Saliento inicialmente que o art. 46 do RPAF-BA manda que, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura de Auto de Infração, devem ser-lhe fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, inclusive dos 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 lhe fora devolvida em 18/02/2008, fls. 38 e 45, sem que fosse reaberto o prazo de defesa.

Verifico 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 Inspeção 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.

Diante do acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299634.0024/07-3**, lavrado contra **NORDESTE COMÉRCIO DE ALIMENTOS CONGELADOS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas indicadas.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR