

PROCESSO - A. I. N° 206896.1202/06-8
RECORRENTE - R.N. COSMÉTICOS LTDA. (NUTRI-HAIRCOSMÉTICOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0103-03/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 01/04/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. N° 0034-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ENTREGA AO AUTUADO DOS DOCUMENTOS FISCAIS ARRECADADOS NO INCÍO DA AÇÃO FISCAL. NOVA DECISÃO. A falta de entrega dos documentos arrecadados no início da ação fiscal cerceou o exercício do direito de defesa do recorrido. O processo deverá retornar à primeira instância para saneamento e novo julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JFJ) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$86.116,87, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo do imposto, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora da Decisão recorrida indeferiu a solicitação de diligência, afastou as alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, explicou que a multa aplicada era a prevista e salientou que o cálculo do imposto estava correto. No mérito, afirmou que a infração estava caracterizada e que se justificava o arbitramento.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JFJ, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração alegando que o arbitramento foi realizado sem que tivesse ocorrida qualquer das hipóteses listadas no RICMS-BA que justificasse o procedimento adotado. Transcreve dispositivos do RICMS-BA/89 e do RICMS-BA/96.

Menciona que pretendia apresentar planilha acompanhada de notas e documentos fiscais, porém a referida documentação encontra-se em poder do autuante. Solicita que lhe seja devolvida toda a documentação que foi arrecadada.

Diz que a multa aplicada, no percentual de 100%, tem o caráter de confisco e, portanto, viola o disposto no inc. IV do art. 150 da Constituição Federal, bem como desrespeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Para embasar sua tese, faz alusão à Lei Federal nº 9.784/99 e cita doutrina e jurisprudência.

No mérito, o recorrente afirma que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos e que o autuante desconsiderou que a empresa estava enquadrada no regime do SimBahia. Sustenta que a ação fiscal está lastreada em uma presunção. Afirma que, para afastar possíveis dúvidas e para comprovar a improcedência da autuação, faz-se necessária a realização de revisão fiscal, a ser executada por auditor estranho ao feito.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, caso seja ultrapassada a preliminar, seja julgado improcedente. Requer que a multa seja reduzida para 20%. Solicita a devolução dos documentos apresentados ao autuante.

Em Parecer às fls. 103 e 104, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que diversas intimações foram feitas para que o recorrente apresentasse os documentos fiscais e contábeis necessários à apuração do imposto, porém as intimações não foram atendidas. Salienta que esse fato obrigou a fiscalização a arbitrar a base de cálculo do imposto, o que foi realizado pelo método do CMV.

Afirma que a multa indicada na autuação está correta e encontra-se amparada na legislação tributária estadual, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar as questões constitucionais e de princípios de direito citadas no Recurso Voluntário.

Ao finalizar, a ilustre parecerista diz que a Decisão recorrida não deve ser alterada, pois as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas e inaptas para modificar o julgamento de primeira instância. Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ Atacado, para que o autuante comprovasse que efetuou a devolução dos documentos que foram arrecadados durante a ação fiscal. Foi solicitado que o autuante devolvesse ao recorrente os documentos que ainda estivessem em seu poder.

Em atendimento à diligência, o autuante devolveu ao recorrente os documentos fiscais listados no Termo de Devolução de Livros e Documentos acostado à fl. 112.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente salienta que os documentos relacionados à fl. 112 lhe foram entregues em setembro de 2007, ao passo que a defesa e o Recurso voluntário foram protocolados, respectivamente, em fevereiro e abril do mesmo ano. Diz que o seu direito de defesa foi prejudicado, ficando viciado o procedimento e o processo administrativo fiscal. Diz que não teve acesso à documentação que ensejou a lavratura do Auto de Infração, violando, assim, o disposto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Explica que o cerceamento de defesa *“deve ser entendido como qualquer fato que subtraia do contribuinte o direito de ampla defesa contra a acusação: cerceamento de defesa decorre de um ato arbitrário que tem o claro objetivo de subverter o equilíbrio entre as partes, tolhendo da acusada o direito ao contraditório”*. Transcreve doutrina e jurisprudência.

Ao finalizar, o recorrente afirma que o processo administrativo fiscal está contaminado por vício insanável e, por esse motivo, requer que sejam anulados todos os atos do referido processo administrativo, retornando os autos à sua primeira fase, quando lhe deverá ser dada a oportunidade de apresentação de nova defesa.

Instado a se pronunciar nos autos, o autuante diz que a demora na devolução decorreu do fato de que o contribuinte não ter sido localizado no endereço informado à SEFAZ. Explica que, após a ação fiscal, entrou em contato telefônico com a senhora Renata Durães, sócia da empresa, informando-lhe o fim da ação fiscal e o propósito de lhe devolver os documentos que tinham sido arrecadados. Ressalta que essa senhora, além de se mostrar extremamente nervosa, não enviou qualquer preposto para receber os referidos documentos. O autuante reconhece que houve demora na devolução dos documentos, porém diz que esse fato foi causado pelo recorrente.

Ao exarar o Parecer de fl. 129v, a ilustre representante da PGE/PROFIS, doutora Sylvia Amoêdo, sugere que seja concedido ao recorrente o prazo de trinta dias, resguardando o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que a totalidade dos documentos utilizados na ação fiscal só foi entregue após a interposição de defesa. Diz que, caso não seja acatada essa sugestão, o Parecer conclusivo é o que já se encontra nos autos, e caso o recorrente apresente nova manifestação o processo deverá retornar à PGE/PROFIS para novo Parecer.

VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual trata da falta de recolhimento de ICMS apurado mediante arbitramento da base de cálculo, em razão da falta de exibição ao fisco de livros e documentos.

Preliminarmente, o recorrente alegou que os documentos fiscais arrecadados pelo autuante no início da ação fiscal não lhe foram devolvidos, violando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Para comprovar a veracidade dessa alegação recursal, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, tendo o autuante reconhecido que, efetivamente, esses citados documentos fiscais não foram devolvidos ao recorrente. Nessa diligência, os referidos documentos foram devolvidos ao recorrente, conforme atesta o termo de devolução à fl. 112.

O autuante justificou a demora na devolução dos documentos, alegando que ela fora causada pelo próprio recorrente. Não acolho essa alegação por dois motivos: primeiro, devolver aos seus donos, após o fim da ação fiscal, os livros e documentos arrecadados é dever da fiscalização; segundo, se o recorrente se recusou a receber os documentos fiscais em questão, esse fato deveria ter sido trazido aos autos com a devida comprovação, o que não foi feito.

Dessa forma, tendo em vista que os documentos fiscais arrecadados pelo autuante não foram devolvidos ao recorrente quando da notificação do Auto de Infração, essa notificação e todos os atos a ela posteriores são nulos, ao teor do disposto no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, uma vez que foram praticados com preterição do direito de defesa. Deverá o processo retornar à Primeira Instância, para que seja o processo saneado com a devida notificação do lançamento, reabertura do prazo de defesa e nova informação fiscal e, em seguida, deverá ser proferida nova Decisão.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e nova Decisão.

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 206896.1202/06-8, lavrado contra **R.N. COSMÉTICOS LTDA. (NUTRI-HAIRCOSMÉTICOS)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para saneamento e nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS