

A. I. Nº - 087461.0102/10-3
AUTUADO - J T INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MÓVEIS E ARTEFATOS LTDA.
AUTUANTES - HÉLIO SILVA DAMASCENO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 16/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, AS INFRAÇÕES E OS VALORES DAS OPERAÇÕES. Os documentos fiscais relativos às operações, já utilizados para a lavratura do Auto de Infração anterior, sob nº 087461.0203/07-4, julgado nulo pelo Acórdão nº 0105-11/09 deste CONSEF, são insuficientes para fundamentar as acusações fiscais, sem que haja uma análise da totalidade das operações envolvendo as mercadorias objeto das imputações. Caberia à fiscalização ter realizado uma nova auditoria no estabelecimento, utilizando os dados dos documentos e livros fisco-contábeis da empresa. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor das operações. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2010 para exigir ICMS no valor de R\$345.259,73 em razão de duas imputações.

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS decorrente de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de janeiro/2002 a dezembro/2006. Demonstrativo às fls. 46 e 47. ICMS no valor de R\$338.410,98, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Exercício de 2005 – meses de outubro a dezembro. Demonstrativos às fls. 64 a 66. ICMS no valor de R\$6.848,75, acrescido da multa de 70%.

Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de refazimento do Auto de Infração nº 087461.0203/07-4, em conformidade com o Acórdão CJF nº 0105-11/09. Consta, também, que foi solicitada autorização para aplicação do regime normal de apuração do imposto (fl. 10), tendo sido emitido pela Inspetoria Fazendária o Termo de Exclusão do SIMBAHIA (fl. 11), com prazo de trinta dias para impugnação (fls. 16 a 23), à qual foi negado provimento através da Notificação de Exclusão do SIMBAHIA (fl. 12).

O autuante acosta, às fls. 10 a 1.180, documentos relativos ao processo administrativo fiscal originado pelo Auto de Infração referido. À fl. 10, Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais datado de 26/07/2007; à fl. 13, Termo de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais, e respectivo recibo de devolução; às fls. 17 a 19, Relação de Documentos de Arrecadação Estadual - DAES emitida pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ; as fls. 46 a 66, e fls. 825 a 884, demonstrativos do levantamento fiscal realizado; às fls. 69 a 750 (volumes I e II), cópias de notas fiscais de entradas de mercadorias do contribuinte; às fls. 780 a 800, cópia de Relatório de Investigação Fiscal – RIF do Grupo

Ambiente Móveis; às fls. 801 a 823, Informação Fiscal e respectivos Anexos referentes ao RIF do Grupo Ambiente Móveis; às fls. 886 a 989, cópia do livro Caixa do sujeito passivo; à fl. 990, listagem de notas fiscais indicando o sujeito passivo como destinatário, emitida pelo sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT desta SEFAZ; às fls. 991 a 1.008, vias de notas fiscais indicando o sujeito passivo como destinatário; às fls. 1.011 a 1.161, demais documentos referentes ao procedimento fiscal.

À fl. 1.163 (volume III), Intimação ao sujeito passivo, com cientificação do Auto de Infração nº 087461.0102/10-3, lavrado 30/06/2010, com recibo de entrega em 14/07/2010, ao sujeito passivo, da documentação relativa ao levantamento fiscal realizado.

Às fls. 1.165 a 1.169 o sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 1.170, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício protocolada no sistema informatizado SIPRO desta SEFAZ em 03/08/2010 (fl. 1.164). Inicialmente reproduz as alegações defensivas, à fl. 1.166 copiando a descrição dos fatos do Auto de Infração. Em seguida pede que as intimações e notificações relativas ao PAF em análise sejam encaminhadas aos seus advogados regularmente constituídos, na Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Ed. Empresarial Costa Andrade, salas 411 a 414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, CEP nº 41820-768.

O autuado passa a argüir a nulidade da autuação, alegando insegurança na determinação da infração e cerceamento do seu direito de defesa. Para tanto, afirma que “apesar de citar no corpo do AI que teria juntado os comprovantes do “saneamento dos vícios” apontados pelo CONSEF em AI anteriormente lavrado, a intimação não se fez acompanhar dos comprovantes de tal afirmação, o que impede o regular exercício da defesa. Além disso, a Autuada não foi instada do início da “nova ação fiscal”, não lhe sendo solicitada a documentação para esse desiderato, não se podendo atribuir segurança ao trabalho realizado e, por via conexa, aos valores erigidos à condição de “base de cálculo”, fato que, também, prejudica ainda mais o exercício da ampla defesa.” Aduz que outro fato que demonstraria a ineficácia da autuação residiria na declaração do Autuante de que este estava “procedendo o refazimento do Auto de Infração nº 087461.0203/07-4, lavrado em 28/09/2007..”. Isto porque, segundo aponta, “consoante fls. 07, do Acórdão CJF nº 0105-11/09, a 1ª Câmara do CONSEF, por decisão unânime, não determinou o “refazimento do Auto de Infração”, e sim o refazimento da ação fiscal, desde que sanados os vícios anteriormente encontrados.”

Diz que ele, autuado, não foi instado do início da ação fiscal, que seguiu, então, sem “termo de início da fiscalização” e sem a arrecadação de livros e documentos necessários a uma nova e efetiva fiscalização. Que não se poderia dizer que o Autuante seguiu a orientação do CONSEF, porque a ação fiscal teria sido levada a efeito sem os termos devidos, consoante normas esculpidas a partir do artigo 196 do Código Tributário Nacional - CTN.

Alega que o presente Auto de Infração traria os vícios anteriores e novos vícios insanáveis, decorrentes do afastamento das determinações do CONSEF e da não formalização da ação fiscalizadora.

Ainda em preliminar, diz que deveria ser declarada a decadência do direito de substituição do crédito tributário, em relação aos supostos fatos geradores ocorridos até o dia 13/07/2005, por que ele, autuado, somente foi intimado da autuação em 14/07/2010, depois de decorridos 5 anos dos fatos “narrados na autuação.” Copia a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal. Afirma que a recomendação do CONSEF, além de ter determinado o saneamento dos vícios identificados na autuação anulada e de ter expressamente mandado que se refizesse a ação fiscal, e não o Auto de Infração, mandou que se observasse o prazo decadencial, afastando a hipótese do artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN, pois a nulidade do Auto de Infração nº 087461.0203/07-4 não decorreu de vício formal no lançamento, e sim de vício procedimental na atividade fiscalizadora, fazendo com que, à época, o Autuante ficasse caracterizado como

“autoridade incompetente”, na medida em que, na prática, fez a revogação do SIMBAHIA em substituição à autoridade competente para o ato. Que o vício foi procedimental, decorrente da ausência regular de desenquadramento do SIMBAHIA, o que se constitui um ato anterior e, portanto, desvinculado do Auto de Infração. Que, no que tange ao item 02, deveria este CONSEF observar o teor do Acórdão JJF nº 0160-05/08, que demonstrou a impertinência da cobrança, fixando como devido, tão somente, a importância de R\$795,62, pelo que a cobrança do Auto de Infração ora impugnado sequer poderia ser refeita na sua integralidade, porque já comprovada parcialmente a inaplicabilidade da presunção, o que foi reconhecido pela JJF. Pede, como meio de “prova emprestada”, que os elementos insertos no Auto de Infração nº 087461.0203/07-4, sejam anexados ao presente PAF.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e a revisão. Protesta também pela nulidade, ou improcedência, do Auto de Infração, ou, ao menos, pelo reconhecimento da decadência dos fatos supostamente ocorridos até 13/07/2005.

O contribuinte acosta, às fls. 1.174 a 1.180, cópia do Acórdão CJF nº 0105-11/09.

Às fls. 1.184 a 1.187, o autuante presta Informação Fiscal protocolada no sistema informatizado SIPRO/SEFAZ em 15/09/2010 (fl. 1.183), mantendo integralmente a autuação. Inicialmente discorre acerca da autuação e das alegações trazidas pelo contribuinte em sua defesa. Em seguida, aduz que o autuado talvez não tenha observado os documentos de fls. 09 a 12, assinados pelo Inspetor Fazendário, autoridade competente para efetuar o desenquadramento, conforme o Acórdão CJF nº 0105-11/09. Que foram emitidos: Pedido de autorização para aplicação do Regime Normal de Apuração; Termo de exclusão do Simbahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, com ciência da Sra. Thais Coutinho Schnitman, (sócia); Notificação de exclusão do Simbahia para efeito de cobrança retroativa de ICMS, com ciência do Sr. João Schnitman (sócio). Que o presente Auto de Infração apenas reproduz o procedimento anterior, cujo vício não estava intrínseco ao Auto de Infração, mas, como mesmo frisou o contribuinte, estava relacionado a procedimento formal prévio que o CONSEF considerou imprescindível e que não havia sido efetuado. Que o autuado tomou ciência do Acórdão que anulou o Auto de Infração anterior, e igualmente recomendava o refazimento da ação fiscal; tomou ciência dos documentos citados, cujo objetivo expresso consta ser a apuração pelos critérios normais de apuração.

Que não havia porque solicitar toda a documentação cujos originais foram desentranhados do PAF anterior, além de não caber ao contribuinte dizer o que deve ser requisitado, ou não. Que o contribuinte, portanto, esteve todo o tempo ciente do refazimento da ação fiscal, com base nos mesmo documentos já apresentados anteriormente e anexados ao PAF. Que o refazimento da ação fiscal implica no refazimento do Auto de Infração, mesmo porque, como está claro, não havia vício na ação fiscal, tampouco na autuação.

Quanto à decadência, argüi que o Auto de Infração anulado exigia, em 28/09/2007, créditos tributários correspondentes ao período de 2002 a 2006, não se podendo falar em decadência.

Que, quanto ao presente Auto de Infração, seguimos o que dispõe o artigo 173, caput e inciso II, do CTN, que copia.

Concorda com a alegação defensiva quanto à procedência parcial da Infração 02. Tece considerações acerca dos demais termos defensivos, citando o artigo 408-S, do RICMS/BA, em vigor à época dos fatos geradores das imputações. Cita trecho dos Pareceres da PGE/PROFIS e da DITRI, constantes do PAF anteriormente anulado. Diz que ele, autuante, não procedeu a desenquadramento da empresa, da sua condição de empresa integrante do Regime SIMBAHIA.

O autuante anexa, às fls. 1.200 a 1.227, documentos relativos ao processo administrativo de desenquadramento do contribuinte do regime SIMBAHIA, documentos estes que consistem em: às fls. 1.189 e 1.190, e fls. 1.225 e 1.226, cópia de resposta eletrônica emitida em 07/03/2006 pela

Gerência de Informações Econômico-Fiscais da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle - GECOT/DITRI/SEFAZ, acerca de desenquadramento do regime SIMBAHIA, e de sujeição ao regime normal de tributação, transcrevendo o artigo 408-P do RICMS/BA; às fls. 1.192 a 1.197, e 1.153 a 1.159, cópia do Acórdão CJF nº 0105-111/09; à fl. 1.202, Deferimento de Pedido de Autorização para Aplicação do Regime Normal de Apuração do Imposto datado de 04/11/2009; a fl. 1.204, Termo de Exclusão do SIMBAHIA emitido pela Inspetoria Fazendária em 04/11/2009, referente ao período de 01/01/2002, constando que tal exclusão alcança todos os estabelecimentos da empresa “JT Indústria Comércio e Serviços de Móveis e Artefatos LTDA”, CNPJ/MF nº 00.336.565/0001-44; às fls. 1.205 e 1.223, Notificação de Exclusão do SIMBAHIA datada de 01/03/2010, com ciência do contribuinte datada de 17/03/2010 às fls. 1.208 a 1.215, impugnação quanto à exclusão do SIMBAHIA, datada de 03/12/2009, protocolada em 04/12/2009 pelo contribuinte, e endereçada à autoridade administrativa na pessoa do Sr. Inspetor Fazendário da INFAZ Varejo; à fl. 1.222, indeferimento, pelo Inspetor Fazendário da IFEP/INFAZ Indústria, do pedido referente à impugnação do contribuinte, em 17/03/2010; à fl. 1.224, despacho datado de 16/06/2010, do Supervisor de Fiscalização da INFAZ Indústria, para a tomada das providências necessárias ao desenquadramento retroativo à data de efetivação do processo de fiscalização, e cobrança de ICMS devido nas operações industriais; à fl. 1.227, despacho datado de 27/07/2010, do Supervisor de Fiscalização da INFAZ Indústria, encaminhando ao autuante a resposta dada pela SAT/DARC/GEIEF, informando não ser necessária o desenquadramento retroativo para cobrança de ICMS nos moldes dos artigos 408-P e 408-S, ambos do RICMS/BA (fls. 1.225 e 1.226); à fl. 1.228, solicitação do autuante, datada de 02/08/2010, para que fosse encaminhado, a este CONSEF, cópia da resposta da consulta eletrônica formulada à GECOT/DITRI, quanto à desnecessidade do desenquadramento retroativo para a cobrança retroativa do ICMS, a fim de evitar nova anulação do Auto de Infração, por ausência do procedimento administrativo; à fl. 1.236, despachos do Supervisor de Fiscalização e do Inspetor Fazendário da INFAZ Indústria, datados de 01/09/2010, atendendo ao pedido de encaminhamento, a este CONSEF, dos documentos relativos ao desenquadramento do contribuinte do Regime simplificado SIMBAHIA.

Em assentada de julgamento, o contribuinte, por intermédio de Advogado legalmente habilitado, em sustentação oral manteve os termos da impugnação ao lançamento de ofício.

VOTO

Preliminarmente observo que, consoante consta na descrição dos fatos do Auto de Infração ora em lide, trata-se de refazimento do Auto de Infração nº 087461.0203/07-4, sendo citado o Acórdão CJF nº 0105-11/09. Consta, também, que foi solicitada autorização para aplicação do regime normal de apuração do imposto (fl. 10), tendo sido emitido pela Inspetoria Fazendária o Termo de Exclusão do SIMBAHIA (fl. 11), com prazo de trinta dias para impugnação (fls. 16 a 23), à qual foi negado provimento através da Notificação de Exclusão do SIMBAHIA (fl. 12).

Assinalo, contudo, que tal como afirmam Fisco e contribuinte em suas manifestações no presente processo, no mencionado Acórdão CJF nº 0105-11/09 está declarada a nulidade de todo o Auto de Infração nº 087461.0203/07-4, anterior ao presente, “posto que baseado em exclusão de ofício não comprovada”. Tal Acórdão ainda declara que, quanto ao Recurso de Ofício relativo ao Acórdão JJF nº 0160-05/08, diante da decretação da nulidade daquele Auto de Infração nº 087461.0203/07-4 pela Câmara, o Recurso de Ofício se tornava prejudicado.

Ou seja, conforme o Acórdão de segunda instância, as imputações 01 e 02 daquele Auto de Infração anterior não foram apreciadas no mérito, em segunda instância. Assinalo, por oportuno, que as imputações 01 e 02 do Auto de Infração nº 087461.0203/07-4, anterior anulado, e as imputações 01 e 02 do presente Auto de Infração trazem dados idênticos quanto aos lançamentos mensais respectivamente efetuados.

No Acórdão CJF nº 0105-11/09 consta expressamente que “a autoridade competente, no caso o Inspetor Fazendário, poderá sanear os vícios de procedimento anteriormente apontados e determinar o refazimento da ação fiscal, observado o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, disposto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contado da autorização para o desenquadramento (exclusão de ofício), uma vez que a decretação de nulidade decorreu de vício procedimental da atividade fiscalizatória, e não de vício no processo administrativo fiscal.”

Ou seja, exatamente como afirmado pelo contribuinte em sua presente impugnação, de fato foi determinado o refazimento da ação fiscal, a salvo de incorreções, e não a lavratura de outro Auto de Infração idêntico ao anterior. Assinalo, inclusive, que já no julgamento de primeira instância relativo àquela processo, teria havido equívoco quanto à imputação 02, dado este ora alegado pelo contribuinte e que o autuante, na presente ação fiscal, acata.

No Acórdão CJF nº 0105-11/09 também existe a recomendação de observância do prazo decadencial de cinco anos, previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contado da autorização para o desenquadramento, recomendação esta que corroboro neste voto, visando prevenir novos equívocos.

Quanto ao refazimento da ação fiscal, este deveria ter sido realizado dentro do preconizado no Capítulo I do Título II do RPAF/99, artigos 26 a 31.

Neste particular, o contribuinte alega não ter sido cientificado do início de nova ação fiscal sobre o estabelecimento. Embora o contribuinte tenha sido cientificado da sua exclusão do regime simplificado SIMBAHIA, conforme consta nos autos deste processo, na verdade não foi cientificado de que iniciava-se nova ação fiscal sobre a empresa. Observo que o início da ação fiscal tem determinadas consequências, inclusive quanto à espontaneidade de denúncia de débito tributário, conforme dispõe o artigo 95 do multicitado RPAF/99.

Compulsando os autos verifico a inexistência de Termo de Início de Fiscalização com cientificação ao contribuinte da nova ação fiscal; nem de Termo de Intimação Fiscal; ou de Termo de Arrecadação de Livros, Documentos Fiscais, consoante previsto nos artigos 26 e 28 do mesmo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, para que seja considerado iniciado o procedimento fiscal, e devidamente lastreado o Auto de Infração porventura decorrente.

Assim, sem o início regular de nova ação fiscal, todo o procedimento fiscal ora em lide ficou irremediavelmente comprometido, e assiste razão ao contribuinte quando alega ter sido cerceado em sua defesa.

Por outro lado, inexistente garantia, neste processo, de que o contribuinte não teria regularizado seus débitos tributários antes do início da lavratura do presente Auto de Infração, e nem de que tenha sido realizado cálculo, pelo Fisco, igualmente antes da lavratura do presente Auto de Infração, ou mesmo depois da impugnação ao lançamento de ofício, relativamente à segunda imputação, cuja procedência parcial o Fisco acata quando da prestação da informação fiscal sem especificar qual a base legal de tal acolhimento, o que também soma-se à insegurança quanto ao débito a ser lançado de ofício. Esta dúvida poderia vir a ser dirimida por meio de diligência, que torna-se inócuca diante da nulidade insanável do procedimento fiscal.

Assim, os documentos fiscais relativos às operações, já utilizados para a lavratura do Auto de Infração anterior, sob nº 087461.0203/07-4, julgado nulo pelo Acórdão nº 0105-11/09 deste CONSEF, são insuficientes para fundamentar as acusações fiscais, sem que haja uma análise da totalidade das operações envolvendo as mercadorias objeto das imputações. Caberia à fiscalização ter realizado uma nova auditoria no estabelecimento, utilizando os dados dos documentos e livros fisco-contábeis da empresa. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor das operações.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração recomendando, à autoridade competente, a realização de nova ação fiscal, e, tal como citado no Acórdão nº 0105-11/09, que seja observado o prazo decadencial de cinco anos, conforme previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contado da autorização para o desenquadramento (exclusão de ofício), uma vez que a decretação de nulidade decorreu de vício procedimental da atividade fiscalizatória, e não de vício no processo administrativo fiscal.

Quanto ao pedido para intimação do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, à fl. 1.166 dos autos, inexistiu óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 087461.0102/10-3, lavrado contra **J T INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MÓVEIS E ARTEFATOS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a determinação de refazimento da ação fiscal, observado o prazo decadencial de cinco anos, conforme previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, contado da autorização para o desenquadramento (exclusão de ofício), uma vez que a decretação de nulidade decorreu de vício procedimental da atividade fiscalizatória, e não de vício no processo administrativo fiscal.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR