

A. I. Nº - 210404.0041/09-3
AUTUADO - NEXTOP COMÉRCIO IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25/07/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0158-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização e a intimação ao sujeito passivo foi efetuada por edital sem qualquer indicação quanto à impossibilidade de intimação pessoal ou por via postal, além de não constarem no PAF o demonstrativo e a totalidade das notas fiscais obtidas no CFAMT, utilizadas na apuração do imposto exigido. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2010, refere-se à exigência de R\$221.438,90 de ICMS, acrescido das multas de 70% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro de 2005 a fevereiro de 2007. Valor do débito: R\$202.481,99. Multa de 70%.

Infração 02: 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. Valor do débito: R\$18.956,91. Multa de 100%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 185 a 187), alegando que registrou pedido de baixa para o estabelecimento autuado, através do sistema sincronizado da Receita Federal e SEFAZ/BA, tendo como motivo a “Extinção, pelo encerramento da liquidação voluntária”. Diz que informou o “endereço de guarda da documentação contábil” que passaria a ser: Avenida ACM, Nº 4009, Edif. Empire Center, Andar 3, Sala 306, Bairro da Pituba, Salvador-BA, CEP 40280-000, Tel (71) 3375-0857. O defendente afirma que não teve conhecimento da ação fiscal e, após a lavratura do Auto de Infração, tomou conhecimento do mesmo através das intimações encaminhadas para o domicílio dos seus dois sócios, só recebendo cópia do Auto no dia 10/01/2011 conforme comprova o Anexo III – fl. 196 do PAF. Quanto à primeira infração, alega que durante todo o período fiscalizado (01/01/2005 a 28/02/2007), cumpriu integralmente com suas obrigações tributárias e fiscais, como se pode comprovar pela planilha e documentos que acostou aos autos: Vendas Diárias Redução Z (03 Planilhas - anuais); Cópias das Reduções Z – 2005, 2006 e 2007; Cópias dos Livros de Saídas – 2005, 2006 e 2007; Cópias dos Livros de Apuração – 2005, 2006 e 2007; e Cópias dos DAE's pagos – 2005, 2006 e 2007. Entende que estes documentos comprovam que as saídas reais, conforme quadro que elaborou, foram superiores à base de cálculo atribuída pelo autuante, que se limitou a considerar apenas informações obtidas das operadoras de cartões. O defendente

assegura que todos os valores, registrados nas reduções Z foram devidamente escriturados em livros fiscais com seus respectivos tributos recolhidos, e que não faz sentido a cobrança pleiteada pelo autuante através deste item do Auto de Infração.

Quanto à infração 02, diz que apresenta as cópias dos livros fiscais de Registro de Entradas, contemplando o período de abril a julho de 2005, onde se encontram devidamente escrituradas as notas fiscais elencadas pelo autuante. Assegura que ficou evidente que não houve dolo, muito menos omissão de saídas, e que todas as saídas foram notoriamente escrituradas, conforme índole da empresa. Salienta que todas as informações de entrada e saída de mercadorias, apurações e recolhimentos do ICMS foram informadas temporariamente à SEFAZ/BA, através das entregas mensais de DMA e SINTEGRA, conforme legislação em vigor. O defendente conclui, reafirmando que não houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante informações colhidas em relatórios fornecidos por administradoras de cartões de débito/crédito, e também, não houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante informações colhidas junto ao sistema CFAMT – arbitramento. Pede a improcedência e cancelamento total do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 824/825 dos autos, dizendo que a autuação fiscal é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito, conforme relatórios fornecidos por instituições financeiras. Adicionalmente, também apurou omissão de saídas de mercadorias, mediante informações colhidas junto ao sistema CFAMT. Toda a documentação em que se fundamenta o auto está acostada ao presente processo, desde a sua constituição, incluindo-se os Relatórios Diários de Operações TEF e as notas fiscais fornecidas pelo referido sistema CFAMT. Quanto aos argumentos defensivos e documentação acostada ao presente processo, o autuante prestou as seguintes informações:

1. O contribuinte foi regularmente intimado a apresentar a documentação fiscal alusiva ao período fiscalizado, conforme fl.09 do PAF. Entende que não faz o menor sentido a alegação defensiva de que só tomou conhecimento da ação fiscal quando lhe foi encaminhado o auto de infração. Ao deixar de apresentar a documentação que lhe foi exigida, o autuado incorreu em desobediência à legislação tributária e, por extensão, acabou assumindo as consequências derivadas deste ato.
2. Para a fiscalização, é irrelevante saber que toda a documentação fiscal do contribuinte fora transferida para endereço diverso daquele em que se encontra cadastrado nos sistemas da SEFAZ. Independentemente do local em que ele resolva armazenar os documentos fiscais, subsiste a obrigação de apresentá-los ao fisco quando regularmente intimado. Esgotadas as tentativas de obtenção da documentação fiscal, ao fisco não restou outra saída senão lançar mão de alternativas previstas em lei para fazer valer o direito de buscar a recuperação da receita tributária.
3. A infração atribuída ao sujeito passivo tem previsão no RICMS/97, o que dá fundamentação legal à presunção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido (Art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96).
4. Ante o descumprimento da intimação referida no item 1, diz que a apuração dos débitos consignados no presente Auto de Infração, está de acordo com os procedimentos adotados, inteiramente respaldados na legislação tributária vigente no Estado da Bahia, que prevê o uso da figura da presunção. Afirma que a omissão de vendas foi quantificada em função de relatórios fornecidos por administradoras de cartões de débito ou de crédito e de notas fiscais coletadas junto ao sistema CFAMT (fls. 18 a 36 e 42 a 180).
5. Apresenta o entendimento de que se pode inferir que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas no artigo 39 do RPAF/99 (aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99), não incorrendo em qualquer violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do

contraditório, e que toda a ação fiscal se encontra devidamente alicerçada em demonstrativos e documentos fiscais. Acrescenta que as cópias de todas as peças insertas nos autos foram tempestivamente entregues ao autuado.

O autuante conclui dizendo que nenhuma razão existe para o inconformismo do sujeito passivo, ficando devidamente caracterizada a infração fiscal e o conseqüente prejuízo ao erário estadual. Para que se preservem os interesses do erário e se promova a justiça fiscal, pede a procedência do presente Auto de Infração.

Analisado em pauta suplementar do dia 06/06/2011, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (infração 01) e pela 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 (infração 02).

Nas razões de defesa, o autuado alegou que registrou pedido de baixa para o estabelecimento autuado, através do sistema sincronizado da Receita Federal e SEFAZ/BA, tendo como motivo a “Extinção, pelo encerramento da liquidação voluntária”. Diz que informou o “endereço de guarda da documentação contábil” que passaria a ser Avenida ACM, Nº 4009, Edf. Empire Center, Andar 3, Sala 306, Bairro da Pituba, Salvador-BA, CEP 40280-000, Tel. (71) 3375-0857.

Para comprovar a alegação defensiva, o autuado juntou ao presente PAF (fls. 193/194) cópia da Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica, indicando que houve pedido de baixa junto ao Ministério da Fazenda, contando também, o endereço onde se encontram guardados os documentos da empresa.

Quanto à baixa de inscrição estadual o art. 167 do RICMS/BA prevê como um dos motivos o encerramento das atividades do contribuinte, ainda que não tenha havido a extinção perante o órgão de registro, ficando estabelecido no § 3º deste mesmo artigo, que o contribuinte deverá indicar no pedido de baixa o local em que serão mantidos o estoque de mercadorias, os bens e os livros e documentos fiscais referentes ao estabelecimento.

No documento às fls. 06/07 do PAF, consta a informação de que a inscrição estadual do autuado encontra-se na situação de suspensão por processo de baixa, tendo como data de ocorrência para a situação do contribuinte 19/04/2010. Neste caso, os documentos e livros fiscais do estabelecimento autuado seriam encontrados no endereço indicado pelo contribuinte no pedido de baixa.

Na informação fiscal, o autuante disse que independente do local em que o contribuinte resolva armazenar os documentos fiscais, subsiste a obrigação de apresentá-los ao fisco quando regularmente intimado. Esgotadas as tentativas de obtenção da documentação fiscal, ao fisco não restou outra saída senão lançar mão de alternativas previstas em lei para fazer valer o direito de buscar a recuperação da receita tributária.

Conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, da intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Quanto ao Termo de Início de Fiscalização, o art. 28 do RPAF/99, estabelece:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”

De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, no Termo de Início de Fiscalização deve ser colhida a assinatura do contribuinte, ou em recibo, ou pelo menos, deve ser transcrito em livro próprio para que o sujeito passivo tome conhecimento de que está sob ação fiscal.

Em relação à intimação ao sujeito passivo acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, o art. 108 do RPAF/BA prevê que esta intimação, quando não for prevista de forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ficando estabelecido no § 1º deste mesmo artigo que a intimação poderá ser feita por edital quando não for obtido êxito a tentativa por via postal.

O autuante informou que o contribuinte foi intimado a apresentar a documentação fiscal alusiva ao período fiscalizado, por meio do edital de intimação de nº 32/2010 à fl.09 do PAF. Portanto, está comprovado nos autos que o início da ação fiscal ocorreu com a publicação do mencionado edital.

No caso em exame, não houve lavratura do Termo de Início de Fiscalização; não foi efetuada intimação pessoal ao contribuinte, tendo sido publicado edital de intimação, sem qualquer comprovação de que foi impossível intimar pessoalmente o autuado ou seu representante legal ou por via postal.

O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. No presente processo não se constatou incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Além do mencionado equívoco quanto ao início da fiscalização, não consta nos autos a comprovação de que foi fornecida ao contribuinte cópia do Relatório Diário Operações TEF, utilizado na apuração do débito da primeira infração. Quanto à segunda infração, de acordo com a descrição do fato, o imposto exigido foi apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. O débito foi apurado com base nos valores constantes nas Notas Fiscais de entradas colhidas junto ao sistema CFAMT, referentes aos exercícios de 2005 e 2007. Entretanto, a apuração efetuada apenas sobre as notas fiscais do CFAMT configura presunção de omissão de saídas e não foi constatada nos autos a totalidade das notas fiscais objeto da autuação, nem o demonstrativo apurando os valores totais considerados na apuração efetuada à fl. 15 do PAF. Tais fatos constituem cerceamento do direito de defesa também implicando nulidade do Auto de Infração.

Conclui-se que a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização e a intimação ao sujeito passivo foi efetuada por edital sem qualquer indicação quanto à impossibilidade de intimação pessoal ou por via postal.

É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão, a infração apontada.

Deve ser providenciado novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, apurando se existe imposto a ser recolhido pelo contribuinte.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210404.0041/09-3**, lavrado contra **NEXTOP COMÉRCIO IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 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 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA