

PROCESSO - A. I. Nº 210404.0041/09-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NEXTOP COMÉRCIO IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA. (NEXCOM)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0158-03/11
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0252-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração lavrado sem a devida intimação do contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JF nº 0158-03/11, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 210404.0041/09-3, lavrado em 23/12/2010, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$221.438,90, acrescido das multas de 70% e 100%, decorrente das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: 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 àquele 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 2: 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, tempestivamente, apresentou sua impugnação (fls. 185 a 187), tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe às fls. 824/825.

Em seguida, a 3ª JF dirimiu a lide administrativa posta à sua apreciação, assim se posicionando:

“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.”

Em face da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 3ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

Consoante descrito no relatório, apresenta-se como objeto do Recurso de Ofício sob comento a Decisão da 3ª JJF que julgou nulo o Auto de Infração epigrafiado, onde se cobra ICMS referente à omissão de saída de mercadorias tributáveis, tendo a irregularidade sido apurada por meio do confronto do levantamento de vendas com pagamento por cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela instituição financeira administradora de cartão de crédito (infração 1), bem assim pela falta de recolhimento do imposto, constatado por meio de arbitramento da base de cálculo, em decorrência da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil (infração 2).

Do exame da procedimentalidade, verifico que, efetivamente, a Decisão recorrida se apresenta irretocável, na medida em que, conforme relatado, corretamente acolheu as argumentações suscitadas pelo sujeito passivo, na linha de que não teve conhecimento da instauração da ação fiscal, tendo o próprio autuante, na sua informação de fls. 824/825, declarado que: “*O contribuinte foi regularmente intimado a apresentar a documentação fiscal alusiva ao período fiscalizado (fl.09)*”, entretanto, o que se observa é que o indicado documento de fl. 09 diz respeito ao Edital de Intimação nº 32/2010, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 23/24 de outubro de 2010.

Sucedendo que o artigo 108 do RPAF/BA, ao disciplinar os procedimentos necessários à intimação do contribuinte pelo fisco estadual, dispõe expressamente:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Nesse contexto, inexistindo, no caso concreto versado, qualquer elemento informativo capaz de comprovar não ter o autuante, antes da publicação do Edital, obtido êxito na intimação do autuado, por qualquer meio previsto na legislação invocada, consolidado posicionamento no sentido de que o autuante, ao instaurar a ação fiscal sem colher a indispensável assinatura do intimado, agrediu, de igual sorte, o dispositivo 28, incisos I e II, do RPAF (Decreto nº 7.629/99), culminando na ofensa ao princípio constitucional do cerceamento do direito de defesa do contribuinte, *verbis*:

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;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;
(...)

Logo, evitando delongas desnecessárias, em face da clareza com que se apresentam os fatos, isentos de dúvidas ou questionamentos a respeito, concordo integralmente com a Decisão da 3ª

JJF, porquanto presente a ocorrência de vício insanável, disso resultando a nulidade da acusação fiscal, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 3ª JJF, mantendo inalterada a Decisão recorrida, inclusive com a recomendação do estudo da conveniência de renovação do procedimento fiscal, isento de falhas, visando à cobrança do crédito tributário, se devido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **210404.0041/09-3**, lavrado contra **NEXTOP COMÉRCIO IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA. (NEXCOM)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS