

PROCESSO	- A.I. Nº 269616.0006/02-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DISTRIBUIDORA DE CEREAIS ALTO JEQUITIBÁ LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0466-04/03
ORIGEM	- IFEP METRO
INTERNET	- 13.02.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-12/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém dois vícios jurídicos que afetam a sua eficácia. O primeiro, diz respeito à ausência nos autos da intimação expedida pelos autuantes ao autuado para apresentar livros e documentos, cujo documento poderia ser substituído pela lavratura no livro competente do Termo de Início de Fiscalização, o qual também não consta nos autos. Já o segundo, relaciona-se com a imputação feita pelos autuantes de falta de recolhimento do imposto retido, quando restou comprovado nos autos que não houve qualquer retenção por parte do autuado nas operações que realizou. Irretocável a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado NULO o Auto de Infração referenciado, lavrado em 20/06/2002, exigindo o ICMS no valor de R\$608.715,31, em razão do não recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado, em sua defesa, alegou a nulidade do lançamento fiscal, por falta de clareza e liquidez, com base no art. 18, incisos II e IV, do RPAF/99, e por cerceamento do direito de defesa, além do que a infração não está caracterizada.

Salientou que a ação fiscal também é nula, porque não foi observado o devido processo legal, tendo alinhado os seguintes pontos:

“1. Que a ação fiscal deveria ter sido iniciada através de uma das hipóteses prevista no art. 26, do regulamento acima citado, o que não ocorreu conforme:

- a) não foi feita qualquer intimação por escrito para apresentação de livros e documentos;*
- b) não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização;*
- c) o Termo de Início de Fiscalização não poderia ter sido dispensado, porque não está sendo exigido o pagamento de tributo nas condições previstas no art. 29, do RPAF/99;*
- d) o Termo de Encerramento de Fiscalização não foi transcrito no livro fiscal competente, nem anexada a cópia ao Auto de Infração, conforme determina o parágrafo único do art. 30, do RPAF/99;*

2. *Que foi acusado de não apresentação de notas fiscais e/ou comprovantes de recolhimentos relativos às aquisições de cerveja e indaga: Como poderia ter apresentado se sequer foi intimado para tal?*

3. *Que foi acusado de não ter recolhido o ICMS retido, sem que ficasse provado que fez qualquer retenção, oportunidade em que fez as seguintes indagações:*

- *Como poderia ter deixado de recolher um imposto que sequer reteve?*

- *Como poderia reter imposto se, nas condições que opera, não está obrigado a efetuar qualquer retenção?”*

Os autuantes, ao prestarem a sua informação, esclareceram que a ação fiscal levantou operações de vendas de produtos sujeitos à substituição tributária (cerveja), com base em arquivos magnéticos do SINTREGRA e de relatório elaborado pela Coordenação de Inteligência Fiscal, onde foram historiados os fatos relacionados às investigações em torno do autuado.

Face os autuantes haverem anexado novos documentos aos autos quando prestaram a sua informação fiscal, ao contribuinte foram encaminhadas cópias dos referidos documentos e reabrindo-lhe o prazo de defesa em trinta dias.

Em nova intervenção, o autuado disse que o autuante recebeu o PAF para prestar a sua informação fiscal em 19/08/2002, porém, só o devolveu em 03/06/2003, quase um ano depois, fato que contraria o disposto no art. 127 do RPAF/99, o qual prevê o prazo de vinte dias para o seu atendimento.

Apresentou suas razões quanto aos fatos trazidos pela informação fiscal, reiterando, ao final, a arguição de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes tiveram nova oportunidade de prestar esclarecimentos.

O Ilustre relator da 4ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência à IFEP, solicitando que fossem anexados aos autos as intimações expedidas ao autuado para apresentação de livros e documentos fiscais e, a título de amostragem, cópias das notas fiscais emitidas pelo autuado, através das quais fique provada a retenção do ICMS e o seu não recolhimento à Fazenda Estadual.

Cumprida a diligência, os autuantes anexaram aos autos parte dos documentos solicitados.

Por sua vez, o autuado disse que os documentos anexados pelos diligentes não possuem o condão de alterar os rumos do processo, os quais apenas ratificam as suas razões defensivas.

O relator da Decisão recorrida em seu voto ressaltou que o presente lançamento fiscal renova procedimento fiscal anteriormente lavrado, que fora julgado Nulo pela 3ª JJF, cuja decisão foi mantida pela 1ª CJF deste Conselho.

Aduziu que na ação fiscal anterior, os autuantes imputaram ao contribuinte a seguinte infração:

“Débito apurado com base nas saídas constantes dos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte. Foram abatidos os créditos correspondentes à denúncia espontânea, GNR, antecipações e crédito ICMS na aquisição de mercadorias conforme notas fiscais de entradas apresentadas pela fiscalização de trânsito e pela CINFI”.

Prestadas essas informações, o posicionamento do ilustre relator foi o seguinte:

I - Embora a diligência a pedido deste relator e acatada pelos demais componentes desta 4ª JF para sanear o PAF tenha sido atendida parcialmente, os documentos anexados pelos autuantes (Termos de Apreensão de Livros e Documentos e de cópias de notas fiscais de vendas emitidas pelo autuado), em meu entendimento, não são suficientes para respaldarem a autuação;

II - Em relação aos Termos de Apreensão observei que foram lavrados nos exercícios de 2000 e 2001, sendo que no último consta como sendo emitido no dia 11/06/2001, nos quais estão consignados que as apreensões se destinavam a posteriores averiguações, não tendo, portanto, qualquer vinculação com a presente autuação, ocorrida em 20/06/2002;

III - No tocante às notas fiscais de emissão da empresa juntada a título de amostragem, verifiquei que em nenhuma delas consta qualquer retenção do ICMS por parte do autuado nas vendas que realizou, o que cai por terra a acusação imputada de falta de recolhimento do referido imposto;

IV - Ao se defender da acusação o autuado, argüiu, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, por inobservância do devido processo legal, devido à ausência nos autos da intimação feita à empresa para apresentação de livros e documentos e da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, para documentar a ação fiscal;

V - De acordo com o disposto no art. 26, do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento, exhibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar o recolhimento de tributo;

IV - emissão do Auto de Infração ou Notificação Fiscal.

VI - Além das regras acima, o art. 28, do regulamento antes citado, prevê que 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 à 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 intimar o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto no sentido de prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização;

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

IV - ...

§ 1º - O Termo de Início de Fiscalização será válido por 60 (sessenta dias), podendo ser prorrogado por iguais períodos consecutivos mediante comunicação escrita da autoridade fiscalizadora ao sujeito passivo, sendo que, esgotado o prazo de que cuida este parágrafo e não sendo o mesmo prorrogado, poderá o contribuinte recolher os seus débitos espontaneamente, enquanto não for lavrado novo termo de início.

Ressalto que os autuantes, em sua última intervenção no PAF, aduziram que diligenciaram junto ao estabelecimento matriz do autuado situado no Estado de Rio de Janeiro, bem como no Estado de São Paulo, onde está centralizada a sua contabilidade, no sentido de obter os livros e documentos fiscais, no entanto, não lograram êxito em suas tentativas, tampouco, anexaram aos autos as intimações que foram pelos mesmos expedidas a empresa.

Levando em consideração os fatos acima, entendo que a infração imputada ao autuado não subsiste, e, com fulcro no art. 18, II e IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), julgo NULO o Auto de Infração.

VOTO

Entendo irretocável o Julgamento prolatado pela Primeira Instância, pois verifico que o ilustre relator fundamentou sua Decisão na diligência efetuada ao constatar que os documentos anexados pelos autuantes – Termos de Apreensão de Livros e Documentos e de cópias de notas fiscais de vendas emitidas pelo autuado -, não eram suficientes para respaldar a autuação.

Eis que os Termos de Apreensão foram lavrados nos exercícios de 2000 e 2001, o último em 11/06/2001, não podendo vinculá-los à presente ação fiscal, realizada em 20/06/2002.

Quanto às notas fiscais de emissão da empresa autuada, juntadas pelos diligentes, verifica-se que em nenhuma delas consta qualquer retenção de ICMS por parte do emitente nas vendas realizadas, o que anula a acusação imputada de falta de recolhimento do referido imposto.

Por outro lado, os diligentes não anexaram aos autos as intimações para apresentação de livros e documentos, o que poderia constar do Termo de Início de Fiscalização, como este também não se encontra nos autos, vicia juridicamente a ação fiscal.

Esses são, em síntese, os fatos que levaram os Julgadores da Primeira Instância ao entendimento de que a infração imputada ao autuado não subsiste, e, com fulcro no art. 18, II e IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), julgar NULO o Auto de Infração.

Assim, por concordar inteiramente com a Decisão recorrida, no sentido de considerar NULO o presente Auto de Infração, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 269616.0006/02-7, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE CEREAIS ALTO JEQUITIBÁ LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Dezembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS