

A I N° - 206921.0007/01-8
AUTUADA - DEPÓSITO DE MATERIAIS PARA CONTRUÇÕES ABAETÉ LTDA
AUTUANTE - MARCUS VINICIUS BADARO CAMPOS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 13.05.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO N° JJF 0156-01/03

EMENTA - ICMS. NULIDADE. VÍCIOS DE PROCEDIMENTO. A
autuação contém vício jurídico que afeta a sua eficácia.
Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/01, faz exigência do imposto no valor de R\$70.288,62, acrescido da multa de 60%, decorrente da falta de recolhimento do imposto sobre mercadorias constantes do estoque final, quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento autuado.

O autuado (fl. 87/97), inicialmente, fez breve comentário acerca dos equívocos processuais que entendeu cometido pelo autuante, citando os requisitos imprescindíveis á validar um Auto de Infração, determinado pelo art. 39 e inciso do RPAF/99 e o art. 5º, LV da Constituição Federal, acerca dos direitos e garantias assegurados aos contribuintes, notadamente os da ampla defesa. Disse que uma defesa somente poderia ser exercida com a necessária segurança, quando a acusação estiver formulada de maneira cabal e “insusceptível de ilações dúbias”. Assim, o princípio da tipicidade é requisito imperativo em qualquer acusação, sob pena de nulidade. Tampouco se poderia conceber omissões ou equívocos na capitulação legal da infração e da penalidade, vez que ao citar os dispositivos regulamentares tidos como infringidos de forma completamente desordenada e sem guardar qualquer seqüência lógica com a descrição dos fatos a que se referem (exemplo: art. 125, VI do RICMS/BA, não aplicável ao caso), estaria cerceando o seu direito de defesa. Acrescentou, ainda, que houve alusões a inúmeros dispositivos que não guardavam correlação alguma com os fatos apontados na peça de acusação e que não permitiam identificá-los de forma clara, como exemplo os arts. 50 e 51 do citado Regulamento, sem citações a qualquer dos seus incisos e/ou parágrafos.

Prosseguindo, observou que este Colegiado, sistematicamente, vem decretando a nulidade de todos os processos onde não fique estabelecida, de forma clara e precisa, a indispensável correspondência entre a infração e a acusação, bem como, onde tenha havido erro na capitulação da infração.

Em seguida, apontou outros erros no procedimento fiscal, como a seguir descrito:

1. não constava no seu livro RUDFTO a lavratura do “Termo de Início de Fiscalização”, na forma prevista do RPAF/Ba.
2. o Termo de Início de Fiscalização não foi assinado pelo representante legal da empresa, o que o tornava impróprio para validar o início do procedimento fiscal.

3. os livros e documentos fiscais arrecadados pelo preposto fiscal, em 24/09/2001, referiram-se tão somente aos exercícios de 1996 a 1998. No Auto de Infração é indicado como período fiscalizado o de “01/01/1996 a 30/08/2000”.
4. não foi fornecido qualquer levantamento ou demonstrativo que pudesse explicitar, com segurança, a metodologia de cálculo através da qual se chegou ao valor do débito apurado. Este procedimento seria indispensável uma vez que possuía estoques de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (tintas, cimento, blocos, etc). Observou que os cálculos foram feitos diretamente no corpo do Auto de Infração, sendo que na página 7 dos autos, apenas, constava o “Demonstrativo do Estoque Final de Mercadorias”, sem assinatura do preposto fiscal e sem a indispensável ciência da empresa, o que o invalidava, nos precisos termos da legislação.
5. a intimação dando ciência da lavratura do Auto de Infração foi feita depois de decorrido mais de 30 dias, visto que o auto foi lavrado em 30/09/01 e somente intimado em 06/11/01. Além do mais, esta intimação não foi feita a nenhum dos seus sócios, nem qualquer preposto que estivesse regularmente autorizado para tanto.
6. o Auto de Infração/Termo de Encerramento foi colado em cima do Termo de Início de Fiscalização (fl. 45 do RUDFTO) e do Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 45-verso), de fiscalização anterior, realizada pelo Auditor Fiscal José Arnaldo Brito Moitinho, quando do pedido da baixa de inscrição do estabelecimento autuado, o que lhe privava de exibi-la, pois peça fundamental de sua defesa, já que a questão nela abordada era, precisamente, o objeto da presente lide, ou seja, ICMS sobre estoque final na transferência de propriedade do estabelecimento comercial. Na ocasião, após discussão com aquele preposto fiscal e a Supervisão da Infaz do Iguatemi concluiu-se pela inocorrência do fato gerador do ICMS e o conseqüente deferimento ao seu pedido de baixa. Salientou que o livro RUDFTO encontrava-se em seu poder e poderia, a depender da autoridade julgadora, ser acostado ao PAF a qualquer momento.
7. como a empresa já havia sido fiscalizada em processo de baixa de inscrição estadual (nº 106.154/00), na forma acima descrita, e a Secretaria da Fazenda optou por revisá-la (Ordem de Serviço nº 512492/01). Porém, nos termos do Regimento Interno da SEFAZ/Ba esta fiscalização não mais poderia ser desenvolvida por auditor fiscal vinculado a SAT/Infaz do Iguatemi por caracterizar-se como uma espécie de revisão fiscal, mas sim pela equipe de auditores da Auditoria Geral do Estado - AGE, responsáveis pela Coordenação de Auditoria Interna (art. 7, III do citado Regimento), com Ordem de Serviço especial.
8. que se somasse a tudo, o fato de que tentou, em vão, obter junto à Infaz do Iguatemi, cópia do Processo de Baixa de Inscrição em tela, bem como o de seu depósito fechado (nº 106.153/00), ficava demonstrado, de forma inquestionável, o total cerceamento ao direito de sua defesa.

No mérito, informou que, em 21/08/00, a empresa Depósito de Materiais para Construções Abaeté LTDA, protocolou, junto à Infaz Iguatemi, o seu pedido de baixa de inscrição. Nesta mesma data, em uma “operação casada”, foi protocolado o pedido de inscrição estadual da empresa Ferragens Abaeté LTDA, que teve sua inscrição estadual deferida em 23/08/00, sob nº 53.657.086-NO, passando a operar, a partir daquela data, no mesmo local e desenvolvendo a mesma atividade da sua antecessora, ou seja, o comércio varejista de materiais de construção. Nesta circunstância, locou o imóvel para a nova empresa e emitiu nota fiscal transferindo, àquela, a totalidade dos seus estoques, no valor de R\$366.891,83, com a não incidência do imposto, na forma prevista na legislação tributária aplicável ao caso. Observou que os sócios da nova empresa são seus filhos que continuaram a

desenvolver a mesma atividade. Que, quando de sua baixa de inscrição, não possuía nenhuma pendência fiscal, o que provava a não utilização, nesta transferência, de qualquer meio escuso, com utilização de sócios “laranjas”, ou mesmo “fantasmas”.

Prosseguindo, advogou que na operação de transferência não se configurava a hipótese de incidência do ICMS. Nesta linha de raciocínio, citou a Lei nº 7.014/96, o RICMS/Ba e opinião do jurista Hugo de Brito Machado.

Entendeu insubsistente a autuação por fundamentos de fato e de direito.

O autuante (fl. 175), com base no teor da defesa apresentada pelo contribuinte, ratificou a ação fiscal e apresentou as seguintes considerações:

1. o autuado alegou que houve transferência da propriedade do estabelecimento para os seus filhos, sócios da nova empresa - Ferragens Abaeté Ltda, que passou a funcionar no local e no mesmo ramo de atividade. Se esta afirmativa fosse verdadeira, seria necessária a apresentação da documentação produzida em cartório, comprovando a transferência da titularidade (doação; compra-e-venda; etc), e ainda, a contemplação da sucessão no contrato social da sucessora, para que pudesse produzir todos os efeitos jurídicos, inclusive a co-responsabilidade tributária pelas obrigações da firma anterior, o que não aconteceu;
2. entendeu que a empresa anterior poderia transferir a sua titularidade sem a necessidade de fiscalização prévia, nem tampouco, de pagar o ICMS do seu estoque nesta ocasião, caso requeresse uma simples alteração de sócios;
3. porém como requereu a baixa de sua inscrição, a única maneira para elidir a ação fiscal seria a de pagar o ICMS sobre o seu estoque final, ou aplicando o TVA, como ocorreu através do Auto de Infração, ou ainda, vendendo a terceiros ou transferindo para outro estabelecimento da própria empresa os estoques, todas as situações hipóteses de incidência do ICMS.

VOTO

É necessário, em primeiro lugar, analisar as preliminares de nulidade trazidas pelo defendente.

Não prevalece o argumento de defesa de que a infração apurada não está perfeitamente descrita no corpo do Auto de Infração. Lá, claramente, está exposta que a irregularidade constatada se trata da falta de recolhimento do imposto sobre os estoques finais quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento.

As disposições legais infringidas e a referente à multa aplicada estão corretamente consignadas no Auto de Infração. A descrição do fato, como acima indicado, esclareceu de maneira efetiva todos os dispositivos legais ditos infringidos, não sendo necessária a transcrição, no corpo do Auto de Infração, das suas determinações. Se não foram indicados alguns incisos, no caso o exemplo dado pelo impugnante, o art. 51 e 52 do RICMS/97, apenas se refere à alíquota aplicada. E, no caso do art. 125, VI do citado Regulamento, corretamente citado e aplicado, pois trata da obrigação do pagamento do imposto sobre os estoques finais quando do pedido de baixa da inscrição estadual no ato de encerramento da atividade do estabelecimento.

O art. 39, IV do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) estabelece que no Auto de Infração deve ficar esclarecido que o contribuinte tem prazo de 30 dias para pagar ou impugnar a ação fiscal, com a indicação das

situações em que o débito poderá ser pago com a redução da multa aplicada. Esta obrigação da lei consta do procedimento fiscal (fl. 4), pois é necessário preservar o prazo de 30 dias para pagamento ou impugnação da ação fiscal após sua ciência. Este procedimento foi preservado. A ciência do Auto de Infração se deu em 06/11/01 e a defesa foi apresentada em 03/12/01.

A não entrega do levantamento elaborado pelo autuante e da cópia do processo de baixa da empresa requerida pelo contribuinte à Repartição Fiscal, bem como, a falta da lavratura do “Termo de Início de Fiscalização” no livro RUDFTO são procedimentos que devem ser rigorosamente observados, porém não inquinam o Auto de Infração à nulidade. Medidas saneadoras devem ser tomadas em obediências as determinações legais, que deixo de requerê-la tendo em vista meu convencimento sobre o desfecho da lide.

Igualmente sanável a data de ocorrência do fato gerador do imposto indicada erroneamente no corpo do Auto de Infração, uma vez que os livros e documentos arrecadados se referiram aos exercícios de 1996 a 1998 e não ao ano de 2000. Estando comprovado que o período fiscalizado àqueles exercícios se referiam, este fato seria corrigível, sendo devolvido ao contribuinte o prazo de defesa em sua totalidade.

Se, acaso, o autuante colou em cima de uma anterior fiscalização, no livro RUDFTO do impugnante, o Termo de Encerramento da sua fiscalização, esta é uma grave acusação que deveria ter sido acompanhada de provas, pois o fato poderia ensejar medidas disciplinares. Como não ficou provado, acorde art. 123 do RPAF/99, e como o autuante não se pronunciou a respeito do assunto, não teço maiores comentários, observando, apenas, que não é ensejadora da nulidade do Auto de Infração. Esclareço, por oportuno que, na assentada de julgamento, o representante do autuado apresentou o livro RUDFTO. Lá, de fato, consta colado, as fls. 45 e 45 verso, o Auto de Infração/Termo de Encerramento de Fiscalização. À fl. 45, como parte da cola se depreendeu, verificasse-se que o papel colado sob a cópia do Auto de Infração, diz respeito ao Termo de Início de Fiscalização realizado pelo auditor fiscal citado pelo impugnante em 05/02/02 e referente ao pedido de baixa de inscrição da empresa. À fl. 45 - verso, não se consegue identificar o documento sob a cópia do Auto de Infração/Termo de Encerramento de Fiscalização.

Pela descrição dos fatos ocorridos, não contestado em qualquer momento pelo preposto fiscal, a presente autuação decorreu de uma revisão de lançamento realizada pela Inspetoria Fiscal do Iguatemi, quando ficou constatada que na fiscalização anterior, quando do pedido de baixa de inscrição do autuado, não foi apurado o imposto dos estoques finais de mercadorias, pois na ocasião, volto a frisar que me baseio nas afirmativas do impugnante, pois não contestadas pelo autuante, tais estoques poderiam ser transferidos sem incidência do imposto já que repassados para empresa sucessora do estabelecimento autuado. Ou seja, o contribuinte foi fiscalizado tendo em vista o pedido de baixa da sua inscrição estadual e houve a homologação, sem Auto de Infração, dos lançamentos efetuados e a baixa foi deferida. Observo, neste momento, que o ICMS é imposto submetido ao regime de lançamento por homologação. Quando um exercício é fiscalizado e homologado, os lançamentos a ele concernentes estão confirmados, pois este procedimento constitui requisito de segurança ao sujeito passivo tributário. A renovação da fiscalização somente poderá ocorrer em situações excepcionais, diante de inequívoca sonegação, sob pena de ofensa à segurança jurídica. Portanto, diante dos termos do art. 156, VII do CTN extingue-se o crédito tributário com a homologação do lançamento. Apenas faço a observação de que, ao contrário do que entendeu o impugnante, procedimento fiscal não é realizado pela Auditoria Geral do Estado – AGE, órgão que tem por objetivo o controle interno do Poder Executivo. As diligências e perícias por ele realizadas são exclusivamente no seu âmbito. As diligências e revisões de fiscalizações realizadas

externamente ao citado poder, ou seja, o contribuinte, é de competência exclusiva dos auditores fiscais que estejam exercendo suas atividades à verificação da “ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.” (art. 142 do CTN). Portanto, cabe à Inspetoria Fazendária realizar procedimentos fiscais, dentro das determinações legais, não tendo qualquer cabimento aventar as determinações contidas no Regimento Interno da Secretaria da Fazenda.

Por fim, devo me pronunciar a respeito do fato do “Termo de Início de Fiscalização” e da ciência do Auto de Infração não terem sido assinados pelos representantes legais da empresa ou de algum preposto seu.

Em uma fiscalização de estabelecimento, o art. 26, II e III, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) determina que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Ou seja, obrigatoriamente, sob pena de cerceamento do pleno direito de defesa, deve o contribuinte estar ciente do início do procedimento fiscal. Neste contexto, necessário se torna observar qual o objetivo da ação fiscal e como ela foi realizada.

O Auto de Infração cobra imposto decorrente da falta de seu recolhimento sobre mercadorias constantes do estoque final, quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento autuado. Ou seja, o contribuinte ao encerrar suas atividades transferiu, sem incidência do imposto, as mercadorias existentes para outro estabelecimento, cujos proprietários eram seus filhos e que no mesmo local restaram estabelecidos, entendendo que ficou caracterizada a sucessão do negócio, o que foi contestado, neste momento, pela Secretaria da Fazenda.

O autuante intimou o contribuinte para apresentação dos livros e documentos fiscais. Porém quem recebeu esta intimação foi o proprietário do outro estabelecimento comercial que começou a funcionar no mesmo local daquele que pertencia ao autuado. Da mesma maneira, o Auto de Infração não foi entregue ao autuado e sim ao proprietário do novo estabelecimento. Ora, pergunto, se a Secretaria da Fazenda entende que não existiu sucessão, como pode realizar a fiscalização intimando contribuinte alheio ao negócio? O fato dos novos proprietários serem filhos dos legais proprietários da empresa autuada, e estes terem entregado documentação dos pais pertencentes, não caracteriza a obediência à norma regulamentar, ou seja, a intimação do início da fiscalização e a ciência do Auto de Infração devem, obrigatoriamente, serem entregues e assinadas pelo autuado ou seu representante legal.

Dessa maneira, entendo que ocorreu a intimação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária para dar início ao procedimento fiscal, sendo desnecessário adentrar-se ao mérito da questão, razão pela qual voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, II, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206921.0007/01-8**, lavrado contra **DEPÓSITO DE MATERIAIS PARA CONTRUÇÕES ABAETÉ LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente 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, 07 de maio de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR