

A.I. Nº - 017585.1201/01-4
AUTUADO - SOS CONSULTORIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - GEDEVALDO SANTOS NOVAES
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 13.11.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0439/01-03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INCERTEZA QUANTO A NATUREZA DO FATO. A acusação não se trata de imposto lançado e não recolhido. O órgão Julgador não pode mudar o fulcro da autuação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2001, reclama ICMS no valor de R\$20.746,00 acrescido da multa de 70%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado (fl. 25 a 26) em defesa, preliminarmente, informou que embora seja inscrito no cadastro de contribuintes desta SEFAZ, exerce suas atividades basicamente na prestação de serviços de intermediação de mão-de-obra, não implicando, dessa forma, em circulação de mercadoria ou mesmo prestação de serviço que caracterizem o fato gerador do ICMS.

Prosseguiu afirmando que as aquisições, realizadas através das notas fiscais que embasaram o lançamento fiscal, foram compras para seu ativo imobilizado, não tendo caráter de habitualidade. Trazendo à lide as determinações contidas no art. 10 § 2º do regulamento, entendeu não ser contribuinte do ICMS, não podendo sofrer as sanções a ele imputadas. Requereu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ratificou a ação fiscal com base nos seguintes argumentos (fls. 29 a 30):

1. Analisando o Contrato Social da empresa, denota-se que o autuado pode exercer a atividade de indústria de pré-moldados de cimento e o comércio;
2. Quando das aquisições das mercadorias, o contribuinte encontrava-se com sua inscrição estadual cancelada;
3. Segundo informações colhidas junto a fontes que merecem fé, as mercadorias adquiridas (01 caminhão carreta, drivers, auto falantes, etc) serviram para montar um trio elétrico, que nada tem a ver com a atividade da empresa;
4. Por fim, mesmo sendo apresentada em tempo hábil, a defesa foi assinada por pessoa sem legitimidade a fazê-la.
5. O Auto de Infração estava embasado nas determinações contidas na legislação tributária estadual.

Diante dos argumentos apresentados pelas partes envolvidas, esta JJF, em pauta suplementar, decidiu baixar os autos em diligência à Repartição Fiscal para (fl. 35):

1. Que o autuante comprovasse que a defesa foi apresentada por pessoa sem legitimidade para postular perante este CONSEF;
2. Que fosse dada ciência ao sujeito passivo tributário do exato teor da informação prestada pelo autuante (fls. 29 a 30 do PAF), fornecendo-lhe, no ato, cópia da mesma, a fim de que, querendo, comentasse os fatos narrados pelo autuante, e que explicasse se de fato os materiais se destinavam à confecção de um trio elétrico. Em caso positivo, comprovasse se este trio elétrico foi feito para integrar o seu ativo imobilizado ou se foi encomenda de terceiros.

Foi reaberto prazo de defesa de 30 dias.

O autuante ratificou seu posicionamento quanto à ilegitimidade do Dr. Oziel Bonfim da Silva para postular em favor do autuado, uma vez que pela análise do Contrato Social da empresa, este assinava como testemunha de sua constituição (fl. 13) o que não lhe credenciava à representá-la.

Quando a Inspeção convocou o contribuinte para tomar ciência do teor da nova informação fiscal (fl. 42), este apresentou procuração (fl. 45), não se manifestando quanto ao teor da posição do preposto fiscal.

Esta JJF novamente baixou os autos em diligência, com o mesmo teor da anterior referente a ciência do contribuinte, uma vez que ao se analisar a intimação feita ao sujeito passivo pela Repartição Fiscal esta não se encontrava conforme o solicitado, ou seja, apenas intimava o contribuinte a comparecer à Inspeção para conhecer o teor da informação fiscal e que o prazo para nova manifestação seria de 10 dias. Também solicitou que o Inspetor Fazendário determinasse que auditor fiscal examinasse, *in loco*, a natureza operacional do estabelecimento de modo a ficar esclarecido se o autuado era ou não contribuinte do ICMS, com base na orientação dos art. 541 e 542 do RICMS/97 (fl. 48).

Sendo atendida a solicitação deste CONSEF, o autuado manifestou-se ratificando seus anteriores argumentos, ou seja, não ser contribuinte do ICMS e que os bens foram adquiridos para compor seu ativo imobilizado (fl. 54). O próprio autuante cumpriu o que foi solicitado ao Inspetor Fazendário dando a seguinte informação (fl. 56):

1. A empresa estava cancelada desde setembro de 1997, por não estar funcionando.
2. Inclusive nunca havia começado suas atividades no local, conforme informações colhidas junto aos moradores no endereço indicado. Para corroborar esta afirmativa, juntou fotos onde supostamente teria funcionado a empresa.
3. Diante do exposto, não conseguia vislumbrar como sustentar o argumento de defesa que as mercadorias foram adquiridas para compor seu ativo imobilizado.

VOTO

Inicialmente observo que a irregularidade quanto a pessoa que apresentou a defesa do contribuinte foi sanada. Aos autos foi apensada outorga do autuado ao Sr. Oziel Bonfim da Silva, que passou a ser pessoa legítima a representá-lo.

O Auto de Infração reclama ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Para embasar a irregularidade apurada, o autuante anexou aos autos o Termo de Intimação para Apresentação de livros e Documentos Fiscais, Demonstrativo das Notas Fiscais não Escrituradas no livro Registro de Entradas, Relação do CFAMT e as Notas Fiscais neste sistema colhidas bem como cópias de primeiras vias.

O autuado ao se defender alegou que embora inscrito nesta Secretaria da Fazenda não era contribuinte do ICMS, pois empresa prestadora de serviços intermediários de mão-de-obra e que as mercadorias foram adquiridas para compor seu ativo imobilizado. O preposto fiscal apresentou cópia do Contrato Social do impugnante, onde entre suas atividades de encontrava a de indústria de pré-moldados. Além do mais, as mercadorias tinham sido adquiridas para confecção de um trio elétrico (equipamentos para som, caminhão, tintas).

Esta Junta de Julgamento Fiscal, em fase de instrução processual e diante das determinações contidas no art. 541 e 542, do RICSM/97, vez que o sujeito passivo mesmo somente exercendo atividade de prestação de serviço poderia realizar operações com incidência do ICMS, buscou maiores informações. Para isto, solicitou que fiscal (no caso o próprio autuante) visitasse o estabelecimento autuado para que qualquer dúvida fosse sanada.

Com a informação trazida pelo autuante, inclusive com fotos do local onde o autuado dizia estar estabelecido, sem adentrar no pedido feito, e diante da infração apurada decido a lide.

O autuado estava com sua inscrição estadual cancelada desde setembro de 1997, inclusive nunca exerceu suas atividades no local indicado por ele próprio à esta Secretaria da Fazenda. Nesta condição não poderia adquirir qualquer mercadoria através de sua inscrição estadual, inclusive com alíquota interestadual como feito em 2000 e 2001, uma vez que a legislação tributária o caracteriza como clandestino, ficando sujeito as penalidades nela previstas (art. 191 do RICMS/97). Afora que as mercadorias são consideradas em situação irregular e o imposto é devido por antecipação tributária na primeira repartição fazendária por onde transitarem, conforme disposições do art. 125, II (a, combinado com o art. 426 do RICMS/97, cabendo ao autuado seu recolhimento, ao teor do art. 39, V do RICMS/97).

Nesta circunstância e analisando o levantamento realizado pelo autuante, o imposto assim foi apurado. Porém existe um erro formal nos autos que o leva a nulidade, pois a infração foi indicada como falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas e não a cobrança do imposto por antecipação tributária, pelo fato da inscrição estadual do autuado encontrar-se cancelada perante esta SEFAZ. Ou seja, foi apurada a antecipação tributária e cobrado o imposto por presunção. Mais ainda, esta presunção embora possa se cogitar, não foi especificada na autuação. O infração conforme indicou o preposto fiscal poderia levar a aplicação de multa acessória, de 10% ou 1% conforme o regime de enquadramento que estejam submetidas as mercadorias cujas aquisições não foram escrituradas.

Pelo exposto, voto pela nulidade do lançamento fiscal, com base no art. 18, II e IV, a, do RPAF/99, solicitando que se proceda a uma nova fiscalização visando resguardar os interesses do Erário baiano, se for o caso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **017585.1201/01-4**, lavrado contra a empresa **SOS CONSULTORIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de novembro de 2003

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR