

A. I. N° - 100303.0010/06-3
AUTUADO - SYLVIO GOMES SCHUFFNER
AUTUANTE - MARGARET SAMPAIO BARBOSA LUCAS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27/02/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-05/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. O Auto de Infração foi lavrado antes de se ter iniciado de forma legal à ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/08/06, exige ICMS no valor de R\$151.783,33, acrescido das multas de 50% e 70%, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) – R\$1.160,00;
- 2 – Recolheu a menos o ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) – R\$1.135,00;
- 3 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) – R\$2.069,96;
- 4 – Recolheu a menos o ICMS na condição Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) – R\$924,98;
- 5 – Omitiu saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada – R\$71.764,33;
- 6 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$ 68.665,76;
- 7 - Recolheu a menos o ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$6.063,30.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação, às fls. 218 a 229, inicialmente descrevendo as infrações imputadas no presente PAF, bem como os respectivos enquadramentos legais.

Como preliminar de nulidade cita o art. 18 incisos I, II, III e IV, e o art. 26 do RPAF/99, dizendo que o início do procedimento fiscal ocorre no momento da Intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Acrescenta que o art. 28 do mesmo diploma legal dispõe sobre a necessidade do Termo de Intimação para Apresentação de livros e documentos e aduz que o Auto de Infração foi lavrado antes da data da intimação. Entende que tal procedimento macula irremediavelmente a autuação, pois implica em descumprimento das normas do RPAF. Diz que embora a autuante descreva que foram emitidas as Intimações por AR's em 20/07/2006 e Publicado Edital de Intimação

em 03/08/06, o autuado só teve conhecimento da intimação para apresentar os elementos ali relacionados três dias depois do lançamento já formalizado.

Quanto à infração 05, também argüi sua nulidade, afirmando que não há elementos suficientes para caracterizar a presunção da "omissão de saídas apurada através de suposto suprimento de caixa de origem não comprovada". Alega que o "relatório" intitulado: Demonstrativo das Fontes e das Aplicações de Recursos informa os valores das operações pelo total atribuído aos exercícios verificados, quando deveria ser dado o tratamento ao procedimento na apuração mensal, com base no art. 114, do RICMS-Ba, em vigor. Considera a cobrança dupla do imposto sobre um mesmo período de apuração e sobre o mesmo fato gerador, porque na época era optante do SimBahia.

No mérito, diz que não procede a autuação no tocante às infrações 06 e 07, pois ao exigir o regime normal como forma de apuração do imposto pressupõe-se que ali foi mensurado todo o quantum devido pelo contribuinte, dado ao princípio da não cumulatividade do tributo, isto é, foram apurados débitos e deles destacados os respectivos créditos fiscais, conforme orienta o art. 114 do RICMS. Justifica que realizou recolhimentos a título de antecipação parcial, bem como a título de diferimento pelas entradas de mercadorias (sucatas de fios), e que os mesmos não foram deduzidos dos saldos devedores apurados pela autuante (apresenta uma relação dos pagamentos às fls. 224 a 228). Diz que como não foram recolhidos e também não houve dedução dos saldos devedores, a sua exigência caracteriza dupla tributação, pois esses valores já estão contidos nos aludidos saldos devedores objeto do lançamento de ofício, não obstante remanesça o direito da Fazenda Pública de cobrar a multa prevista no art. 915 II, alínea "d" do RICMS, pela falta de recolhimento da antecipação parcial.

Ao final, solicita a nulidade da autuação ou sua improcedência, outrossim, caso não seja declarado nulo, nem improcedente, requer que o processo seja convertido em diligência, a fim de que outro fiscal apure os valores devidos mês a mês, tendo em vista que houve recolhimento de antecipação parcial de imposto.

A autuante, em informação fiscal, às fls. 241 a 245, quanto as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva, diz que estudando os artigos mencionados, entende que o lançamento só poderia ser considerado nulo se não fosse possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito. Aduz que a peça inicial classifica as infrações que estão documentadas às fls. 01 a 213. Acrescenta que eventuais incorreções ou omissões, e a não observância de exigências meramente formais, não acarretam a nulidade do Auto de Infração, por serem consideradas passíveis de correções com reabertura do prazo de defesa ao sujeito passivo.

Esclarece, ainda, que lavrou o Termo de Início de Fiscalização (fls. 10), onde relata que após diligência "in loco" em 04/07/2006 (fls. 25 a 28), em contato com a vizinhança, foi informada que a empresa não exercia suas atividades comerciais no local, e que, diante disso, intimou o autuado e o sócio, Sr. Sylvio Gomes Schuffuer, através de AR's em 20/07/2006 (fls. 11 a 17), e Edital de Intimação nº 030/2006, publicado no DOE em 03 /08 /2006 (fls. 18). Explica que quando foi lavrar o presente lançamento constatou que o autuado havia alterado o endereço em 12/07/2006, para a Rua Dr. João Mangabeira, 1260-A - Brasília, neste município (fls. 20 a 24), e que então, fez contato com o Contador por telefone, expedindo uma nova Intimação em 21/08/2006 (fls. 231), para confirmar o novo endereço, permitindo à empresa mais uma oportunidade para apresentação dos documentos e uma melhor análise dos atos e fatos na conclusão dos trabalhos fiscais. Informa que, no entanto, a empresa não se manifestou até a data do registro do presente, nos sistemas de controle de créditos junto a SEFAZ-Ba, ocorrido em 01/09/2006, bem como, após a ciência do presente através de novo AR em 29/09/2006 (fls. 215). Com base na explanação acima, discorda da alegação defensiva de que o Auto de Infração foi lavrado antes da data da intimação e entende que o procedimento seguiu as normas estabelecidas no RPAF vigente.

Quanto a preliminar relativa à infração 05, diz que o procedimento adotado seguiu a análise do fluxo financeiro da empresa (fls. 40 a 49), acolhendo as informações dos valores declarados nas

DME's (fls. 65 a 71) e relatórios de recolhimentos junto a SEFAZ (fls. 56 a 62), acrescidos das vias de notas fiscais do sistema CFAMT (fls. 72 a 213), onde entende ter ficado constatado que o autuado confessou que efetuou operações de compras de mercadorias em valores superiores aos de vendas. Acrescenta que o contribuinte não deve considerar a cobrança dupla do imposto sobre um mesmo período de apuração e sobre o mesmo fato gerador, porque na época era optante do Simbahia, pois foi utilizada a metodologia prevista pra o regime de apuração disposta no art. 384-A e seguintes do RICMS/97, para os exercícios de 2001 a 2005. Expõe que por não ter tido acesso aos documentos e livros do autuado (parte fiscal e contábil), trabalhou com as informações junto aos sistemas da SEFAZ, relatórios de arrecadação do ICMS, DME's, vias das notas fiscais do CFAMT, e concluiu a análise do fluxo financeiro, exigindo o ICMS através dos Demonstrativos de fls. 40 a 49, onde discrimina os valores como créditos de 8%, previsto no RICMS para os contribuintes que optaram pelo Regime de Apuração Simplificado (Simbahia), discordando assim das citações feitas pelo autuado de que foi apurado o lançamento com base nos princípios do Regime Normal de pagamento.

No mérito, também rebate as argumentações da defesa, dizendo que em momento algum foram apresentados ao preposto fiscal os Documentos de Arrecadação Estadual (DAE's), para conferência das informações e apurações de possíveis erros (tais como o código de receita, citação no campo de observações do vínculo da operação, de diferimento ou da antecipação parcial, conforme notas fiscais de entradas). Dessa forma, aduz que não podem ser acolhidos os citados recolhimentos e também a dedução nos saldos devedores, e que deve ser mantido no lançamento a cobrança do ICMS por falta de recolhimento da antecipação parcial.

Ao final, pede a procedência da autuação e quanto ao pedido de diligência, diz que o autuado não anexou provas materiais ou demonstrativos para averiguações e comparar com os trabalhos realizados.

VOTO

O autuado suscitou como preliminar de nulidade que o Auto de Infração foi lavrado antes da data da intimação. Entende que tal procedimento macula irremediavelmente a autuação, pois implica em descumprimento das normas do RPAF. Diz que embora a autuante descreva que foram emitidas as Intimações por AR's em 20/07/2006 e Publicado Edital de Intimação em 03/08/06, o autuado só teve conhecimento da intimação para apresentar os elementos ali relacionados três dias depois do lançamento já formalizado.

A autuante, por sua vez, informou que lavrou o Termo de Início de Fiscalização (fls. 10), onde relata que após diligência "in loco" em 04/07/2006 (fls. 25 a 28), em contato com a vizinhança, foi informada que a empresa não exercia suas atividades comerciais no local, e que, diante disso, intimou o autuado e o sócio, Sr. Sylvio Gomes Schuffuer, através de AR's em 20/07/2006 (fls. 11 a 17), e Edital de Intimação nº 030/2006, publicado no DOE em 03 /08 /2006 (fls. 18). Explica que quando foi lavrar o presente lançamento constatou que o autuado havia alterado o endereço em 12/07/2006, para a Rua Dr. João Mangabeira, 1260-A - Brasília, neste município (fls. 20 a 24), e que então, fez contato com o Contador por telefone, expedindo uma nova Intimação em 21/08/2006 (fls. 231), para confirmar o novo endereço, permitindo à empresa mais uma oportunidade para apresentação dos documentos e uma melhor análise dos atos e fatos na conclusão dos trabalhos fiscais. Informa que, no entanto, a empresa não se manifestou até a data do registro do presente, nos sistemas de controle de créditos junto a SEFAZ-Ba, ocorrido em 01/09/2006, bem como, após a ciência do presente através de novo AR em 29/09/2006 (fls. 215).

Da análise dos elementos constitutivos do processo, no que diz respeito a preliminar argüida, entendo que assiste razão ao autuado, uma vez que a forma como foi instaurado o procedimento fiscal cerceou o direito de defesa do autuado, senão vejamos:

A própria autuante reconheceu que as intimações por AR's em 20/07/2006 (fls. 11 a 17), bem como por Edital de Intimação nº 030/2006, publicado no DOE em 03 /08 /2006 (fls. 18), não surtiram efeito, uma vez que se constatou posteriormente que o autuado havia alterado seu endereço desde 12/07/2006, para a Rua Dr. João Mangabeira, 1260-A - Brasília, neste município (fls. 20 a 24), e as intimações referidas foram para o endereço anterior.

Dessa forma, visando proceder ao início da ação fiscal, na forma legal, e disposta no art. 26, do RPAF/99, a autuante expediu uma nova Intimação em 21/08/2006 (fls. 231), para o endereço atual, para que a empresa apresentasse os documentos e livros fiscais.

Vale acrescentar que essa última intimação efetuada invalidou as demais, já que reiniciou o procedimento fiscal.

Como a empresa também não atendeu a essa intimação, a autuante com base nos documentos que tinha, fornecidos pelo sistema da SEFAZ, lavrou o Auto de Infração, informando que o mesmo fora registrado no sistema de controle de crédito em 01/09/2006.

Todavia, a data constante como lavratura do Auto de Infração (fl. 01) é 18/08/06, e como tal é a data que prevalece para se atestar à legitimidade do lançamento do crédito tributário.

Nessas circunstâncias, como a última intimação é que deu início à ação fiscal, e foi emitida em 21/08/06, o Auto de Infração lavrado em data anterior (18/08/06) é nulo, pois vai de encontro ao devido processo legal.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, não sendo possível adentrar-se no mérito da lide, ao tempo em que recomendo a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 100303.0010/06-3, lavrado contra **SYLVIO GOMES SCHUFFNER**. Recomendado a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR