

PROCESSO - A. I. Nº 0779449509/06
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROQUE TEIXEIRA SANTIAGO (BR COMERCIAL DE ALIMENTOS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 18/06/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0156-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, inciso II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), fundamentada no fato de que a falta de intimação para apresentação de documentos fiscais e a inexistência, nos autos, de critérios objetivos para apuração da base de cálculo da infração apontada, cercearam o direito de defesa do contribuinte. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta com base no art. 119, II, § 1º, do COTEB pugnando pela nulidade da autuação.

A Sra. procuradora relata que a infração que corresponde à cobrança de ICMS sobre 09 fardos de fósforo Guarani e 08 caixas de Conhaque Domus mantidos em estoque sem documentação fiscal de origem, sendo exigido um imposto de R\$278,64.

Lavrado o termo de revelia em virtude de ausência de impugnação. Não há prova de que o contribuinte foi intimado para apresentação das notas fiscais relativas aos produtos indicados. Há necessidade, acrescenta a Sra. procuradora, de que esta falta seja documentada e o contribuinte intimado para tal. Entende que a falta de intimação para apresentação dos documentos fiscais gerou nulidade absoluta deste processo por violar o direito de defesa do contribuinte.

Acréscita ter verificado a inexistência de critérios objetivos para apuração da base de cálculo da infração apontada e mais *“a auditoria de caixa realizada não tem o condão de gerar a base de cálculo apontada e com ela não se comunica, não sendo suporte ou fundamento da mesma”*

Pronuncia-se no sentido de que a simples alegação descrita na autuação não significa circulação de mercadoria, não é fato gerador do ICMS. E observa *“neste caso é visível a falta de critérios lógicos-legais que fundamentam a base de cálculo do imposto cobrado, sendo nula tal imputação sem amparo nos fatos e na norma”*

Destaca a Sra. procuradora que no caso não se trata de eventuais incorreções ou omissões referidas no §1º do art. 18 do RPAF, mas de nulidade do auto por impossibilidade de se estabelecer a base de cálculo e por consequência o montante do débito tributado, bem como não foi instaurado de forma regular o procedimento e o processo fiscal, violando a lei baiana. Transcreve o art. 18, II e IV e o art. 2º e 21 do RPAF e recomenda, se for o caso, a repetição dos atos salvo de falhas.

Encaminhado ao Sr. Procurador Assistente, este concorda com o Parecer e representa ao CONSEF para decretação da nulidade pela falta de intimação do contribuinte e visível falta de critérios lógicos-legais que fundamentam a base de cálculo do imposto cobrado.

VOTO

A análise das peças processuais nos leva a breves comentários sobre o mesmo, pois entendemos que existem fatos que devem ser considerados:

1. Como vimos, o formulário usado para o lançamento foi o Modelo 2 – Trânsito indicando ter a ocorrência a data de 20 de abril de 2006 e a data do lançamento 28 de março do mesmo ano e o endereço do autuado Rod. BR 101, s/n, Imbira, Cruz das Almas.
2. descrição da infração indica *“ICMS sobre 09 fardos de fósforo guarany e 08 caixas de Conhaque Domus sem documentação fiscal de origem.”* A base de cálculo atribuída totalizou

R\$1.728,00. O Auto de Infração está assinado pelo Auditor Fiscal Wellington Castelluci, visado pelo Supervisor Luiz Alberto Nogueira Lago em 28 de abril de 2006 e o recibo assinado pelo contador de nome Cláudio José Silveira Pinto em 12 de julho de 2007, mais de um ano, portanto, após a data do lançamento de ofício.

3. O documento seguinte é um termo de apreensão e depósito lavrado no dia 28 de março de 2007 onde constam as mercadorias indicadas no item anterior e uma base de cálculo no valor de R\$1.512,00. Consta como depositário, o autuado Sr. Roque Teixeira Santiago que inclusive assina o referido termo.
4. Encontram-se anexos ao Auto de Infração os seguintes documentos: uma nota fiscal de venda ao consumidor e uma outra nota fiscal de micro empresa ambas em branco e contendo um visto de autoria da Agente de Tributos Estaduais Marta Meira S. dos Santos; um Termo de Visita Fiscal onde apesar de constar que o mesmo foi lavrado no “exercício de nossas funções fiscalizadoras” consta apenas a assinatura da citada funcionária; um formulário de “auditoria de caixa” indicando no movimento diário – 27 de março – a diferença negativa de apenas R\$21,20 (vinte e um reais e vinte centavos), este termo está assinado também pelo Agente de Tributos Ruy Tourinho; às fls. 09 encontramos o formulário “Declaração de Estoque”, assinado pelos dois funcionários retro mencionados;
5. Em 03 de julho de 2006 o Auto de Infração foi encaminhado para que o contribuinte fosse intimado do lançamento. Foram enviadas 04 correspondências com AR sendo todas elas reintegradas ao Serviço postal por endereço desconhecido ou não procurado. Observo que o endereço constante em duas dessas correspondências, Rua J. B. da Fonseca 53, 1º andar, era diverso do colocado no Auto de Infração, BR 101, s/n Imbira.
6. Às fls. 20 encontra-se lavrado o termo de revelia, fato ocorrido em 16 de agosto de 2007 e enviado neste mesmo dia para inscrição na Dívida Ativa. Observo que foi considerada a data de intimação como sendo o dia 12 de julho de 2007 quando ocorreu a assinatura do contador Cláudio José, no Auto de Infração.
7. Indo à PGE/PROFIS, o PAF foi submetido a um Parecer da ASTEC da PGE/PROFIS onde o Auditor Fiscal entende *“ser oportuno que fosse solicitado ao autuante que ele explicasse como foi apurada a base de cálculo do imposto exigido no Auto de Infração, bem como, e se fosse o caso, que ele trouxesse ao processo os elementos materiais que capazes de sustentar esta apuração”*

A Representação da PGE/PROFIS pede a decretação da nulidade pela falta de intimação do contribuinte e visível falta de critérios lógicos-legais que fundamentam a base de cálculo do imposto cobrado.

Concordamos com o pedido e ousamos discordar, apenas, do primeiro argumento, pois, pelo que consta nos autos, fl. 01, e apesar da estranha intimação ter ocorrido mais de um ano depois, esta efetivamente não pode deixar de ser considerada como válida.

Observo que mesmo sendo submetido à rigorosa fiscalização, considerando-se a sua condição de microempresa, a equipe de fiscalização coordenada pelo Auditor Fiscal, não foi capaz de demonstrar como chegou à base de cálculo indicada no lançamento.

Concluo, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação e voto no sentido de que o lançamento seja considerado nulo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS