

A. I. Nº - 281240.0061/07-0
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS D. J. M. LTDA.
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ/ATACADO
INTERNET - 20.06.2008

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0154-02/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acolhida à alegação de nulidade do procedimento. O Auto de Infração foi lavrado sem que se tenha iniciado a ação fiscal de forma legal. Não houve lavratura do Termo de Início de Fiscalização para ação fiscal. O procedimento fiscal deve ser renovado a salvo de falhas, na forma do artigo 21 do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/04/2007, exige ICMS, no valor de R\$26.700,27, em decorrência:

1- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$1.388,18, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado.

2- Recolhimento a menos na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), no valor R\$25.312,09.

O autuado apresentou defesa, fls. 243/247, alegando que não tomou conhecimento de que estava sob ação fiscal, não conhece o Termo de Início de Fiscalização exigido pelo artigo 26 do RPAF. Transcreve o artigo 29 do mesmo regulamento para embasar sua alegação de que a ação fiscal não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dispensa do Termo de Início de Fiscalização.

Aduz que para sua surpresa, recebeu intimação acompanhada de 04 folhas, sendo a 3^a via do Auto de Infração e do Demonstrativo de Débito, contrariando o artigo 108 do RPAF, o qual transcreveu.

Salienta que outra surpresa foi constar na 3^a via do Auto de Infração que teria se recusado a assinar o mesmo, não representando a verdade dos fatos, uma vez que nenhum representante legal do autuado ou preposto jamais esteve diante de preposto da Secretaria Fazenda. Destacando que o procedimento do autuante contraia o artigo 46 do RPAF.

Quanto ao mérito, diz que diante das considerações preliminares, não há como discutir o mérito.

Ao finalizar, requer:

- a) Nulidade da intimação do Auto de Infração;
- b) Apuração da ilicitude praticada por servidor ao consignar que o autuado “recusou-se assinar”;
- c) Sejam entregue todos os termos exigidos no RPAF;
- d) Sejam apresentada a Ordem de Serviço nº 506658/07;
- e) Seja o autuado devidamente intimado a compor a lide administrativa.

Na informação fiscal, fls. 258 e 259, o autuante diz que intimou o autuado no dia 30/08/2006 estabelecendo o prazo para entrega dos documentos fiscais até o dia 04/09/2006, fl. 22, entretanto a

intimação não foi atendida, sendo necessária nova intimação estabelecendo novo prazo, 19/09/2006, fl. 21. Salienta que, quando da última intimação, o responsável pela empresa se escondeu evitando contato direto com o fisco e sempre se recusando assinar pessoalmente os termos de intimação fiscal.

Frisa que, por sorte, por reiteradas vezes tentou a busca dos documentos fiscais deste contribuinte, e que ao receber os documentos fiscais e analisá-los, constatou fraude nas informações fiscais relativo à antecipação parcial e na receita bruta ajustada para efeito do limite legal para enquadramento no regime SimBahia – EPP, ressaltando que o sujeito passivo não apresentou livros fiscais para fixação de termos alegados à folha 244 e dos demonstrativos às folhas 06 a 20.

Destaca que foram usados todos os recursos possíveis para encontrar o Sr. João Paulo de Almeida Cunha, e, diante da evidente recusa deste contribuinte e por este ter se portado com a conduta descrita (se omitindo e não se apresentando a fiscalização na fase anterior ao Auto de Infração, durante e depois da lavratura) objetivando criar embaraço e dificuldades a ação fiscalizadora para a qual caberia penalidade formal, embasado no princípio da oficialidade, cumpriu o dever de impulsionar o Auto de Infração.

Tece comentários sobre a condução da operação “Monitoramento de Contribuintes” e o papel do fisco ao arrecadar recursos públicos.

Aduz que não há de se falar em nulidade da intimação, haja vista que o autuado recebeu o Auto de Infração mediante AR. – Aviso de Recebimento, folhas 210 e 211, manifestando-se às folhas 243 a 247.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

Às folhas 260 a 271 o autuante acostou a Ordem de Serviço, DME de 2004 e 2005 e Relatório do CFAMT.

Às folhas 272 e 273 o sujeito passivo foi intimado sobre a informação fiscal, sendo informado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, tendo recebido cópias dos documentos de folhas 258 a 271.

Em nova manifestação defensiva, folhas 274 a 275, reitera que a intimação da autuação não atendeu aos requisitos legais exigidos e isto causou prejuízo ao sujeito passivo, atacando os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Assevera que com a informação fiscal conseguiu ver demonstrados os erros cometidos na fiscalização, pois se a ação fiscal iniciou-se com a intimação para cumprimento de operação de monitoramento de contribuinte no dia 30/08/2006, como a Ordem de Serviço somente foi emitida no dia 16 de abril de 2007?

Argumenta que o fato de não ter entregue os livros fiscais, obriga o autuante a lavrar o termo de início conforme determina o caput do artigo 28 do RPAF.

Frisa que não consta a assinatura do contribuinte na Ordem de Serviço.

Prosseguindo, aponta como erro o fato da peça “Informação Fiscal” ter sido acostada ao processo como página inicial o número 258 e número final 271.

Reitera que somente recebeu cópias dos documentos acostados às folhas 01 a 05, que jamais recebeu os demonstrativos de folhas 06 a 20, assim como qualquer outra folha de número superior a 20, sendo que este fato torna imprestável a ciência do Auto de Infração para o fim a que se pretendia, haja vista o teor do art. 46 do RPAF, pois não foram fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, faltando elementos necessários para o exercício da ampla defesa, destacando que o fiscal autuante, na informação fiscal, não se preocupou com este fato.

Requer que seja observado o mandamento do art. 162 do RPAF, inclusive seu parágrafo único; que intimada para apresentar a impugnação com a entrega de todos os documentos e levantamento acostados aos autos, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) dias.

Em nova informação fiscal, fls. 278/279, o autuante informa que entregou, mediante recebido folha 280, cópia do Auto de Infração, planilhas e demonstrativos e todas as notas fiscais, objeto do levantamento fiscal, pedindo pelo julgamento procedente da autuação.

Às folhas 541A e 541B o sujeito passivo foi intimado sobre a nova informação fiscal, tendo recebido cópias dos documentos de folhas 278 a 541.

Em nova impugnação defensiva, folhas 545/547, o autuado frisa que “tendo recebido a totalidade dos documentos acostados pelo fiscal autuante, a autuada encontra parte da justiça, podendo, assim, apresentar duas razões de impugnação para os lançamentos realizados.”

Quanto a infração 01 aduz que encontrou algumas disparidades nos demonstrativos apresentados, o que requereu a devida correção pra que se conheça com segurança os valores lançados de ofício, tendo elaborado um quadro com os lançamentos que carecem de correções, contendo as seguintes observações:

- a) Art. 125, § 1º do RICMS-BA- mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária por força de convênio ou protocolo entre as unidades federadas, com destaque do imposto retido no documentos fiscal, responsabilidade tributária atribuída ao contribuinte substituto;
- b) Bem para uso ou ativo – não é devido o pagamento de antecipação parcial;
- c) “considerou como suco e cobrou st com MVA de 60%” e “considerou como suco e não cobrou st MVA” – diz que a mercadoria leite de coco não deve ser considerada suco de fruta industrializado, pois o próprio fiscal autuante demonstra insegurança ao não exigir antecipação tributária com MVA em relação a Nota Fiscal nº 20106, no mês de outubro;
- d) “falta a NF” – não foi apresentada cópia da nota fiscal, resultando em cerceamento de defesa;
- e) “RBC em 100% conforme Decreto nº 7.577/99” – a mercadoria “pescado” tem redução de base de cálculo em 100%.
- f) “RBC em 58,825% de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%” – a mercadoria “leite em pó” tem redução de base de cálculo em 58,825% de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.
- g) “tem preservativo na NF e não foi considerado MVA (anexo 88)”

No tocante a infração 02, diz que encontrou divergência entre o valor apurado para o mês de abril de 2004 no demonstrativo de débito e o valor lançado no Auto de Infração.

Ao final, reitera o pedido para que seja apurada a “ilicitude” praticada por servidor ao consignar que teria recusado assinar o Auto de Infração, com o intuito de punir o responsável com base em leis administrativas e, se for o caso, penais.

Às folhas 552 a 553, o autuante em nova informação fiscal ressalta que o autuado afirmou que recebeu a totalidade dos documentos fiscais.

Aduz que as planilhas demonstrativas das infrações 01 e 02 foram revisadas.

Relativamente às alegações defensivas constantes dos itens “a” a “g”, os seguintes entendimentos:

1- As mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária o contribuinte não apresentou comprovação de recolhimento nem da GNT – Guia Nacional de Recolhimento expedida pelo contribuinte substituto. Prosseguindo passou a analisar cada mês:

- a) Março - excluiu as notas fiscais referente ao imobilizado nada resta a ser cobrado;
- b) Abril – o contribuinte não comprovou o pagamento via GNR;
- c) Maio – permaneceu o valor reclamado;
- d) Junho – permaneceu o valor reclamado;
- e) Julho - permaneceu o valor reclamado;
- f) Agosto – não restou débito;
- g) Setembro – permaneceu o valor reclamado, as cópias das notas fiscais estão acostado aos autos às folhas 65, 79, 155, 123, 143 e 350;
- h) Outubro – não houve cobrança;
- i) Novembro – a Nota Fiscal nº 86508 não consta da planilha, o leite em pó tem a redução da base de cálculo, as demais não foi comprovado o recolhimento;
- j) Dezembro - permaneceu o valor reclamado;

2- Retirou da planilha os valores relativos às compras de material para uso e para o ativo imobilizado;

3- Em relação ao inciso II do artigo 353 tem na sua redação original o produto “suco de coco – NCM 2009.80.00 (suco de coco e água de coco) só modificado pelo Decreto nº 9.547/05, com efeitos a partir de 01/10/2005, portanto a mercadoria “Leite de Coco” deve ser tratada como suco de coco sujeita a substituição tributária com MVA de 60%;

4- As notas fiscais estão acostadas às folhas 65, 79, 115, 117, 123, 143 e 350, sendo inválido o argumento de cerceamento de defesa;

5- Retirou da planilha os valores relativos às compras de pescado, decorrente da redução de 100% da base de cálculo;

6- O produto leite em pó reduz a carga tributária em 58,825%;

7- O produto preservativo agrega MVA apesar de ser considerado questão de saúde pública;

Em relação a infração 02, retificou o valor do mês de abril 2004 para R\$ 1.254,07, conforme apuração no demonstrativo de débito.

À folha 554 acostou o novo demonstrativo de débito revisado, reduzindo o valor do ICMS reclamado para R\$26.101,16.

O autuado às folhas 556 e 557 recebeu cópia da informação fiscal, juntamente com a cópia do demonstrativo de débito, tendo sido informado do prazo de 10 dias para se manifestar, entretanto, silenciou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 02 (duas) irregularidades.

Na infração 01 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias proveniente de fora do estado.

Na infração 02 é imputado ao autuado o recolhimento a menos na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Em sua defesa o autuado argüiu, preliminarmente, nulidade do lançamento tributário por falta da lavratura do Termo de Início de Fiscalização previsto no artigo 26 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, frisando que a ação fiscal desenvolvida não se enquadrada em nenhuma das hipóteses de dispensa de termo prevista de no artigo 29 do mesmo regulamento.

Entendo razão assistir ao autuado, uma vez que o RPAF/99 na Seção III, ao regulamentar os termos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, determina no artigo 28 que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, para o caso em tela, o Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte.

O mesmo regulamento elenca no artigo 29, de forma taxativa, as situações em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, in verbis:

“Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou

c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

II - tratando-se de Notificação Fiscal.”

A ação fiscal desenvolvida não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencada no RPAF de dispensa da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, como argüiu o sujeito passivo em sua defesa.

O fiscal autuado, ao prestar a informação fiscal, poderia ter comprovado que lavrou o referido Termo, bastando ter acostado aos autos uma cópia do mesmo assinada pelo contribuinte ou, ainda, uma cópia transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte, conforme previsto no artigo 28 do RPAF, porém não apresentou nenhum documento, nem mesmo qualquer Intimação Fiscal válida ou Termo de Apreensão ou Arrecadação de Livros ou documentos Fiscais.

O Termo de Início de Fiscalização acostado pelo autuado à folha 06 não é válido para o fim que se destina, uma vez que não atendeu as exigências do artigo 28, pois o autuante não colheu a assinatura do autuado. Para um melhor entendimento transcrevo o referido dispositivo:

“Art. 28. 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 a

assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;” (Grifo meu)

Devo ressaltar que o Auto de Infração foi lavrado em 25/04/2007, em cumprimento da Ordem de Serviço nº 506658/07, emitida em 25/06/2007, folha 260, para ser executada pelo autuante, Sr. Aurelino Almeida Santos, portanto, as intimações fiscais acostadas às folhas 21 e 22, não são válidas para a autuação em lide, pois foram emitidas pela preposta fiscal Maria José Ferreira, nos dias 29/08/2006 e 15/09/2006, muito tempo antes da emissão da Ordem de Serviço que resultou na lavratura do Auto de Infração em análise, oito meses antes.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, representando à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, na forma do artigo 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NUL0** o Auto de Infração nº **281240.0061/07-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS D. J. M. TLDA.**, devendo os atos serem renovados a salvo de falhas, na forma do artigo 21 do RPAF/99.

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, 12 de junho de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR