

A. I. Nº - 028924.0015/08-2
AUTUADO - MC DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26.09.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-05/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora, agir nos estritos termos da legislação. São nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/04/2008, reclama o ICMS no valor de R\$47.070,40, acrescido da multa de 50%, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$24.632,36;
2. falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$22.438,04.

O Autuado, por seu representante legal apresenta defesa (fls. 168 a 171), dizendo que após fazer uma análise do Auto de Infração, pode perceber que o mesmo está eivado de erros, visto que no termo de fiscalização lavrado, somente consta a solicitação de apresentação de 03 Notas Fiscais nº. 97758, 97759 e 99808 do ano de 2005; diz que o autuante não levou em consideração que a multa de 50% tem efeito confiscatório; não discriminou no Auto de Infração a referencia das outras operações que ensejaram a lavratura do presente Auto.

Diz ainda que houve cerceamento do direito de defesa, porque o autuante somente fez menção a notas fiscais de Janeiro de 2005 e quando do encerramento e lavratura do Auto de Infração, afirma que supostamente o autuado recolheu a menos ICMS Antecipação Parcial do período de 2005 a 2006, sem indicar na integra quais seriam as operações que geraram essa diferença ou ainda as notas fiscais que supostamente tiveram o recolhimento a menos.

Entende que a administração Fazendária deve anular o presente Auto, porque está eivado de vícios, por ferir o princípio da legalidade e o direito do contribuinte de não se submeter ao acréscimo dos juros moratórios até o trânsito em julgado do presente processo administrativo. Cita o art. 151 do CTN, para defender sua tese.

Diz não ter recolhido a menos nem havido falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, porque fora recolhido. Assevera que a multa de 50% é confiscatória e fere o art. 150, IV, da CF/88. Pede suspensão do suposto crédito tributário até decisão final. Conclui suscitando a nulidade do Auto de Infração em razão dos seus vícios, e caso sejam ultrapassadas tais preliminares que seja o mesmo julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal (fl. 183), descreve os fatos da autuação, e diz que as infrações estão fundamentadas nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e as capturadas no CFAMT e nas planilhas de fls. 7 a 29, de maneira detalhada, com as correções tributárias baseadas no que determina a legislação fiscal do ICMS-BA.

Finaliza dizendo que o contribuinte não apresenta argumentação que possa tornar o presente Auto Improcedente.

VOTO

O Auto de Infração objeto do presente processo, acusa o sujeito passivo de ter recolhido a menos e ter deixado de recolher o ICMS referente à Antecipação Parcial, nas entradas das mercadorias em seu estabelecimento, adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação.

A ação fiscal foi desenvolvida por preposto fiscal lotado na INFAZ Varejo, consoante consta na inicial, e está fundamentada no Termo de Fiscalização juntado à fl. 06, constando o seguinte:

Nesta data, demos início à fiscalização na empresa acima para apurar os débitos por recolher a menor ICMS-Antecipação Parcial, referentes aos exercícios de 2005 e 2006. Solicitamos a apresentação das Notas Fiscais de nº 97758-97759-99808-de janeiro 2005. Foi dado o prazo de 48 horas para ser dado conhecimento, ressaltando-se que após este prazo lavraremos o Auto de Infração. E, para constar, lavramos o presente Termo, de acordo com a legislação em vigor.

Examinando os elementos acostados ao processo, de início, verifico que a alegação defensiva de erros no referido “Termo de Fiscalização”, realmente assiste razão ao contribuinte, uma vez que para ser caracterizada a existência do ilícito fiscal, tal como tipificado no libelo acusatório, devem ser cumpridas certas formalidades inerentes ao processo de formalização do lançamento de ofício, dentre as aplicáveis ao caso examinado, tem-se as estatuídas no artigo 28 do RPAF/99, a seguir transcrito:

“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 transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

V - revogado

VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;

VII – Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento 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 transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.

Da leitura do texto supra, tem-se demonstrado que a fiscalização não seguiu a determinação emergente contida no dispositivo legal, pois, tratando-se de ação fiscal a ser desenvolvida em estabelecimento, consoante descrito no RPAF/99, o Termo de Início de Fiscalização, destinado a

documentar o início do procedimento fiscal, deveria conter no seu corpo indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que fosse transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.

Ressalto que não consta do PAF, qualquer intimação por escrito, com a assinatura do contribuinte acusando o seu recebimento, concedendo prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas para exibição dos documentos fiscais pretendidos especificando os meses e os exercícios pretendidos a serem examinados. Do mesmo modo, não identifiquei Termo de Arrecadação de Documentos Fiscais.

Ressalto que o Termo de Início de Fiscalização lavrado pelo autuante, foi datado de 08 de abril de 2008, e dentro do próprio Termo o contribuinte está sendo intimado para realizar a apresentação das Notas Fiscais nºs 97758, 97759, 99808, de janeiro de 2005, sendo concedido o prazo de 48 horas para o sujeito passivo atender ao que fora solicitado. No referido Termo de Início de Fiscalização não consta assinatura do contribuinte acusando o seu recebimento.

Observo que o mencionado Termo de Fiscalização encontra-se datado do dia 08 de abril de 2008, e foi concedido o prazo de 48 horas para o seu cumprimento restrito à realização de entrega de três documentos fiscais, sendo que no mesmo dia 08 de abril às 17h09min, foi lavrado o presente Auto de Infração, composto de Planilhas de Antecipação Parcial (fls. 07 a 29), contendo relação de primeiras vias de notas fiscais, sem demonstrar ter obtidas as mesmas junto ao contribuinte, além de diversas notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT (fls. 124 a 165).

Saliento que da forma que foi feito não foi oportunizado ao sujeito passivo se quer atender a intimação no prazo concedido de 48 horas, caracterizando assim cerceamento do direito de defesa ao contribuinte.

Portanto, o descumprimento pela fiscalização do disposto no artigo 28 do RPAF/99, causou ao sujeito passivo, neste processo, prejuízo a ampla defesa e ao contraditório.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora, agir nos estritos termos da legislação. Consoante o artigo 18, inciso II, do RPAF/99, são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Recomendo à repartição fiscal programar nova ação fiscal, como determinam os artigos 21 e 156 do RPAF/99, visando efetuar o lançamento do ICMS Antecipação Parcial, caso o contribuinte não venha antes da nova ação fiscal, a sanar alguma irregularidade porventura existente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **0289240015/08-2**, lavrado contra **MC DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo equívocos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR