

A. I. N° - 024035.0130/07-0
AUTUADO - JOSELINO LOPES BOMFIM
AUTUANTES - NELSON DE OLIVEIRA SOBRINHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 03/03/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0024-03/09

EMENTA. ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de Direito, estabelecidas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A imputação traz a informação dupla de que se trata de transporte de mercadorias sem documentação fiscal, e de comercialização de mercadorias em local sem inscrição estadual, conquanto o Auto de infração cite a inscrição estadual do autuado. Ademais não consta, nos autos, o critério adotado para determinação da base de cálculo, situação que acarreta a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento do direito de defesa, nos termos da Súmula n° 01 deste CONSEF. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a descrição dos fatos imputados e a demonstração da base de cálculo, bem como o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração **NULO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/06/2007 para exigir ICMS no valor de R\$2.148,80, acrescido da multa de 100%, em razão de “Transporte de mercadorias sem documentação fiscal”. Consta, na descrição dos fatos, que, no exercício da função fiscalizadora, “constatamos as seguintes irregularidades: Diversas mercadorias sendo comercializadas em local sem inscrição no estado, bem como sem documentação comprobatória de sua origem.”

O campo “Dados do Contribuinte” do Auto de Infração cita o número de inscrição estadual n° 66736934, CNPJ n° 07.484.812/0001-07, e o endereço à Rua Lafaiete Coutinho, sala, n° 04-A, bairro Centro, Município de Cocos, Estado da Bahia.

À fl. 03, consta Demonstrativo de Débito do Auto de Infração indicando as mercadorias como “diversas mercadorias” e “diversos materiais de higiene e limpeza”, mencionando a base de cálculo de R\$12.640,00.

Às fls. 05 e 06, está anexado Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 123664.0017/07-9 citando os itens apreendidos como Mercadoria “outros”, marca/modelo “diversas mercadorias” e “diversos materiais de higiene e limpeza”, sem indicação da base de cálculo. Encontra-se descrito, no mesmo Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, que a irregularidade consiste em “Diversas mercadorias sendo comercializadas em local sem inscrição no estado, bem como sem documentação comprobatória de sua origem,”

O autuado, citando os números de inscrição estadual e de CNPJ constantes do Auto de Infração, e o endereço à Rua Washington Luís, s/nº, Município de Cocos, Estado da Bahia, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 11 a 13, inicialmente descrevendo a imputação, inclusive o texto do campo “Descrição dos Fatos”, e expõe que estabeleceu-se em meados de 2005, tem praticado preços baixos e, com isto, “provocado ciúmes nos concorrentes.” Que um desses contribuintes o teria denunciado junto à SEFAZ, o que teria ocasionado o Auto de Infração. Relata que, no “ato da ocorrência” não havia distribuição de mercadoria, veículo transportando bem, produtos e afins no local, ou fora dele. Que não houve comprovação da existência de mercadoria sem origem fiscal, tendo sido apresentado ao Fisco, no local, todas as notas fiscais de entradas e de saídas das mercadorias “ali contidas”. Que seria “infantilidade” um estabelecimento expor mercadorias ao público sem documentos fiscais comprobatórios de sua origem. Que a empresa é inscrita no Estado desde meados de 2005, o que contraria a afirmação contida nos autos, e cumpre com suas obrigações fiscais. Que, à época da ocorrência dos fatos, ele, autuado, já havia providenciado a alteração de endereço, conforme documentos que anexa aos autos, e que seus dados cadastrais estão atualizados. Que “por essa observância e pelos acontecimentos dos fatos, a empresa quanto ao desvio de endereço, mesmo que mais próximo do próximo, neste pequeno intervalo de tempo, jamais causou quaisquer prejuízo aos cofres do Estado, sabendo que em hipótese nenhuma deixou de gerar receitas ao próprio (...)”. Que a empresa “deveria ser autuada pelo fato constante anteriormente alegado (...), pelo fato do endereço incorreto do estabelecimento para o exercício da atividade, mesmo sem causar prejuízos ao Estado.” Que “tem que existir razão para proceder a ação e, em face dos acontecimentos e pelas alegações alinhavadas anteriormente, e não, pelos pressupostos conflitos de informações e desentendimentos, como também pela clareza em que foi definida a presente contestação (...)”. Conclui pedindo a declaração de improcedência da autuação, inclusive porque o Auto de Infração não se encontraria, segundo afirma, registrado no sistema da SEFAZ.

O contribuinte acosta, à fl. 16, cópia emitida em 24/07/2007, pelo site do Ministério da Fazenda, de seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, com data da situação cadastral de 03/11/2005, citando o nº de CNPJ constante no Auto de Infração e na impugnação, e endereço à Rua Presidente Vargas, nº 388, sala, bairro Centro, Município de Cocos, Estado da Bahia, e à fl. 17 cópia de dados da sua empresa emitida pelo site da SEFAZ/BA, em 24/07/2007, com os mesmos dados do CNPJ de fl. 17, e nº de inscrição estadual constante no Auto de Infração e na impugnação. Às fls. 18 e 19, anexa cópias de fotografias indicando prédios que se localizam defronte um ao outro, citando que seriam a Praça do Mercado e a Rua Presidente Vargas.

A informação fiscal, às fls. 24 e 25, foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, nos termos do art. 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo inicialmente descreve os termos da imputação e de sua contestação. Em seguida aduz que “o fato que deu origem à ação fiscal não é contestado pela defesa: estabelecimento situado em local diverso do constante no cadastro. Por esta infração, inclusive, a defesa sugere a aplicação de multa formal.” Afirma que o contribuinte não apresenta as notas fiscais relativas “aos produtos encontrados” em seu estabelecimento, esquivando-se de provar o quanto alega. Que, “Assim, embora o auto de infração tenha sido lavrado sem alguns requisitos como quais produtos seriam objeto da cobrança, referindo-se a eles através dos dois conjuntos que formam; e como teria sido formada a base de cálculo para a cobrança de imposto através da juntada de demonstrativo de cálculo, devido à falta de contestação quanto a este aspecto e, sobretudo, por não ter trazido aos autos os documentos que alega dispor, sugerimos a manutenção do auto de infração com base nos artigos 140 e 140, do RPAF.”

À fl. 28, esta 3ª JJF, considerando que o autuante não acostara, ao processo, o demonstrativo da apuração da base de cálculo, como também não discriminara as mercadorias objeto do lançamento de ofício; considerando os princípios da busca da verdade material, do devido processo legal e da ampla defesa, e do contraditório, no processo administrativo fiscal, deliberou

por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante elaborasse demonstrativo indicando as mercadorias que foram apreendidas, conforme Termo de Apreensão à fl. 05, e acostasse aos autos o demonstrativo da apuração da base de cálculo, e o método utilizado para esta verificação, reabrindo o prazo de impugnação, após entrega da documentação ao autuado.

À fl. 29, o auditor designado para prestar a informação fiscal, em atendimento ao pedido de diligência, declara que, em contato com o autuante, foi informado que as mercadorias encontravam-se no estabelecimento “clandestino” do autuado “sem documentação fiscal não tiveram sua planilha juntada aos autos, porquanto estas foram extraviadas. Infelizmente, o autuante acordou com o contribuinte sobre o pagamento e não teve os cuidados que, evidentemente, deveria ter caso não fosse cumprido, descuidando-se das formalidades mínimas. Ao aperceber-se desta lacuna, a defesa encontrou a oportunidade para evitar que a ação fiscal fosse eficaz.” Afirma não ter sido possível, por este motivo, cumprir a diligência determinada por este CONSEF. Que o contribuinte exercia, à época, suas atividades em local diverso do constante em seu cadastro na SEFAZ. Sugere a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte, cientificado da resposta à mencionada diligência, e da reabertura de seu prazo de defesa, conforme documentos de fls. 32 e 33, manteve-se silente.

VOTO

Preliminarmente, considero alguns itens formais do presente processo administrativo fiscal:

1. A imputação contém informações contraditórias, por estar descrito, no campo “Infração”, o “Transporte de mercadorias sem documentação fiscal” constando, no campo Descrição dos Fatos do Auto de Infração e do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, que, no exercício da função fiscalizadora, “constatamos as seguintes irregularidades: Diversas mercadorias sendo comercializadas em local sem inscrição no estado, bem como sem documentação comprobatória de sua origem.”.
2. Embora esteja mencionado, no Auto de Infração, que o autuado estaria comercializando em local sem inscrição no estado, o Fisco atribui, no campo “Dados do Contribuinte”, inscrição estadual e endereço ao sujeito passivo, sem explicar a que se deve a contradição, embora o contribuinte admita, em sua impugnação ao lançamento de ofício, estar comercializando em local diverso do que consta em seu cadastro de contribuintes nesta SEFAZ.
3. A descrição das mercadorias apreendidas está imprecisa e ocorre a ausência de demonstrativo da apuração da base de cálculo, tal como mencionado no Relatório que antecede este voto, situação não saneada pelo auditor fiscal designado para atendimento da diligência determinada por este Conselho, conforme fls. 28 e 29 deste processo. Sem o conhecimento exato das mercadorias que estariam sendo objeto da autuação, encontra-se cerceado o direito de defesa do contribuinte, no sentido de que teria que apresentar documentos fiscais relativos às mercadorias que estivessem indicadas pelo Fisco no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 05 e 06), e nos demonstrativos que deveriam estar anexados ao Auto de Infração.

Pelo exposto, estando o procedimento fiscal em desacordo com o previsto no Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB em seu artigo 129, §1º, inciso III, e §2º, além de não ter sido saneada a incorreção, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do mesmo artigo 129; não tendo sido cumprido, ainda, o quanto determinado no inciso II do artigo 130, também do COTEB, é nulo o Auto de Infração, nos termos do artigo 18, incisos II, III, IV alínea “a”, estes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99; bem como consoante termos da Súmula nº 01 deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, e razão de que os fatos elencados neste voto, provados ao longo do processo em lide constituem, também, cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

COTEB:

art. 129.

§ 1º. O auto de infração conterà:

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência;

§ 2º. Serão juntados ao auto de infração os demonstrativos e levantamentos realizados pelos fiscais autuantes que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto.

§ 3º. Poderão ser juntados demonstrativos e levantamentos indispensáveis quando da informação fiscal, devendo-se, neste caso, reabrir-se o prazo de defesa.

§ 4º. As eventuais incorreções ou omissões do auto de infração não acarretam nulidade, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e supridas pela autoridade competente, reabrindo-se o prazo de defesa.

art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

RPAF/99:

art. 18. São nulos:

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

SÚMULA CONSEF Nº 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Quanto à sugestão do auditor fiscal designado, no sentido de que fosse aplicada, ao autuado, a multa prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, tal dispositivo prevê a penalidade no valor de R\$460,00 pela falta de comunicação da mudança do endereço do estabelecimento. Ocorre que o contribuinte não foi acusado, no Auto de Infração em discussão, de não ter comunicado a mudança de endereço e, sim, simultaneamente, de transporte de mercadoria sem documentação fiscal, e de comercialização de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes de ICMS deste Estado. E, embora o contribuinte confesse que encontrava-se funcionando em local diverso do declarado à SEFAZ, e peça pela aplicação da multa respectiva a esta infração, considero que a ação fiscal padece de vício insanável, pelo que o Auto de Infração, e o processo administrativo fiscal dele decorrente, é nulo, do mesmo não decorrendo efeitos punitivos em relação ao autuado.

Por tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Contudo, diante dos fatos levantados no processo, recomendo, a critério da autoridade administrativa competente, a realização de novo procedimento fiscal, tanto no endereço indicado no Auto de Infração, à Rua Lafaiete Coutinho, sala, nº 04-A, bairro Centro; quanto no endereço citado pelo contribuinte à fl. 11, em sua impugnação, qual seja este à Rua Washington Luís, s/nº; e ainda naquele constante nos documentos anexados pelo sujeito passivo, às fls. 16 e 17, ou seja, à Rua Presidente Vargas, nº 388, sala, bairro Centro, todos esses no Município de Cocos, neste Estado, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **024035.0130/07-0**, lavrado contra **JOSELINO LOPES BOMFIM**. Recomenda-se, a critério da autoridade administrativa competente, a realização de novo procedimento fiscal, tanto no endereço indicado no Auto de Infração, à Rua Lafaiete Coutinho, sala, nº 04-A, bairro Centro; quanto no endereço citado pelo contribuinte à fl. 11, em sua impugnação, qual seja este à Rua Washington Luís, s/nº; e ainda naquele constante nos documentos anexados pelo sujeito passivo, às fls. 16 e 17, ou seja, à Rua Presidente Vargas, nº 388, sala, bairro Centro, todos esses no Município de Cocos, neste Estado, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR