

PROCESSO - A. I. Nº 028924.0015/08-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MC DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS (HOTECNA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0172-05/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/06/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0105-11/10

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão de Decisão emanada da 5ª JJF, através do Acórdão nº 0172/08, por ter constatado o cerceamento de defesa, com consequente nulidade do PAF ante a inobservância do devido processo legal.

O respectivo Auto de Infração foi lavrado em 08/04/2008, para exigir 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.

Em Primeira instância, o julgamento foi pela nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que houve descumprimento pela fiscalização, ao disposto no artigo 28 do RPAF/99, o que causou ao sujeito passivo prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, à luz do que preceitua o artigo 18, inciso II, do RPAF/99, que considera nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

E, nestes termos, motivando o “*decisum*”, pontuou:

“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 cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam

Created with

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.

Observe 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."

O d. acórdão foi finalizado considerando que houve descumprimento da regra contida no art. 28 do RPAF/99, tendo o julgamento sido para declarar a nulidade do Auto de Infração em comento, recomendando, em arremate, a renovação do procedimento fiscal, do que foram cientificados o autuante e o autuado.

O PAF foi remetido a este CONSEF em face do Recurso de Ofício, tendo previamente sido atendida pelo SAT/DARC/GECRED, após a manifestação do autuante às fl 196, a retificação solicitada pela Coordenadoria de Avaliação (fl. 193), alterando-se o registro no SIGAT do valor do débito de R\$ 8.725,67 para R\$ 47.070,40, conforme documentos de fls. 198/200.

VOTO

Comungo, sem ressalvas, do entendimento esposado pela Primeira Instância julgadora, cujo relatório acima transcrito é bastante elucidativo quanto aos vícios presente PAF, a ensejar, conseqüentemente, a sua nulidade, pelo que ao sujeito passivo.

Como relatado está, no Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, não constou à indicação do dia e hora da lavratura, e nem a assinatura do intimado. Como também, não há qualquer intimação por escrito com a assinatura do contribuinte cientificando-lhe da concessão de prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas para exibição dos documentos fiscais, dos meses e exercícios respectivos pretendidos. Idem quanto ao Termo de Arrecadação de Documentos Fiscais.

Como bem explicitado pelo JJF, no Termo de Fiscalização apesar de encontrar-se datado do dia 08 de abril de 2008, e de ter sido concedido o prazo de 48 horas para o seu cumprimento restrito à realização de entrega de três documentos fiscais, no mesmo dia 08 de abril, às 17h09min, foi lavrado o Auto de Infração, composto de Planilhas de Antecipação Parcial (fls. 07 a 29), contendo relação de primeiras vias de notas fiscais, o que resulta na conclusão da falta de tempo hábil para o contribuinte, tanto que essas notas fiscais foram obtidas através do sistema CFAMT.

Logo, é forçoso concluir, à lume do regramento do artigo 18, inciso II, do RPAF/99, que considera nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa que, com acerto decidiu a JJF, eis que eivado de vício de legalidade o respectivo ato de lançamento que há de ser realizado nos estritos termos legais, o que no caso em comento, incorreu, pelo que deve o referido acórdão ser mantido em todos os seus termos.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, confirmando a Decisão de primeiro grau, para declarar NULO o Auto de Infração sob exame.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, lavrado contra **MC DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS (HOTECNA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS