

PROCESSO - A. I. Nº 206957.1912/08-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - JOSÉ EDVALDO FREIRE DE LIMA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 30/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0383-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Representação proposta com base no art. 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para que seja declarada a nulidade da ação fiscal por vícios jurídicos que afetam a sua eficácia. É nulo o Auto de Infração que não atenda ao devido processo legal. Não consta dos autos que o autuado tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização. Ademais, não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02, que, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe que seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2008 para exigir ICMS sob as seguintes acusações:

1. Falta de recolhimento do imposto, no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia, no valor de R\$134.013,08. Foi aplicada multa de 50%.
2. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, Empresa de Pequeno Porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$128.236,94. Foi aplicada multa de 50%.
3. Recolhimento a menos do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa, Empresa de Pequeno Porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$67.604,27. Foi aplicada multa de 50%.
4. Recolhimento a menos do imposto por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$4.636,51. Foi aplicada multa de 50%.

Relata a PGE/PROFIS de que regularmente intimado, por via postal, da lavratura do Auto de Infração (fls. 44/46) o autuado ficou-se silente, sendo, no prazo legal, lavrado o Termo de Revelia (fl. 48) e encaminhados os autos para saneamento, com vistas à inscrição em dívida ativa.

A DARC/GECOB/Dívida Ativa representou à PGE/PROFIS visando à que foi realizado (fl. 52). A empresa intimada desta alteração do p
vez permaneceu silente (fls. 54/57), sendo o débito inscrito em Dívida

O autuado, conforme requerimento de fl. 71, informa de não foi *“intimada a apresentar nenhuma documentação fiscal ou contábil para que se procedesse aos trabalhos de fiscalização. Alega, em seguida, “que o Auto de Infração não contém “qualquer nota fiscal, relação, demonstrativos ou citação relativos aos valores ali contidos como líquidos e certos “.* Assim, invocando os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, requer a declaração da improcedência do lançamento, por inexistir, em seu entender, qualquer prova documental que lhe confira a necessária legalidade.

Analisando os autos para aferir os argumentos apresentados pela empresa, a douta Procuradora da PGE/PROFIS verificou que o Auto de Infração encontrava-se instruído com demonstrativos fiscais referentes à apuração do imposto devido (fls. 10/42), porém inexistia Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos, Termo de Arrecadação, cópias de livros e documentos fiscais, enfim, qualquer documento embasador dos demonstrativos de fls. 10/42.

Encaminhados os autos ao autuante para prestar esclarecimentos, este apresenta a seguinte informação: *o presente PAF foi originado em procedimento de fiscalização de baixa de inscrição estadual, em que o contribuinte não fora localizado para que se lhe apresentasse a devida intimação, de forma que o único meio encontrado para se apurar algum valor relativo aos documentos fiscais necessários à fiscalização da baixa foi o arquivo Sintegra transmitidos por fornecedores e capturados pela SEFAZ/BA.*

Em obediência ao princípio da ampla defesa, os autos foram novamente encaminhados ao autuante para: a) acostar aos autos os extratos de arrecadação relativos aos meses autuados, destacando os recolhimentos feitos a título de ICMS - Regime de Receita Bruta e ICMS - Antecipação Parcial; b) juntar aos autos cópias das notas fiscais relacionadas no levantamento de fls. 13/41; c) esclarecer como chegou aos valores apontados no demonstrativo de apuração da inflação 01 (receita bruta, compras e número de empregados), juntando aos autos a documentação respectiva. O autuante acostou aos autos os extratos de arrecadação (fls. de 81/96), elaborou *“demonstrativo com segregação dos recolhimentos por tipo de receita”* (fls. 97/105) e prestou os esclarecimentos (fl. 106).

Com este relato, a douta PGE/Profis passa a examinar a matéria ora exposta nos seguintes termos:

Após as diligências solicitadas, restou comprovada a alegação do autuado de que a ação fiscal foi desenvolvida sem que o contribuinte dela tivesse qualquer conhecimento, em completa desconformidade com o procedimento prescrito na legislação estadual (art. 127, § 1º, II e III e art. 127-B, do COTEB), que, em atenção ao princípio da ampla defesa exige seja o contribuinte cientificado do início de qualquer ação fiscal a ele concernente. Observa que a legislação dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização quando tenha sido providenciada a intimação do contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais, mas tal procedimento não foi realizado. A empresa autuada jamais foi intimada a apresentar livros e documentos fiscais, sequer por publicação de edital em diário oficial. Por outro lado, o Termo de Início de Fiscalização acostado à fl. 43 não contém a assinatura do contribuinte, ou qualquer outro indício de que este tenha tomado conhecimento do início da ação fiscal.

Ressalta em seguida, de que tais fatos já seriam suficientes para invalidar o Auto de Infração, por descumprimento das medidas preparatórias determinadas na legislação. Mas não era apenas esse o vício que maculava o lançamento de ofício.

Relativamente à infração 1, por não ter compreendido como foi encontrada a base de cálculo do imposto (demonstrativo de fls. 10/12), foi solicitado ao autuante esclarecimentos. Este informou: *Tendo apurado o valor mensal total das entradas com base no Sintegra, arbitrei MVA de 20% para apurar a venda presumida do mês e apliquei a tabela de cálculo do ICMS SIMBAHIA em vigor à época. Quanto ao número de funcionários, também arbitrei partindo do princípio de que o contribuinte só tem direito ao abatimento de até 15 (quinze) fu mais próxima a favor do contribuinte, 7 (sete) funcionários. Co*

do mês? Para além de qualquer resposta que se possa razoavelmente imaginar — como, por exemplo, a possibilidade de tais dados terem sido colhidos de documentos de informação econômico-fiscais apresentados pelo contribuinte - certo é que a fórmula de cálculo do tributo não pode ficar à mercê da imaginação de quem quer que seja, devendo estar cabalmente demonstrada nos autos, de maneira que não soçobre qualquer sombra de dúvida, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa. E, mais que isto, os próprios termos com que se expressou o fiscal autuante já são suficientes para evidenciar que o cálculo do imposto não seguiu os parâmetros determinados na legislação do SIMBAHIA, mas, em verdade, foi realizado segundo escolhas arbitrariamente feitas pelo agente fazendário, em procedimento que viola frontalmente o princípio da legalidade.

Afora que ao analisar os extratos de pagamentos realizados pela empresa a título de ICMS – Regime SimBahia, nota-se que tais recolhimentos não foram considerados na autuação. Observa-se de que no extrato que contém a relação de DAEs do exercício de 2005 (fl. 81), constam diversos recolhimentos sob código de receita 1844 - ICMS Empresa Pequeno Porte/SimBahia, não tendo sido tais valores abatidos dos totais apontados como devidos às fls. 10/12. Assim, mais uma vez, restava patente a incerteza do lançamento.

E as incorreções também ocorrem quando se analisa o imposto devido sob regime de antecipação parcial. Analisando, pergunta: *sem acesso aos livros e documentos fiscais da empresa, como pôde o fiscal autuante concluir que operações, dentre aquelas informadas pelos fornecedores no SINTEGRA, foram sonegadas pela empresa?*

Mas, como verificou que no demonstrativo de fls. 15/41, houve abatimentos a título de “Valor Pago”, solicitou ao autuante que juntasse aos autos os extratos de arrecadação relativos ao período fiscalizado, e destacasse os recolhimentos feitos a título de antecipação parcial. Em atendimento, foi elaborado o levantamento de fls. 97/105, que, supostamente, deveria servir como lastro aos demonstrativos de fls. 15/41. Porém, seu efeito foi justamente o contrário. Constatou-se que o autuante considerou diversos recolhimentos que em nada se relacionam com ICMS devido sob regime de antecipação parcial. Por exemplo, à fl. 24, no mês de dezembro de 2005, foi abatido do total apurado o valor de R\$47,20. Não obstante, às fls. 97, verifica-se que este valor foi recolhido pela empresa, sob o código 1187 - ICMS GNR Substituição Tributária -Contribuinte inscrito. Ademais, em alguns meses, os valores indicados no documento de fls. 97/105 sequer coincidem com aqueles constantes dos demonstrativos de fls. 15/41, tal como ocorre, exemplificativamente, nos meses de novembro e dezembro/2006, janeiro, fevereiro e março/2007. E, embora, na maior parte dos casos, o procedimento adotado pelo autuante tenha sido favorável ao contribuinte, pois foram abatidos valores superiores ao que teria direito, se considerados apenas os recolhimentos de ICMS antecipação parcial, nem por isso o procedimento se convalida, na medida em que o lançamento tributário obedece ao princípio da legalidade estrita.

E, prossegue como relevante: não vieram aos autos as notas fiscais relacionadas no levantamento de fls. 13/41, e que serviram de base aos valores exigidos nas infrações 02 e 03, ainda que tenha sido solicitado. O autuante, a este respeito informou de que *“o único meio para se conseguir cópia das notas fiscais relacionadas no levantamento de fls. 13/41 será, através da coordenação de administração, que de posse da identificação dos emitentes de cada uma das respectivas notas fiscais, efetuará circularização junto aos mesmos, solicitando envio das cópias para serem juntadas ao PAF”*. Neste momento lembra de que a Procuradoria Fiscal e o próprio Conselho de Fazenda Estadual, *“já pacificaram entendimento no sentido de que, se as infrações não forem apuradas a partir dos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, mas sim com base em informações constantes de sistemas eletrônicos (SINTEGRA, CFAMT etc), a Administração Fazendária só se desincumbe de seu dever de comprovar a efetiva ocorrência do fato mediante juntada aos autos dos documentos fiscais indicados em seus demonstrativos, e fornecimento das respectivas cópias ao contribuinte”*, tendo em vista o respeito a como também em cumprimento ao disposto no art. 130, inciso II, *que atribuem aos agentes da Administração Fazendária a obriga*

necessárias à demonstração do fato argüido”, determinando-lhe ainda que, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, forneça todos os elementos de prova obtidos junto a terceiros, de que porventura o contribuinte não disponha, cujo teor transcreve. Neste sentido apensa aos autos diversos Acórdãos deste Colegiado para embasar sua argumentação.

Por derradeiro, lembra que foram dadas oportunidades ao fiscal autuante para que, se possível, sanasse os vícios observados no processo, não havendo êxito nas tentativas.

Assim, demonstrada a incerteza do lançamento de ofício e, com suporte no art. 119, inciso II e § 1º, do COTEB, representar a este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF pela nulidade do Auto de Infração.

Submete a representação à apreciação superior.

Em pronunciamento, a procuradora assistente da PGE/PROFIS, ratifica todos os termos da Representação proposta.

VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado nulo o presente Auto de Infração por estar comprovado vício insanável no procedimento fiscal.

A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração. Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN.

Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do citado artigo do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc e de rotinas administrativas.

Em uma fiscalização de estabelecimento, o art. 26, II e III, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) determina que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Indo adiante, no seu art. 28, I impõe que a *autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, 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** (grifo), a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.* Ou seja, obrigatoriamente, sob pena de cerceamento do pleno direito de defesa, deve o contribuinte estar ciente do início do procedimento fiscal.

Mesmo em um processo de baixa, caso presente, quando o contribuinte está ciente que irá ser fiscalizado, acorde art. 168, do RICMS/BA, o fato não pode excluir que seja obedecido ao devido processo legal. Acaso o contribuinte não tenha apresentado quando do seu pedido de baixa os documentos necessários e, como visto, não mais localizado, deveria ser intimado através de Edital para dar início ao procedimento fiscal. Tudo, conforme determinações do art. 108, III, do RPAF/BA.

Resta provado nos autos, inclusive ratificado pelo próprio autuante cientificado da ação fiscal, o que já inquina o Auto de Infração à n inciso II, do RPAF/BA.

Por outro lado, a PGE/PROFIS buscou, por duas vezes, as provas documentais que embasaram a ação fiscal. Sem qualquer êxito. O próprio autuante informou ter feito um arbitramento, sem qualquer base legal, do imposto apurado, quanto à infração 1. Não apresentou qualquer documento fiscal, nem abateu os recolhimentos efetuados pelo contribuinte do imposto devido mensalmente, como se comprova pelos DAE's apensados aos autos. E, neste específico caso, me alinhio inteiramente com a PGE/PROFIS quando diz que, embora tenham sido considerados dados mais benéficos ao contribuinte, este fato é completamente irrelevante, pois o imposto deve, por obrigação, ser apurado conforme determina a legislação tributária.

Em relação às infrações 2, 3 e 4, o autuante apresentou, após provocado pela PGE/PROFIS, demonstrativos incoerentes entre si, não dando qualquer certeza a base de cálculo apurada. Também, sem qualquer documento fiscal para embasar a exigência fiscal.

E, por fim, baseou a apuração do imposto exigido na presente ação fiscal em informações contidas no SINTEGRA, informações estas dadas pelos fornecedores do autuado. É o autuante quem diz que para se obter as notas fiscais, seria necessária uma circularização de mercadorias, solicitando de cada fornecedor cópias dos respectivos documentos fiscais (fl. 106). Ou seja, realizar uma nova ação fiscal, já que tais cópias deveriam, de igual sorte, estar acompanhadas de provas da operação realizada, pois, é sabido, de que a simples juntada de cópias de notas fiscais arrecadadas junto aos diversos fornecedores, somente demonstra indício de uma provável entrada da mercadoria neste Estado.

Em resumo, não existe qualquer certeza sobre o cometimento das infrações, nem tampouco, em relação à base de cálculo do imposto exigido, o que, e mais uma vez, inquina o Auto de Infração à nulidade, conforme determinações do art. 18, IV, "a", do RPAF/BA.

Por tudo exposto, ACOLHO a Representação proposta e voto pela NULIDADE da ação fiscal com base no art. 18, incisos II e IV, "a", do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Entretanto, ressalto que, tendo o contribuinte solicitado à baixa de sua inscrição estadual deve a Repartição Fiscal verificar se existem condições de ser realizada nova ação fiscal a salvo de falhas, objetivando resguardar os interesses do Erário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta. Recomenda-se a realização de nova fiscalização a salvo de falhas, para verificar se o contribuinte se encontra adimplente perante o fisco para que obtenha a baixa do estabelecimento comercial no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS