

A. I. N° - 206981.0010/09-5
AUTUADO - RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO NELSON DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 23.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0232-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Os elementos constantes dos autos indicam que a exigência do imposto não foi precedida de formalização de Termo de Início de Fiscalização ou registro no livro próprio. Não há previsão regulamentar de saneamento deste vício formal como invocado pelo preposto fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/09, exige ICMS no valor de R\$33.456,10, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando valor de R\$55.662,09 em decorrência das seguintes infrações:

01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$19.067,91. (2004/2006).
02. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$534,37.
03. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$5.118,00.
04. Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (2004/2006), sendo aplicada multa - R\$36.594,18.
05. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (2005/2006) - R\$18.040,39.
06. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA (2004) - R\$9.763,34.

O autuado apresentou defesa (fls. 112/135), esclarecendo inicialmente que exerce atividade de fabricação e venda de confecções, desfrutando de tradição, cumprindo suas obrigações fiscais e foi surpreendida com o Auto de Infração. Discorre sobre as infrações e afirma que não podem prosperar, conforme as razões que passou a expor e documentos que juntou com a defesa.

Preliminarmente diz que em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação o poder público dispõe de cinco anos para constituir o crédito tributário após a ocorrência do fato gerador nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN) e não a partir do primeiro dia do exercício previsto no art. 173, I do citado diploma legal, conforme jurisprudência contida no Resp 180.879-SP, STJ.

Transcreve outras decisões de julgados e afirma que considerando que a lavratura do Auto de Infração se deu em 07/07/09, decaíram os fatos geradores do período anterior ao mês de julho/04 de todas as infrações conforme quadro demonstrativo às fls. [redacted] reconhecida a decadência administrativamente, será gerado um [redacted]

Estado da Bahia, consubstanciado no ônus de sucumbência exigido judicialmente. Enseja a extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, V do CTN.

No mérito, com relação à infração 1, diz que verificou junto com sua contabilidade e constatou que houve equívoco por parte do autuante, visto que a escrita fiscal comprova os registros de notas fiscais de mercadorias que entraram no seu estabelecimento.

Na revisão constatou divergência de CNPJ que o emitente indicou compras da filial (CNPJ 32.651.374/0005-97) com o CNPJ da matriz conforme planilha juntada às fls. 442/444.

Relativamente aos valores não encontrados, requer realização de diligências no sentido de juntar as notas fiscais (eletrônicas ou físicas), referentes às saídas das mercadorias para o seu estabelecimento. Ressalta que o registro SINTEGRA pode ser feito por qualquer pessoa de forma fraudulenta, não que seja o caso, mas diante da correção de sua escrita contábil, se faz necessário averiguar a procedência das informações do SINTEGRA, passíveis de erro, e correção.

Requer que seja reconhecida como indevidas as cobranças referentes às notas fiscais lançadas no livro de entrada da filial com o CNPJ 32.651.374/0005-97 devidamente registradas no livro de saída, e realização de diligência para comprovar a existência das demais notas fiscais não escrituradas.

Reconhece o cometimento da infração 2, junta DAE comprovando o seu recolhimento e requer a extinção deste crédito, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Relativamente à infração 3, afirma que o autuante verificou a escrita fiscal e entendeu haver recolhimento a menos ou não recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, mas não considerou na escrita contábil a existência de “saldo credor do diferencial de alíquota a favor do contribuinte” conforme planilha juntada às fls. 448/449.

Entende que a existência de saldo credor supre a falta de recolhimento do diferencial de alíquota, “uma vez que é permitido pela legislação competente a utilização dos créditos acumulados em períodos anteriores com débitos fiscais futuros, como aconteceu neste caso”, considerando indevidos os valores exigidos em diversos meses (1, 3, 6 e 12/04 e 1, 3 e 4/05).

No tocante à infração 4, inicialmente suscita a sua nulidade por vícios e ofensa aos princípios constitucionais de direito de defesa, inobservância do devido processo legal e da legalidade, nos termos do art. 5º, LV, da CF/88 que assegura aos litigantes em processo administrativo o contraditório e a ampla defesa (art. 5, II, CF).

Diz que a defesa ficou prejudicada, haja vista que a legislação aplicada indicada no caso concreto não se coaduna com a realidade fática e não há clareza na infração, ofendendo aos princípios constitucionais citados, inclusive da atividade vinculada (art. 37 da CF e art. 142 do CTN).

Transcreve texto de autoria do professor Hely Lopes Meirelles acerca do princípio da legalidade para reforçar o seu posicionamento de que a cobrança é indevida, face à nulidade apontada acima e a violação do direito de ampla defesa, tendo em vista que foi aplicada multa pelo suposto fato da mesma ter deixado de entregar os respectivos arquivos magnéticos, utilizando como fundamentação legal para a aplicação da multa de 1% sobre a base de cálculo o “artigo 42, inciso II, alínea “g”, da Lei Estadual nº 7.014/1996”.

Entretanto, afirma que ao ler o mencionado dispositivo legal, percebeu a nulidade tendo em vista que esta norma determina a aplicação de uma “multa de R\$46,00 (quarenta e seis reais) sem qualquer nexos com a suposta infração cometida”. Em seguida transcreveu na íntegra à fl. 124, o art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96 e diz que não há como explicar a aplicação da multa de 1% quando o dispositivo indicado prevê multa de R\$46,00. Requer a nulidade da infração por haver cerceamento do direito de defesa, conforme decisões de julgados transcritas.

No mérito, caso a nulidade não seja declarada, argumenta que a entrega dos arquivos magnéticos do SINTEGRA não é obrigatória por ele no período fiscalizado (2004 criou a filial com CNPJ 32.651.374/0005-97, situada na região do Luc;

qual ficou responsável pela atividade industrial e a matriz pela atividade comercial, no seu entendimento não estava “obrigada a informar os arquivos magnéticos do SINTEGRA até dezembro de 2006”.

Além disso, afirma que conforme indicado no site da SEFAZ (fls. 451/464), o contribuinte que estivesse inscrito na condição de normal com faturamento inferior a R\$ 72.000.000,00 (setenta e dois milhões de reais) no ano de 2005, estava desobrigado de enviar o SINTEGRA até dezembro de 2006, desde que utilize o SEPD tão somente para a emissão de cupons fiscais, como aconteceu no seu caso. Conclui dizendo que não há permissivo legal para exigência da entrega dos arquivos magnéticos do SINTEGRA até dezembro de 2006, e conseqüentemente é ilegítima, a multa aplicada.

Alega ainda duplicidade da autuação, visto que a infração 3 do Auto de Infração 146528.0013/07-3 (fls. 466/468) lavrado em 26/12/07 tratou da aplicação de multa pela falta de entrega do arquivo magnético o que caracteriza duplicidade da autuação neste lançamento.

Manifesta entendimento de que a existência de uma autuação não impede a realização de uma nova fiscalização, desde que esta nova fiscalização se limite a apurar novas infrações, conforme disposto no art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN). Transcreve decisões de julgados para reforçar o seu posicionamento de impossibilidade de nova autuação. Requer a improcedência da autuação face à duplicidade desta infração lançada no Auto de nº 146528.0013/07-3.

Na eventualidade do não acatamento dos argumentos anteriores, requer que seja acatada a aplicação da multa de R\$46,00 indicada pelo autuante em sua fundamentação legal (art. 42, II, “g” da Lei nº 7.014/96) que nada tem a ver com a aplicação de 1% sobre o valor das saídas no mês.

Relativamente à infração 5, afirma que após confrontar sua escrita fiscal e DAEs com os demonstrativos elaborados pela fiscalização identificou que 90% do valor exigido é indevido, visto que o ICMS antecipação parcial foi recolhido no prazo legal conforme demonstrativos às fls. 441/443.

Reconhece que dos valores levantados apenas os referentes aos meses de maio e dezembro/04 são realmente devidos, embora os demonstrativos de recolhimentos às fls. 437/440 demonstrem que no período fiscalizado recolheu ICMS antecipação parcial a maior de R\$ 4.214,58 que supera os valores referentes às competências de maio e dezembro de 2004 de R\$ 3.524,81. Entende que feito um encontro de contas entre o crédito do contribuinte e o crédito tributário do Estado, restará na extinção da infração.

Quanto à infração 06, reconhece a existência da mesma e informa ter providenciado o seu parcelamento junto à SEFAZ (fl. 475), conforme DAE anexo, aproveitando a redução da multa.

Por fim requer reconhecimento da decadência de todas as infrações no período anterior a julho de 2004, revisão de parte do lançamento, nulidade de algumas infrações e improcedências de outras, conforme os argumentos expostos. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, juntada posterior de documentos para provar a veracidade do alegado e improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal (fls. 477/485), inicialmente transcreve as infrações e resume os argumentos expendidos na impugnação.

Com relação à decadência invocada a favor do autuado, contesta dizendo que conforme disposto no art. 965, I do RICMS/BA o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário se extingue no prazo de cinco anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na situação presente, o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/09 e não foi alcançado pelo período decadencial.

Com relação à infração 1, contesta a alegação defensiva de que: sua escrita comprova a escrituração de notas fiscais de mercadorias que deram entrada no estabelecimento; o registro SINTEGRA possibilita fraude e que não reconhece a entrada e a existência de tais alegações são falsas, tendo em vista que intimou “as principais

fiscais” cujas cópias foram juntadas às fls. 518/626, que referem a compras efetivadas e não registradas, respaldado nas intimações e comprovantes de recebimentos anexados às fls. 506/517.

Relativamente à alegação defensiva de que encontrou divergências de CNPJ em algumas notas fiscais, reconhece que efetivamente ocorreram, refez o demonstrativo fazendo a exclusão o que reduz a multa de R\$19.067,91 para R\$17.739,76 conforme demonstrativo às fls. 487/505.

Quanto às infrações 2 e 6 tendo sido reconhecidas e pagas diz que não há o que se discutir.

No tocante à infração 3, afirma que não procede o argumento de que não foi verificado a escrita contábil por entender que o exame da escrita fiscal é suficiente para fazer prova do cometimento da infração.

No tocante à infração 4, com relação ao argumento defensivo de que a multa foi tipificada incorreta, diz que se faz necessário analisar as alterações ocorridas no período fiscalizado (2004/2006). Transcreve às fls. 481/482 as redações do art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96 com as redações dadas pelas Leis nºs 8.534/02; 9.159/04 e 9.430/05.

Destaca que faltou apenas indicar estas alterações, mas a multa está correta e mesmo que não tivesse, pela descrição dos fatos e dos demonstrativos pode se identificar a natureza da infração e o montante do débito, o que não conduz a nulidade nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA.

Quanto à alegação defensiva de que estaria desobrigado de entregar os arquivos magnéticos, contesta dizendo que o próprio material juntado com a defesa (fls. 450/464) prova em contrário visto que a resposta 1 indica que o contribuinte está obrigado a fazer a entrega por se enquadrar na resposta dos itens “a” (faturamento no ano anterior superior a R\$360.000,00) e “a1” (emitida documento fiscal eletronicamente e faça escrituração fiscal por processamento de dados, nos termos dos artigos 683, 686 e 708-A do RICMS/BA).

Relativamente ao argumento de duplicidade da autuação, afirma que a entrega do arquivo magnético é uma obrigação acessória e deve ser cumprida pelo contribuinte sempre que for intimado, principalmente nos casos de não ter entregue, entregue incompleto ou fora do padrão.

Manifesta entendimento de que a autuação anterior não cessa a obrigação de manter e fornecer os arquivos magnéticos ao Fisco quando exigido nos termos dos artigos 686 e 708-B, §5º do RICMS/BA.

No que se refere ao pedido de aplicação da multa indicada na fundamentação legal da autuação, contesta que não faz sentido face ao exposto no primeiro item.

Com relação à infração 5, “entende que o imposto devido, foi recolhido fora do prazo e caberia, apenas, aplicação de multa formal”. Por fim, pede a procedência parcial da autuação.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 630) tendo se manifestado às fls. 632/646.

Inicialmente suscita a nulidade do Auto de Infração em virtude do autuante ter “iniciado a fiscalização via e-mail, conforme documentação acostada às fls. 507 a 517”, nos termos dos artigos 28 e 29 do RPAF/BA por entender que o Termo de Início de Fiscalização deve ser realizado de forma escrita e colhida assinatura do intimado, não se enquadrando nas exceções, motivo pelo qual requer a nulidade da juntada de documentos ao processo pelo autuante.

No mérito, reitera a decadência formulada na inicial, conforme decisões de julgados do STJ.

Com relação à infração 1, uma vez baixada a exigência relativa ao CNPJ indicado errado, reitera os fundamentos expostos na impugnação inicial.

Ressalta ter reconhecido e parcelado as infrações 2 e 6.

Relativamente à infração 3, afirma que não diferenciou a escrita fiscal da contábil e sim que o autuante não analisou aspectos importantes dos registros contábeis conforme documentação juntada com a defesa para demonstrar a existência de “saldo cred

que foi desconsiderado pela fiscalização, que não fez a compensação com os saldos devedores futuros em obediência ao princípio da não cumulatividade. Reitera os argumentos da defesa.

Quanto à infração 4, argumenta que a indicação de dispositivo legal diverso do que deveria ser aplicado enseja a nulidade da infração, face ao princípio do contraditório, da atividade administrativa vinculada. Transcreve ementa do Acórdão JJF 079-05/09 para reforçar o seu posicionamento.

Reitera a inexistência de permissivo legal de obrigatoriedade de entregar arquivo magnético, também da autuação em duplicidade na aplicação da multa e que foi aplicada de forma incorreta.

Finaliza dizendo que reitera os pedidos formulados anteriormente e declarada à improcedência das infrações não reconhecidas.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 658/669). Inicialmente apresenta um resumo da defesa inicial, da primeira informação fiscal e da nova manifestação. Em seguida diz que a novidade trazida pelo autuado foi o pedido de nulidade em virtude de ter iniciado fiscalização via correio eletrônico e sem lavratura de Termo de Início de Fiscalização no livro próprio.

Rebate que o art. 18, §1º do RPAF/BA estabelece a possibilidade de suprir incorreções e omissões sem acarretar a nulidade do Auto de Infração desde que seja comunicada ao autuado e que o início da ação fiscal se deu em conformidade com o art. 26, I e IV do citado diploma legal.

Quanto à infração 1, afirma que ao contrário do que foi afirmado na defesa, foram juntadas notas fiscais relativas ao contribuinte que não foram lançadas na sua escrita fiscal, as quais não foram referenciadas na manifestação do autuado.

Diz que não tem nada a acrescentar em relação às infrações 2, 4, 5 e 6 além do que já foi dito.

No tocante à infração 3, reafirma que o livro de Apuração do ICMS é o instrumento adequado para verificar questões relativas ao crédito fiscal, apuração e pagamento do imposto. Requer a procedência parcial da autuação.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 671) tendo se manifestado às fls. 673/675. Quanto ao argumento da inexistência de nulidade, afirma que a intimação para início da ação fiscal não é uma faculdade do agente fiscal e sim uma determinação legal que se não cumprida implica em nulidade.

Reitera a obrigatoriedade da lavratura do Termo de Início de Fiscalização nos termos do art. 28, I salvo as exceções previstas no art. 29 tudo do RPAF/BA. Reitera a nulidade suscitada.

O autuante presta a terceira informação fiscal (fl. 681) e diz que não tendo o contribuinte apresentado fato novo, mantém tudo que foi dito anteriormente.

A Secretaria do CONSEF anexou às fls. 685/698 processo de parcelamento da infração 6 e da infração 2 (fl. 702).

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou à decadência do lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos até julho de 2004, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 30/06/09, com ciência do autuado em 08/07/09.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) dispõe, no seu parágrafo 5º:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim sendo, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao período anterior a julho de 2004, só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse depois do dia 31/12/09.

O autuado suscitou a nulidade da infração 4, por indicar como tipificação o art. 42, XIII-A, “g” que estabelece valor da multa em R\$46,00 enquanto no demonstrativo de débito foi aplicado porcentual de 1% do valor das saídas de mercadorias do período.

Verifico que os fatos geradores indicados na infração ocorreram no período de janeiro/04 a dezembro/06. Constatado que conforme redação dada pela Lei nº 8.534/02, com efeitos a partir de 14/12/02 a 09/07/04, previa multa de 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, pelo não fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, que foi a aplicada na infração. As redações dadas pela Lei 9.159/04 deu vigência a nova redação de 9.430/05 a partir de 11/02/05 a 27/11/07. Tal situação foi esclarecida pelo autuante na primeira informação fiscal, e cientificado o estabelecimento autuado conforme disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA. Logo, considero correto o enquadramento da multa aplicada em conformidade com a legislação do imposto vigente na data da ocorrência dos fatos geradores.

Suscitou também a nulidade do Auto de Infração no momento que foi cientificado da informação fiscal, sob o argumento de ter sido “iniciado a fiscalização via e-mail, conforme documentação acostada às fls. 507 a 517”, contrariando o disposto nos artigos 28 e 29 do RPAF/BA por entender que o Termo de Início de Fiscalização deve ser realizado de forma escrita e colhida assinatura do intimado, não se enquadrando nas exceções.

O autuante na segunda informação fiscal admitiu não ter feito a intimação pessoal ou registrado no livro RUDFTO, mas contestou o argumento defensivo dizendo que o fato de ter iniciado fiscalização via correio eletrônico e sem lavratura de Termo de Início de Fiscalização no livro próprio, não conduz a nulidade de acordo com o disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA, estabelecendo a possibilidade de suprir incorreções, desde que seja comunicada ao autuado e que o início da ação fiscal se deu em conformidade com o art. 26, I e IV do citado diploma legal.

Para facilitar o entendimento quanto à questão suscitada, transcrevo parte da legislação pertinente contida no RPAF/BA:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V - revogado

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.

...

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;

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

§ 5º É dispensada a transcrição, no livro de ocorrências do estabelecimento, dos termos emitidos na fiscalização do trânsito de mercadorias.

§ 6º Em substituição à transcrição dos termos no livro de ocorrências, nos casos previstos, poderá ser afixada cópia dos mesmos no referido livro.

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.

Pelo exposto, constato que na situação presente o autuante expediu diversas intimações por email (fls. 40/48) ao estabelecimento autuado e solicitou a confirmação do recebimento dos emails.

Observo que o art. 26 I do RPAF/BA estabelece que, 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 transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte”, fato que não ocorreu.

Também não ocorreu situação em que se dispensa o Termo de Início de Fiscalização (art. 28, §§4º e 5º), em substituição à transcrição de termos em livros.

Pelo exposto, restou comprovado que no início da ação fiscal, o autuante não lavrou o Termo de Início de Fiscalização, não foi comprovado ter afixado cópia no livro RUDFTO e em se tratando de Auto de Infração lavrado no comércio, não se enquadra nas situações previstas na legislação do ICMS em que fica dispensado da lavratura do mencionado Termo.

Pelo exposto, restou comprovado que na lavratura do Auto de Infração não foi obedecido o devido processo legal e também não se enquadra nas hipóteses de correções que podem ser feitas de acordo com o art. 18 do RPAF. Por isso, declaro nulo o Auto de Infração.

Represento a autoridade fazendária, para que, seja renovado o procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida *vênia*, em parte do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua decisão de julgar nulo o Auto de Infração, por ficar constatado que o autuante expediu diversas intimações por e-mail, em estrita consonância com o artigo 18 do RPAF/99, com

ofício não obedeceu ao devido processo legal e também não se enquadra nas hipóteses de correções que podem ser feitas de acordo com citado art. 18 do RPAF.

Inicialmente, da análise dos autos, se observa que, dentre os documentos que fundamentam as acusações fiscais, encontram-se cópias dos livros Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS do próprio contribuinte, consoante fls. 49 a 71 dos autos, o que comprova que o contribuinte tinha conhecimento da ação fiscal desenvolvida em seu estabelecimento comercial e que o autuante teve acesso à documentação do contribuinte, a qual lhe pertencia e por ele foi entregue.

Assim sendo, no presente caso, o contribuinte assinou o Auto de Infração, reconheceu e recolheu ou parcelou de forma irretratável os débitos relativos às infrações 02 e 06 (fls. 106/107 e 133), apresentou suas razões de defesa (fls. 111 a 135), inclusive se reportando a cada infração, não arguindo naquele momento qualquer cerceamento ao seu direito de defesa decorrente da forma que foi iniciada a ação fiscal ou procedida a intimação, só vindo a invocar tal arguição, às fls. 632 a 646 dos autos, quando da sua posterior manifestação acerca da informação fiscal.

Logo, entendo não ter pertinência ser acolhida pelo órgão julgador a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que a intimação é um dos meios de se iniciar a ação fiscal, conforme já visto, vez que o procedimento fiscal se iniciou com a intimação através de e-mail (fl.), a qual surtiu seus efeitos desejados que são: cientificar ao contribuinte do início da ação fiscal, como também o fornecimento da documentação necessária à consecução da fiscalização, cujos objetivos foram satisfeitos, pois o contribuinte teve perfeito conhecimento do que estava sendo acusado, conforme defesa apresentada ao lançamento de ofício, como também foram fornecidos os livros e documentos fiscais à fiscalização pelo contribuinte ou seu preposto, conforme provas documentais nos autos.

Contudo, com relação à quarta infração, a qual se refere à falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação específica, inclusive com prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, consoante art. 708-B do RICMS/BA, entendo haver a nulidade acolhida, pois difere do caso anterior, mesmo porque não foi satisfeita pelo contribuinte.

Portanto, com exceção da infração 4, incontestável o fato de que o lançamento de ofício contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, visto que o contribuinte teve todas as condições de exercer plenamente o seu direito de defesa e que não ocorreu qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, pois ao apresentar os livros e documentos exigidos na intimação, realizada via e-mail, o próprio sujeito passivo regularizou o procedimento adotado.

Vale lembrar que o citado art. 18 do RPAF/99, em seu § 1º, estabelece que:

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, 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 suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Do exposto, voto pela NULIDADE apenas da quarta infração, deixando de me pronunciar sobre o mérito das demais infrações em razão da Decisão desta JJF pela nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar NULO o Auto de Infração nº 206981.0010/09-5, lavrado contra RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR