

PROCESSO - A. I. Nº 232948.0112/11-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - JR TRANSPORTES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0116-01/12
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 04/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0285-12/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA E DE SAÍDA. MULTA. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO DE USO. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DEVIDO. 3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO. NULIDADE. INOBSEERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Restou comprovado nos autos que não foi observado o prazo concedido ao sujeito passivo para a apresentação de documentos fiscais, bem como não ficou demonstrado o alegado embaraço à ação fiscal. Imputações nulas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 232948.0112/11-6, lavrado em 22/12/2011 para exigir ICMS no valor histórico total R\$2.381.249,21, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$920,00, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado. Fato ocorrido em 22/12/11, tendo sido indicada multa no valor de R\$460,00. Consta, no Auto de Infração, que o autuado, apesar de intimado por diversas vezes e contatado via telefone, só apresentou os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, impedindo a realização de diversos roteiros fiscais e contábeis.

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito do referido crédito, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$2.381.249,21, acrescido da multa de 60%. Consta, no Auto de Infração, que o autuado, apesar de intimado por diversas vezes e contatado via telefone, só apresentou os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, impedindo a realização de diversos roteiros fiscais e contábeis, já tendo sido inclusive emitida uma notificação fiscal.

INFRAÇÃO 3. Embaçou a ação fiscal. Fato ocorrido em 22/12/11, tendo sido aplicada multa no valor de R\$460,00. Consta, no Auto de Infração, que o autuado, apesar de intimado por diversas vezes e contatado via telefone, só apresentou os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, impedindo a realização de diversos roteiros fiscais e contábeis, tendo sido emitida uma notificação fiscal por embaraço e falta de entrega de livros e documentos fiscais.

O Fisco acosta, às fls. 07 a 103, documentos que consistem em Termos de Intimação para apresentação, no prazo de 48 horas, de livros fiscais, documentos fiscais e arquivos magnéticos (fl. 07, data de ciência do contribuinte em 26/08/2011; fl. 13, data de ciência do contribuinte em 20/12/2011; fl. 12, data de ciência do contribuinte em 21/12/2011); Termos de Intimação para apresentação, no prazo de 48 horas, dos livros fiscais Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS (fl. 09, data de ciência do contribuinte em 14/11/2011; fl. 10, data de ciência do contribuinte em 21/11/2011; fl. 11, data de ciência do contribuinte em 21/12/2011); demonstrativos do levantamento fiscal realizado (fls. 17 e 56), cópia de livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 18 a 55, e fls. 57 a 99).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 107 a 121, o autuante prestou a informação fiscal às fls. 134 a 137 mantendo a autuação.

O julgamento unânime em Primeira Instância decidiu pela nulidade do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0116-01/12, às fls. 142 a 146. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade das Infrações 1 e 3 sob o argumento de que não foram respeitados os requisitos legais para a imposição das multas, que essas infrações estão fundamentadas na mesma acusação e que o autuante não aguardou o transcurso do prazo concedido na última intimação. Menciona que já foram expedidas duas notificações fiscais impondo as mesmas multas. Diz que não foram observados os princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório. Discorre sobre a teoria dos motivos determinantes.

Cuida a Infração 1 da falta de apresentação de documentos fiscais, tendo o contribuinte entregado ao fisco apenas os livros fiscais.

A análise das peças processuais mostra que a última intimação do autuado para apresentação de documentos fiscais foi efetuada em 21/12/11 (fl. 12), tendo sido concedido ao contribuinte o prazo de quarenta e oito (48) horas para atendimento dessa solicitação. Entre a última intimação e a lavratura do Auto de Infração, o autuante não esperou o transcurso do prazo concedido ao contribuinte. O procedimento fiscal foi praticado sem observância do devido processo legal e foi cerceado o direito de defesa do autuado, o que acarreta a nulidade da Infração 1, nos termos do artigo 18, inciso II, do RPAF-BA.

Na Infração 3, o autuado foi acusado de ter embaracado a ação fiscal, em virtude de não ter apresentado ao fisco documentos fiscais, quando regularmente intimado.

Além da inobservância do prazo concedido ao sujeito passivo para a apresentação dos documentos fiscais como já foi dito acima, ressalto que a falta de apresentação de documentos fiscais (inobservância de obrigação acessória para a qual a Lei nº 7.014/96 prevê pena específica), por si só, não caracteriza embaracço a ação fiscal. Assim, a Infração 3 é nula, por inobservância do devido processo legal e por insegurança na determinação da infração, ao teor do disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF-BA.

Trata a Infração 2 da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O autuante consignou que o autuado, apesar de regularmente intimado, não lhe apresentou os documentos fiscais solicitados, limitando-se a apresentar os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, o que diz ter impedido a realização de diversos roteiros fiscais e contábeis.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade desse item do lançamento de ofício, argumentando que o Auto de Infração foi lavrado antes de decorrido o prazo de quarenta e oito horas, concedido na última intimação, para a apresentação dos livros e documentos fiscais solicitados. Diz que há insegurança na determinação do valor apurado. Afirma que a falta de apresentação de documentos fiscais não autoriza a desconsideração da escrita fiscal e nem a glosa dos créditos escriturados. Frisa que o autuante, caso percebesse alguma irregularidade na utilização dos créditos fiscais escriturados, deveria ter apurado o imposto por outro meio que se aproximasse da realidade da empresa, inclusive mediante arbitramento da base de cálculo.

A última intimação para apresentação de livros e documentos fiscais foi expedida em 21/12/11 (fl. 12), tendo sido concedido ao autuado o prazo de quarenta e oito (48) horas para o seu atendimento. No entanto, antes de expirar o prazo fixado para a apresentação dos livros e documentos fiscais, o autuante concluiu o procedimento fiscal, apurou os valores exigidos na Infração 2 e lavrou o Auto de Infração às 09h45min do dia 22/12/11.

Apesar de haver intimações anteriores para apresentação de livros e documentos, ao decidir por efetuar nova intimação em 21/12/11, o autuante deveria ter aguardado o final do prazo concedido ao autuado para, em

seguida, aferir se efetivamente houve a utilização indevida dos créditos fiscais de que trata a Infração 2. Ao apurar os valores exigidos e constituir o crédito tributário antes do decurso do prazo concedido ao fiscalizado, o autuante praticou um ato com clara preterição do direito de defesa do sujeito passivo, o que acarreta a nulidade da Infração 2, a teor do disposto no art. 18, II, do RPAF-BA.

Além do vício acima, vislumbro insegurança na determinação do valor tido como devido, uma vez que não é razoável admitir que o autuado, uma empresa de transporte rodoviário de cargas, durante os exercícios de 2009 e 2010, não tivesse direito a nenhum crédito fiscal de ICMS.

Efetivamente, os créditos fiscais lançados nos livros fiscais próprios devem estar respaldados em documentos fiscais idôneos, para que tais créditos não sejam serem considerados indevidos e, em consequência, glosados. Todavia, no caso em análise, a sumária glosa de todos os créditos fiscais do autuado, inclusive os provenientes do exercício de 2008, exercício para o qual não houve qualquer solicitação de documento fiscal, traz insegurança na determinação do efetivo valor devido. Para o caso em tela, a falta de apresentação de documentos fiscais poderia até mesmo ensejar um arbitramento da base de cálculo do imposto, caso fossem atendidos os demais requisitos para o arbitramento, mas não o procedimento adotado pelo autuante.

Pelo acima exposto, a Infração 2 é nula por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação do valor devido, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF-BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, de fato não foi realizado o devido procedimento fiscal posto que desrespeitado prazo documentadamente concedido ao contribuinte para a apresentação dos livros e dos documentos fiscais. Ademais, faltou embasamento legal para o alegado embaraço à ação fiscal, posto que a falta de apresentação de documentos e livros fiscais, fato já objeto de penalidade imposto na autuação em outra imputação específica, não se prestaria mais como base para a imposição de nova multa.

Assim, exatamente como já relatei de forma antecedente a este voto, os Termos de Intimação fiscal acostados pelo preposto desta SEFAZ às fls. 12 e 13 dos autos deste processo comprovam que - seguindo a ordem cronológica, o Termo de Intimação de fl. 13, com data de ciência do contribuinte em 20/12/2011; e de fl. 12, com data de ciência do contribuinte em 21/12/2011 - assiste integral razão ao sujeito passivo quando aponta o descumprimento do prazo pelo autuante, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2011, ou seja, decorridas apenas 24 das 48 horas regularmente concedidas ao contribuinte.

Ressalto que muito embora o contribuinte já houvesse continuadamente descumprido prazos inicialmente concedidos pelo preposto fiscal para apresentação dos documentos exigidos, sem apresentá-los, o que sem sombra de dúvida naqueles momentos lastrearia integralmente uma autuação, mas uma vez que o preposto fiscal, no uso de suas atribuições, decidiu por novamente intimar o sujeito passivo para apresentar a documentação que ainda não lhe fora apresentada, com este ato optou por conceder ao contribuinte novo prazo, e para lavrar o Auto de Infração, em caso de persistência no descumprimento da obrigação de apresentação dos livros e documentos fiscais, cabia agora ao Fisco respeitar o termo final do novo prazo de 48 horas que concedeu. Desrespeitado o novo prazo pelo Fisco, resta nula a autuação.

Contudo, diante dos dados deste processo, ratifico a recomendação contida na Decisão de primeiro grau no sentido da renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 **232948.0112/11-6**, lavrado contra **JR TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

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