

A. I. Nº - 088444.0002/13-5
AUTUADO - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 19.12.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0310-01/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O Auto de Infração foi lavrado sem a emissão do Termo de Início de Fiscalização e o demonstrativo de débito que instrui a exigência não foi entregue ao autuado. Auto de Infração declarado **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/07/2013, exige ICMS no valor de R\$ 85.307,06, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte acusação: 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/ou do exterior relacionadas no anexo 88.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 49 a 56, reproduzindo os fatos tributados, pede a nulidade dos autos, sob a arguição de inaptidão em demonstrar a ocorrência do fato gerador presumido pela fiscalização. Aduz que o demonstrativo que instrui o auto de infração não menciona quais produtos foram objeto da aquisição por parte de contribuinte, a fim de poder ser verificado, por exemplo, a correta incidência da alíquota de ICMS aplicada, visto que esta pode mudar em função de cada produto e até para identificar se o produto é isento. Acusa que não se menciona ainda o número e data de emissão das notas fiscais.

Defende que o auto de infração é lacônico tornando-o uma peça de processo kafkaniano, uma vez a inexistência de indicação que possa levar ao cotejo das notas fiscais com os respectivos lançamentos, o que o conduz à nulidade absoluta.

No mérito, alega que a antecipação tributária do ICMS é uma sistemática na qual o fato gerador é considerado ocorrido, antes mesmo da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento ou por ocasião do mero ingresso da mercadoria no território do respectivo Estado. Aduz que se trata de uma presunção relativa criada por lei a fim de facilitar a arrecadação de impostos.

Diz que se o contribuinte comprovar que as mercadorias jamais chegaram ao seu destino, o tributo não será devido. Transcreve decisão do STF, nesse sentido. Conclui que não ocorrendo o fato gerador presumido na substituição tributária, não há tributo algum a pagar.

Argumenta que em não havendo registro nos livros fiscais de entrada das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS é porque ditas mercadorias jamais chegaram ao estabelecimento comercial. Discorre sobre as contingências que podem atingir aos empresários; diz que outros estabelecimentos, agindo de má fé e com intenção de furtarem-se do pagamento dos impostos, têm feito compras na inscrição de empresas regulares, tanto que já foram protocoladas denúncias na Secretaria da Fazenda. Deduz que, nesse caso, deve prevalecer a escrituração fiscal, que também possui presunção de veracidade, conforme o STJ, no Agravo de Instrumento 1116433/09. Por tais motivos, diz que o ICMS-ST no presente auto de infração deve ser julgado improcedente.

Discorre sobre a não cumulatividade do ICMS, acusando que a exigência faz incidir a alíquota de 17% sem o abatimento devido; aduz que somente por sandice, deixaria de escriturar as mercadorias adquiridas, considerando que toda mercadoria originado de fora do Estado é registrada nos sistemas fazendários; ensina que, diante de eventual inexistência do lançamento de entrada da mercadoria, a

autoridade fiscal deveria arbitrar o valor das vendas, reiterando que o Fisco impôs um ônus excessivo, ao violar a natureza não cumulativa do imposto. Diz que não houve má fé a justificar a imposição de multa tão gravosa e confiscatória. Transcreve, no caso, o RE 423471-MG, para concluir que o auto de infração deve ser julgado improcedente.

O Auditor Fiscal presta Informação Fiscal, fls. 58/59, aduzindo que a arguição de nulidade suscitado pelo autuado foi equivocada, uma vez que a infração cometida está perfeitamente descrita e tipificada no auto de infração. Quanto às notas fiscais que embasam a acusação, basta verificar os respectivos DANFES, às fls. 11/43, que foram apreendidos no próprio estabelecimento, conforme consta no Termo de apreensão.

Diz que em tais documentos, contudo, não constam qualquer carimbo de postos fiscais da fronteira, caindo por terra a tese defensiva. Pede a procedência do auto de infração.

VOTO

Depois de compulsar os elementos que integram os autos, verifico que se trata de fiscalização manejada por Auditor Fiscal, nos termos do art. 42, I, RPAF/BA, para exigir a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação.

Não obstante constar nos autos, às fls. 04 e 05, respectivamente, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, além de um demonstrativo de débito, depreende-se, do exame do conjunto documental que instrui o Auto de Infração em debate, que a autuação fora irremediavelmente maculada pelo flagrante descumprimento das normas estatuídas no artigo 18, inciso II do RPAF/BA., vez que, fora constatada a inexistência nos autos do Termo de Início de Fiscalização, da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos ou mesmo da transcrição no livro RUDFTO do contribuinte do Termo de Início de Fiscalização, conforme expressamente determina a legislação tributária, no sentido de cientificar ao contribuinte do procedimento fiscal a ser desenvolvido.

O art. 196 do Código Tributário Nacional – CTN, positivando o princípio documental, exige que a autoridade fiscal lavre termo de início de procedimento, que serve de intimação e da ciência ao sujeito passivo de que será objeto de fiscalização, além de marco para afastamento da espontaneidade do sujeito passivo, em relação aos atos anteriores, conforme o art. 138, CTN.

Tais requisitos não é simples formalidade. São fundamentais para que a autoridade fiscal possa efetuar ou presidir tarefas de fiscalização e verificação do cumprimento de obrigação tributária (art. 28, RPAF/BA). Do teor do dispositivo normativo emerge a nítida evidência de que seu objetivo é salvaguardar o direito de ampla defesa do autuado, integralizando o devido processo legal.

Por outro lado, estabelece o regulamento de processo estadual (art. 29) que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: **a)** descumprimento de obrigação acessória; **b)** irregularidade constatada no trânsito de mercadorias e houver imediato pagamento do imposto e da multa aplicada; **c)** irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

A irresignação do sujeito passivo é ainda no sentido de que o Termo de Apreensão que lhe fora entregue, nada demonstra e não menciona quais produtos foram objeto da aquisição por parte de contribuinte, a fim de poder se verificar, por exemplo, além dos produtos sobre os quais recai a exigência e a consequente aplicação da alíquota de ICMS que poderia ser aplicada, sob o argumento de sua mudança, em função de cada produto, além daqueles com isenção.

Isto já demonstra a fragilidade da presente ação fiscal como ponto de partida para a constituição de créditos tributários, emergindo daí, a imprescindível necessidade de intimação do sujeito passivo, através do competente Termo de Início de Fiscalização, cuja ausência não é suprida pelo Termo de Apreensão acostado ao autos.

Ademais, o demonstrativo de débito elaborado pelo Auditor Fiscal, fl. 05, que pretendeu instruir o Auto de Infração, não cumpre esse mister, posto que não foi submetido à apreciação do sujeito passivo, a fim de que o possibilitasse exercer seu juízo de valor e sobre ele apresentar defesa. Daí o argumento defensivo de desconhecimento do que lhe estava sendo exigido e que lacônico o respectivo Auto de Infração.

Em síntese, não vejo como prosperar a aludida exigência fiscal, considerando o flagrante cerceamento do direito de defesa, seja pela inadequação do Termo de Apreensão, isoladamente lavrado, nas auditorias em estabelecimentos fixos, seja pela falta de entrega ao autuado do respectivo demonstrativo de débito, que instruiu a exigência, ressaltando que qualquer ato processual somente será válido se o sujeito a quem ele é dirigido tiver tomado ciência do mesmo, em prestígio ao contraditório e à ampla defesa.

Em face do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo em que represento à autoridade fiscal no sentido de examinar a necessidade de nova ação fiscal, salva das falhas aqui apontadas, sobretudo, pela reincidência do equivocado procedimento fiscal, precedente observado no acórdão JJF 0233-03/11, confirmado em segunda instância (Acórdão CJF 0024-11/12).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 088444.0002/13-5**, lavrado contra **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS**. Recomendado a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/2011**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR