

A. I. Nº - 206825.0080/13-3
AUTUADO - TRIESTA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0323-03/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito. Por não ter sido observado o quanto disposto no § 1º art. 108 do RPAF/99, impõe-se seja declarado nulo o auto de infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Regulamento Processual. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/07/2013, exige crédito tributário no valor de R\$233.806,00, em razão da falta de apresentação de quaisquer documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, bem como a falta do envio de arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ/BA, que impossibilitou os levantamentos reais das bases de cálculo das transações mercantis realizadas pelo sujeito passivo para os exercícios de 2010 a 2012, sendo necessário a aplicação do método de arbitramento legal da base de cálculo para levantamento do imposto devido à Fazenda pública estadual.

Consta no termo de encerramento de fiscalização que o autuante valeu-se dos valores constantes das informações fiscais da empresa registrados no banco de dados da SEFAZ (DMAs) referentes aos exercícios de 2008 e 2009, os quais foram atualizados pelas taxas SELIC dos exercícios fiscalizados para determinação da base de cálculo.

O autuado impugna o lançamento fls.48/58. Confirma a tempestividade da impugnação. Sintetiza os fatos e a acusação fiscal com o respectivo enquadramento legal. Diz que o Auditor Autuante declarou que intimou a empresa para a apresentação de documentos fiscais por meio de telegrama e consoante narra no termo de encerramento fiscal, não houve êxito na intimação via telegrama, motivando-o a visitar o local. Nessa última ocasião, narra que não encontrou no local a empresa autuada.

Continua relatando o descrito no termo de encerramento da fiscalização, dizendo que este informa que a Impugnante teria dois endereços para o mesmo estabelecimento e que, por não ter encontrado a pessoa jurídica, intimou a empresa novamente, agora através de outros 2 telegramas, conforme consta do termo de encerramento fiscal. Após o envio dos dois telegramas, a EBCT informa o êxito de uma das correspondências. Ocorre que, como mesmo salienta o Autuante, ele não conseguiu localizar nenhum preposto ou sócio da autuada. Afirma que o autuante declara que por conta disso, a auditoria foi realizada sem a consulta a livros fiscais e arquivos magnéticos, restando patente a impossibilidade de levantamento real das bases de cálculo e mensuração das operações mercantis para os exercícios fiscalizados, razão pela qual procedeu ao Lançamento com base no arbitramento, que foi realizado com suporte no artigo 22, inciso II, e na alínea “f” inciso I do parágrafo 1º da Lei nº 7.014/1997.

Aduz que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, consagra os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, como direitos fundamentais do cidadão. Afirma que o descumprimento das normas que tenham como escopo garantir a ampla defesa, o contraditório e a realização do devido processo legal, jamais poderá passar incólume ao controle de qualidade exercido por este Conselho de Fazenda Estadual.

Nessa perspectiva, diz que na Teoria Geral do Processo, a relação processual só se inicia a partir do atendimento a normas legais que preveem a ciência da parte interessada. Sem a correta intimação/citação do contribuinte para o início do procedimento fiscal, conforme determina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, o processo administrativo fiscal jamais poderia ter se iniciado.

Assevera ser dever do agente da administração pública, sob pena de incorrer no crime capitulado no parágrafo 1º do artigo 316 do Código Penal Brasileiro, cumprir a legislação procedimental, e intimar corretamente o contribuinte antes de tomar qualquer medida tendente a lançar o tributo por meio de arbitramento.

Salienta que no caso em análise, o contribuinte não foi intimado corretamente pelo auditor Autuante, conforme relatado no termo de encerramento de fiscalização. Menciona que o fiscal pulou diversas etapas do procedimento de início da Ação Fiscal, não cumprindo o rito estabelecido no normativo do COTEB e do RPAF que preveem a intimação do contribuinte por diversos meios, a exemplo do edital.

Diante disso, frisa que a ação fiscal jamais deveria ter se iniciado sem a correta intimação do contribuinte, conforme inteligência do artigo 26, inciso III do RPAF/99 que reproduz. Assevera que o que prejudicou o acesso do autuante aos livros fiscais da pessoa jurídica não foi a omissão do contribuinte, mas sim, o descumprimento do quanto estabelecido nas normas legais, no que diz respeito à intimação do contribuinte.

Diz surpreender o fato de o auditor fiscal, após o insucesso da tentativa de intimação por correio não ter procedido ao redirecionamento da intimação para início de fiscalização, para o endereço do responsável legal, ao constatar indícios de encerramento irregular da Sociedade e não ter dado prioridade a citação ficta por edital, quando se sabe que a apuração e lançamentos dos débitos tributários devem estar pautadas nos princípios da oficialidade e da verdade material, verdadeiros primados da moralidade e da justiça fiscal, aqui representado pela vedação ao confisco. Neste sentido, transcreve jurisprudência.

Salienta que o auditor fiscal não logrou comprovar que efetuou todos os esforços esgotando os meios possíveis tendentes a intimação pessoal e ou por via postal do contribuinte, quer por não constar dos autos quaisquer provas neste sentido, quer por ter sido olvidado a intimação do representante legal da empresa cujos dados cadastrais estão acessíveis mediante a simples consulta do cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA. Assim, aduz que, não obtendo êxito na intimação editalícia da pessoa jurídica (o que, diga-se de passagem, não foi cumprida), o autuante poderia ter consultado o endereço dos representantes legais da pessoa jurídica e intimado estes em nome daquela, para que os documentos solicitados fossem apresentados. Infelizmente não foi isso o que ocorreu, o que gerou séria distorção no presente Auto de Infração que merece a total improcedência.

Enumera o que em seu entendimento foram erros cometidos pelo autuante: o primeiro por não ter intimado a pessoa jurídica por edital, como manda a legislação de regência; segundo, ainda que a pessoa jurídica fosse intimada por edital, caso não encontrada, a intimação deveria ter sido direcionada aos sócios ou representantes legais, seja por AR ou por própria visita dos fiscais; caso, em última análise, não fosse encontrado, a Fiscalização deveria ter intimado os sócios e representantes também por edital.

Observa que o próprio RPAF/99 prevê, no seu artigo 44, que o Auto de Infração será lavrado em três vias, uma das quais será encaminhada ao autuado e no artigo 46, prevê que “na intimação do

sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha”.

Pondera que o não cumprimento da dita norma é vilipêndio ao direito de defesa do contribuinte, oportunidade que já se requer que seja enviada a via do contribuinte e reabertura do prazo para que nova impugnação seja feita, até porque o Autuado não teve acesso aos papéis de trabalho, aos dados e documentos utilizados pela fiscalização no procedimento de arbitramento fiscal.

Sobre o arbitramento, diz que o auditor procedeu ao lançamento por esta metodologia, a qual reputa nulo por ausência de fundamentação legal para a utilização dessa metodologia. Registra que a empresa autuada dispõe de todos os registros contábeis dos exercícios fiscalizados, colocando-se à disposição para esclarecimentos e apresentação de documentos pertinentes, o que, já nesta oportunidade, requer, caso não acatada a Nulidade apontada e que seja feita diligência apta a abalizar com precisão a ocorrência das saídas sujeitas à incidência tributária.

Aduz que entradas apuradas não foram comprovadas pelo auditor autuante, que não provou a autenticidade dos dados demonstrados no termo de encerramento da fiscalização.

Por fim, diz que o auditor autuante não se atentou ao fato de que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS em operações com contribuinte inapto é do sujeito que vende a mercadoria, conforme se extrai do artigo 8º, inciso I do RPAF/99.

Requer seja declarado nulo e cancelado o auto de infração guerreado e caso este CONSEF assim não entenda, seja homenageado o princípio da verdade material e não confisco e que se determine a realização de nova intimação de “termo de início do procedimento fiscal” para que possa apresentar a competente documentação para que o auditor fiscal possa fundamentar os seus trabalhos.

O autuante presta a informação fiscal, fls.70/71. Diz que a digressiva peça impugnatória basicamente questiona não ter sido o sócio-gerente, Sr. André Luís Coutinho de Freitas, intimado no seu endereço residencial e também não se verifica a intimação por edital, somando-se ao fato, conforme alega o defendente, de não ter sido entregue ao sujeito passivo as peças referentes ao auto de infração e seus demonstrativos, motivos pelos quais, requer nulidade da peça de cobrança *ex officio*.

Comenta que em treze de junho de dois mil e treze, foi enviado ao estabelecimento do sujeito passivo telegrama nº MZ388766870, com aviso de recebimento e cópia confirmatória, tendo o Correio informado a mudança do endereço indicado. Diz que em visita “*in loco*”, no dia dezessete de junho de dois mil e treze, ficou constatado que no local indicado pelo contribuinte, no momento, encontrava-se em funcionamento a empresa S. A Borges & Cia Ltda. Ainda, nesta mesma data, afirma que resultante de pesquisa feita junto à população circunvizinha, ficou constatada a existência de outra denominação para o mesmo endereço, motivando o envio de mais um telegrama de nº MZ389378148, com aviso de recebimento e cópia confirmatória para: Estrada do Coqueiro Grande, nº 1296, Galpão, Cajazeiras VIII, CEP: 41340-050, Salvador/BA, tendo se registrado a impossibilidade de entrega do termo de intimação no citado local.

Continua relatando que se somando as ações desenvolvidas para localização da referida empresa, em busca no banco de dados da SEFAZ-BA, mais um endereço foi encontrado, qual seja Rua Dr. Carlos Chagas, nº 07, galpão, CIA I, CEP: 43700-000, Simões Filho - BA, para o qual, ainda no dia dezessete de junho de dois mil e treze, foi encaminhado o telegrama nº MZ389384041 com aviso de recebimento e cópia confirmatória, ação que, como nos casos anteriores, também não surtiu o efeito desejado, haja vista que os Correios informou ser o logradouro desconhecido.

Menciona que diante da situação expressa se configurou como viável a constituição do crédito tributário com base em valores constantes do banco de dados da SEFAZ-BA e referentes à escrita fiscal do sujeito passivo em epígrafe, resultando em uma peça de cobrança e demonstrativos que, ao contrário da afirmação do autuado, ao mesmo foram entregues conforme se comprova nas páginas 45 e 46 do processo.

Conclui afirmando que considerando os aspectos expostos nos itens 1 e 2 da peça de contestação à defesa, o autuante remete ao Conselho da Fazenda Estadual – CONSEF a análise da pertinência do auto de infração conforme se apresenta ou a renovação da ação fiscal.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS sob acusação da falta de apresentação de quaisquer documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, bem como, a falta do envio de arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ/BA, o que impossibilitou os levantamentos reais das bases de cálculo das transações mercantis realizadas pelo sujeito passivo para os exercícios de 2010 a 2012, sendo necessária a aplicação do método de arbitramento legal da base de cálculo para levantamento do imposto devido à Fazenda pública estadual.

O autuado em sua impugnação alegou que não foi intimado corretamente pelo auditor autuante, conforme relatado no próprio Termo de Encerramento de Fiscalização. Arguiu que o auditor fiscal, após o insucesso da tentativa de intimação por correio deveria ter procedido ao redirecionamento da intimação para o endereço do responsável legal, uma vez haver constatado indícios de encerramento irregular da Sociedade, dando prioridade a citação ficta por edital, ou ainda, poderia ter consultado o endereço dos representantes legais da pessoa jurídica e intimado estes em nome daquela para que os documentos solicitados fossem apresentados. Declara que a empresa autuada dispõe de todos os registros contábeis dos exercícios fiscalizados, colocando-se à disposição para esclarecimentos e apresentação de documentos pertinentes.

Ao analisar as peças processuais, verifico assistir razão ao autuado, pois não consta deste PAF a prova de que ocorreu intimação prévia ao autuado para apresentação dos livros e documentos, ainda que por edital, conforme determina a legislação, o que macula irremediavelmente a autuação, pois implica descumprimento das normas estatuídas no artigo 18, Inciso II do RPAF/99.

Observo que de acordo com o descrito no "Termo de Encerramento da Fiscalização" e na informação fiscal, o próprio autuante confirma não ter logrado êxito, as tentativas de intimação realizadas via telegrama, pois os Correios constataram a não localização do contribuinte nos endereços apontados.

Para melhor esclarecimento sobre a matéria, reproduzo os dispositivos legais que regem os procedimentos a serem adotados previamente no curso da ação fiscal.

Encontra-se expresso no art. 26 do RPAF/99, os procedimentos que dão a ação fiscal :

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;

Poderia se alegar que houve lavratura do "Termo de Início de Fiscalização", entretanto, vejo que deste instrumento colacionado ao PAF, o autuado não tomou conhecimento.

Por sua vez, o artigo 28, Incisos I e II do RPAF aprovado pelo Decreto 7.629/99, assim dispõe sobre os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal:

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.

Quanto à forma como deverá o sujeito passivo ser intimado assim dispõe o § 1º do art. 108 do citado diploma legal:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, constato que o autuado só tomou conhecimento que estava sob ação fiscal, ou seja, só foi localizado, quando recebeu via postal, o auto de infração. Ante a insegurança jurídica observada no que diz respeito às regras de direito processual que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito tributário, entendo que a forma como foi instaurado o procedimento fiscal cerceou o direito de defesa do autuado, que não pode ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, deste modo, se aplicar a hipótese do § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal. Assim, a autuação não prospera por inobservância do devido processo legal.

Constato vício formal insuperável referente ao lançamento do crédito tributário, visto que, o auto de infração foi lavrado sem que o autuado fosse previamente intimado para apresentação de livros e documentos. Tal procedimento provocou o total cerceamento de seu direito de defesa.

Não sendo possível adentrar-se no mérito da lide, recomendo à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/BA, considerando-se na nova ação fiscal, eventuais valores pagos espontaneamente pelo autuado.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0080/13-3**, lavrado contra **TRIESTA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR