

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0002/13-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JF nº 0310-01/13
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 16/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Apesar dos elementos que originaram a ação fiscal terem sido apurados pela fiscalização do trânsito de mercadorias, o Auto de Infração em debate foi lavrado por auditor fiscal como se o fato tivesse ocorrido no estabelecimento do autuado, com data de ocorrência em 30/06/13 e data de vencimento em 09/07/13, indicando, ainda, que a fiscalização abrangeu o período de 11/06/2013 a 06/07/13, enquanto que o Termo de Apreensão, considerado base para a autuação, está com data de 11/07/2013, isto é, após o período tido como fiscalizado. Além disso, 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal -1ª JF, que, por intermédio do Acórdão nº 0310-01/13 julgou **Nulo** o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 26/07/2013, para exigir crédito tributário no montante 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 nos anexos 88 e 89"*.

A 1ª JF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

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, ressalvando 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).

Diante da Decisão supra, a 1ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento 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.

VOTO

Da análise levada a efeito nas peças que integram os presentes autos, vejo que a Decisão recorrida não carece de reforma. Isto porque, além dos vícios já pontuados pela Decisão de piso, cito outros a seguir, que também maculam de nulidade o procedimento. Assim é que, faço os seguintes destaques:

- 1) Consta que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 4, foi lavrado no Posto Fiscal / U.M.F. de Jequié, pelos agentes de tributos estaduais Oto S. S. Júnior, cadastro nº 232.282 e Emerson Portela, cadastro 232.238, no dia 11/07/2013. Isto significa que os fatos ditos como apurados, decorreu de situação ocorrida no âmbito da fiscalização do trânsito de mercadorias.
- 2) No campo do referido Termo de Apreensão, relativo a indicação do valor das mercadorias apreendidas, foi colocada a expressão "a avaliar", portanto, não considerou os valores consignados nos DANFe nele citados.
- 3) Apesar dos elementos que originaram a ação fiscal terem sido iniciados pela fiscalização do trânsito de mercadorias, o Auto de Infração em debate foi lavrado pelo auditor fiscal autuante Dernival Bertoldo Santos, como se o fato tivesse ocorrido no estabelecimento do autuado, com data de ocorrência em 30/06/13 e data de vencimento em 09/07/13, indicando, ainda, que a fiscalização abrangeu o período de 11/06/2013 a 06/07/13, enquanto que o Termo de Apreensão, considerado base para a autuação, está com data de 11/07/2013, isto é, após o período tido como fiscalizado.

4) Os demonstrativos de fls. 5 e 6, não foram entregues ao autuado e, além disso, consta documento fiscal emitido no mês de julho/2013, porém considerado no Auto de Infração com data de ocorrência em 30/06/2013.

5) Considerando a inexistência de Termo de Intimação para exibição de livros e documentos fiscais, bem como de Termo de Início de Fiscalização, fica claro que se trata de procedimento fiscal iniciado pela fiscalização do trânsito de mercadorias e concluído através de Auto de Infração específico para fiscalização em estabelecimento, situação esta incompatível.

Ante todos estes fatos, o presente Auto de Infração se encontra eivado de vícios insanáveis, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida.

A repartição fazendária da circunscrição fiscal do autuado, deverá analisar a possibilidade de, através de novo procedimento fiscal regular, no estabelecimento do autuado, verificar se persiste algum crédito a ser reclamado em decorrência dos documentos fiscais indicados no presente processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **088444.0002/13-5**, lavrado contra **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo a repartição fazendária da circunscrição fiscal do autuado analisar a possibilidade de, em novo procedimento fiscal regular no estabelecimento do autuado, verificar se persiste algum crédito a ser reclamado relacionado aos documentos fiscais indicados no presente processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS