

**PROCESSO** - A. I. Nº 206825.0080/13-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - TRIESTA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0323-03/13  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 16/05/2014

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0109-11/14

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão que, por unanimidade, decretou a Nulidade do Auto de Infração lavrado em 29/07/2013 para exigir ICMS no valor de R\$233.806,00, por imputar a 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.

A Primeira Instância deste CONSEF julgou, em controle de legalidade, pela Nulidade do lançamento de ofício lastreada nos seguintes fundamentos:

*“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.*

*Observe 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 exhibir 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 exhiba 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-sena nova ação fiscal, eventuais valores pagos espontaneamente pelo autuado.*

*Do exposto, voto NULIDADE do Auto de Infração."*

## **VOTO**

Analizados os autos, outra não pode ser a minha conclusão senão pelo acerto da Decisão proferida por unanimidade pela instância de base. Isto porque como restou comprovado, o contribuinte não foi intimado corretamente pelo Fisco como se extrai do termo de encerramento de fiscalização, tendo sido descumpridos atos e etapas do procedimento fiscal, divorciado, pois, o PAF, das regras contidas no COTEB e no RPAF nesse sentido, que determinam a intimação do contribuinte por diversos meios, inclusive o edital.

Esse regramento que visa salvaguardar o direito do contribuinte sob acusação fiscal de

amplamente defender-se e exercer o contraditório, como visto, não foi respeitado.

Logo, a ilação única é a de que a ação fiscal por não ter se iniciado com a correta intimação do contribuinte à luz do que expressamente estabelece o artigo 26, inciso III do RPAF/99, contém vício no seu nascedouro, e assim, concluo, que razão lhe assiste quando afirma que foi restrito o acesso da fiscalização aos livros fiscais da sua pessoa jurídica, não foi a sua omissão, mas por descumprimento dessas normas legais.

Com razão também quando defende que, em face do insucesso da tentativa de intimação por correio, que caberia o redirecionamento da intimação para início de fiscalização a ser destinada para o endereço do responsável legal, o que não ocorreu.

Como visto, ao invés disto, tendo o autuante constatado indícios de encerramento irregular da Sociedade, não elegeu, como deveria, a citação editalícia, tendo passado a apurar e a lançar os débitos tributários sem observar as normas de constituição válida do Processo Administrativo Fiscal, a resultar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Constata-se, portanto, dentro desse contexto, que não há prova que a fiscalização tenha empreendido esforços e os esgotado, não tendo sequer intimado os sócios, muito embora os respectivos dados cadastrais constem no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA.

E ainda que não estivessem tais dados disponíveis, vale salientar, é sabido que deve ser feita a intimação editalícia da pessoa jurídica, o que incorreu.

Nesta esteira, dúvidas não emergem desse exame dos autos que o Fisco incorreu em erro, o que resulta na nulidade do AI no seu nascedouro.

A par disto, vale ressaltar que o RPAF/99 prevê, no seu artigo 44, que o Auto de Infração deve ser lavrado em três vias, uma das quais deve ser 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 de Infração, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha”.*

Pelo que, inobservadas tais regras processuais que coexistem no sistema positivo legislativo também deste Estado, é certo que os julgadores de primeiro grau exerceram o controle de legalidade, ante a violação que houve ao direito de defesa do contribuinte. Recomenda-se à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, visando reclamar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/BA, considerando-se na nova ação fiscal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0080/13-3**, lavrado contra **TRIESTA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS