

A. I. Nº - 152701.0109/13-6
AUTUADO - KAERCHER E KAERCHER LTDA.
AUTUANTE - ELENILTON DE JESUS SOARES
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21/07/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-05/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. IMPUTAÇÃO IMPRECISA. Na lavratura do Auto de Infração, ocorrendo erro não passível de correção, deverá o Auto ser cancelado pelo Inspetor Fazendário, por proposta do autuante, até antes do seu registro no sistema de processamento, com o objetivo de renovar o procedimento fiscal sem falhas ou incorreções, se for o caso. Refazimento da autuação autorizado por um servidor que não tem competência legal para tal vicia de forma o lançamento fiscal. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Recomendado refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/02/2013, constitui crédito tributário no valor de R\$55.002,70, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS: *"Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, correspondente ao valor de R\$22.001,70, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia"*, mais multa de 150%, conforme documentos e demonstrativos anexos às fls. 04 a 13 dos autos.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 32 a 49, com documentos anexos, contestando integralmente a autuação, conforme o seguinte: primeiramente afirma que é uma pequena indústria de bebidas, tendo sua sede no interior do Estado do Rio Grande do Sul, mais precisamente no município de Venâncio Aires, em que, dentro do seu portfólio de produtos, possui como carro chefe a produção de refrigerantes, produzindo, ainda, bebidas energéticas.

Diz que prima pela qualidade de seus produtos e da própria regularidade fiscal, onde conseguiu vender seus produtos para a rede ATACADÃO, empresa esta pertencente ao Grupo Carrefour, este, um dos maiores conglomerados mundiais no segmento de varejo. Observa que a rede ATACADÃO/CARREFOUR é extremamente exigente com seus fornecedores, exigindo o cumprimento integral dos compromissos assumidos para com ela bem como pela integral regularidade fiscal daqueles que com a enorme rede vislumbram trabalhar.

Assim, após um pedido, em 01.02.2013, emitiu a Nota Fiscal Eletrônica – DANFE nº 000.013.135, quando foram vendidas as mercadorias ali descritas com “STAR UP” (bebidas energéticas), justamente para a empresa ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. Na sequência, através da transportadora CÉLIA LESS LTDA., CNPJ nº 005.118.339-03, as mercadorias iniciaram sua viagem até o destino final no Estado da Bahia, mais precisamente na cidade de Feira de Santana.

Certa de seus procedimentos, após ultrapassar as fronteiras do Estado de Santa Catarina, do Paraná, de São Paulo e de Minas Gerais, no dia 14.02.2013, foi surpreendida no Posto Fiscal de entrada do Estado da Bahia com o Termo de Ocorrência Fiscal nº 15.2701.0023/13-4, que culminou com a aplicação de multa e determinou a apreensão das suas mercadorias constantes da NF-e nº 000.013.135.

Diz que o fundamento para o ato administrativo foi assim descrito “*na condição de empresa descredenciada junto ao CAD-ICMS/BA deixou de pagar voluntariamente o ICMS referente à aquisição interestadual de mercadorias (bebidas energéticas) oriundas do Estado do Rio Grande do Sul ...*”

Em ato contínuo, após conferência física da mercadoria, de posse de todos os dados e informações necessárias aduz que a Autoridade Fiscal lavrou o presente Auto de Infração para cobrar o expressivo valor de R\$55.002,70 descrevendo in verbis:

“Descrição dos Fatos: Falta de pagamento de ICMS referente a antecipação tributária das mercadorias (Refrigerantes) constantes nos DANFE's nºs 001.435 e 001.436 de 10/02/2010, emitidos pelo Sujeito Passivo. Mercadorias procedentes do Rio de Janeiro – Estado signatário – e sujeitas a substituição tributária por força do Protocolo ICMS 11/91. Remetente não efetuou a retenção nem o respectivo pagamento espontâneo do ICMS. Tais mercadorias foram apreendidas, juntamente com os documentos fiscais citados, como prova material da infração fiscal nos termos do RICMS/BA. Infração – 55.06.01.

Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.”

Com a devida vênia, diz que não concorda com o ato fiscalizatório, e impugna o Auto de Infração referido, apoiando-se no disposto no artigo 3º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), bem como no direito constitucional do contraditório e da ampla defesa consagrados pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Observa que não recebeu pessoalmente a intimação do Auto de Infração que ora se combate. Diz que o Auto de Infração somente se aperfeiçoa, juridicamente, com a devida e inequívoca notificação do seu conteúdo ao sujeito passivo correspondente, para fins, ou de pagamento, ou de oferecimento de impugnação ou reclamação administrativa. Sobre o fundamento da intimação do contribuinte, destaca o art. 108 do Decreto nº 7.629/99 do Estado da Bahia, conforme a seguir:

*“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.” (Grifei)*

Isto posto, diz que se tem como ineficaz o presente Auto de Infração como determina a melhor jurisprudência, verbis:

“1. É cabível, em autuação fiscal, a notificação (intimação) do devedor por AR (Aviso de Recebimento), que deverá, contudo, ser sempre na pessoa do próprio devedor e não de terceiros, pelo que não possui qualquer eficácia a levada a efeito na pessoa de zelador, porteiro ou síndico de condomínios ou prédios, ou mesmo em pessoas da família, sem poderes expressos (por escrito) para tanto, porquanto deve ser respeitada a individualidade do autuado, cujo dever é pessoal, com reflexos no seu patrimônio. Ademais, cabe exclusivamente ao notificante diligenciar no sentido de que a assinatura seja do próprio notificado (intimado).

2. É juridicamente ineficaz a advertência, aposta em Termo de Infração no Trânsito (TIT), no sentido de que o sujeito passivo se considera desde logo notificado do Auto de Lançamento que dele poderá decorrer, porquanto, sendo mera possibilidade, não passa de simples expectativa de direito, daí decorrendo, também, a nulidade da inscrição do débito em dívida ativa, por falta de suporte, bem como o título executivo dela extraído e a conseqüente ação de execução fiscal. Ainda que lavrado, em conseqüência, o Auto de Lançamento acenado no TIT, mas sem a necessária notificação pessoal ao sujeito passivo respectivo, será ele, igualmente, ineficaz, porque o lançamento somente se completa com essa indispensável providência administrativa (cf. art. 145 do CTN). APELO DESPROVIDO, POR UNANIMIDADE. (Apelação Cível n. 70013349667. 2ª. Câmara Civil. Des. Relator Roque Joaquim Volkweiss. 28.12.2005)

Em sendo assim, diz que resta desconstituído o presente Auto de Infração. Lançamento pela ausência da correta intimação do impugnante, requisito este essencial para sua conclusão.

Noutro mirar, diz que o Auto de Infração não preenche os requisitos do legítimo Auto de Infração determinado pelo Código Tributário Nacional. Ressaltar quais são os elementos necessários para a excelência do ato administrativo, quais sejam: um motivo, um agente competente, uma forma específica, um conteúdo, uma finalidade e um cálculo correto, onde dentre estes elementos, nos reportaremos à forma, ou seja, as formalidades a serem seguidas quando da lavratura de um auto de lançamento.

Destaca que o auto de infração deve ter alguns requisitos de suma importância, quais sejam: (a) *qualificação do autuado*; (b) *o local, a data e a hora da lavratura*; (c) *a fiel descrição do fato infringente*; (d) *a capitulação legal e a penalidade aplicável*; (e) *o valor correto*; (f) *o prazo de trinta dias para que o infrator cumpra ou impugne a autuação*; (g) *a assinatura do agente autuante e o cargo, bem como o número de matrícula*.

Desse modo, observa que, sendo o auto de infração tributário “*documento no qual o agente da autoridade da Administração Tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal*”, mister se faz, para a sua validade, que o mesmo contenha e externe todos os elementos que caracterizam os atos administrativos. Sobre ato administrativo, cita alguns conceitos de estudiosos na área.

Retornando ao objeto da ação fiscal que deu origem ao presente Auto de Infração, diz que foi convertido em linguagem competente, através do Termo de Ocorrência Fiscal nº 152701.0023/13-4, conforme se denota a fl. 01. Contudo, ao confrontar os documentos, percebe-se a ocorrência de inúmeras divergências entre ambos, seja na aplicação do direito, seja quanto a realidade fática.

Primeiramente, no Termo de Ocorrência, consta que as mercadorias apreendidas estavam descritas nos DANFE's nº 013.135 e 13.139 emitidos em 01/02/2013. Por sua vez, o auto de infração ora impugnado, ao descrever os fatos, aduz a falta de pagamento de ICMS, referente as mercadorias constantes nos DANFE's nº^{os} 001.435 e 001.436, emitidos em 10/02/2013. Destaca então, que resta evidente que os números dos DANFES trazidos no Auto de Infração não possuem qualquer relação com a IMPUGNANTE, tampouco possuem qualquer vínculo com o Termo de Ocorrência Fiscal nº 152701.0023/13-4.

Outro fato contraditório diz respeito a origem das mercadorias. Segundo o Auto de Infração, as mesmas são oriundas do Estado do Rio de Janeiro, signatário do Protocolo ICMS 10/92. No entanto, as bebidas apreendidas provieram do Estado do Rio Grande do Sul, não tendo, sequer, transitado pelo Estado do Rio de Janeiro. Por tal motivo, diz que o enquadramento legal mostra-se totalmente inaplicável, na medida em que o Estado do Rio Grande do Sul não é signatário do Protocolo ICMS 10/92.

Aduz assim que o Auto de Infração deve ser revestido de rigor formal, com as penalidades aplicáveis embasadas pela legislação tributária vigente, sob pena de render anulação do débito fiscal. No caso vertente, os inúmeros erros apresentados, são suficientes a tornar totalmente nulo o auto de infração.

No mérito alega a inexistência de fato gerador. Diz que a Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia, ao dispor sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, elenca em seu art. 2º as hipóteses de incidência do tributo, trazendo em seu inciso I, a hipótese tributável verificada no presente Auto de Infração, que o destaca.

Tratando-se de operações interestaduais de circulação de mercadorias, o dispositivo acima deve ser analisado cumulativamente com o art. 10, da mesma lei, que também o destaca.

Diz que o presente Auto de Infração foi lavrado sob a assertiva de não retenção e falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Observa que a Substituição Tributária, nos casos de operações interestaduais, caracteriza-se pela atribuição da responsabilidade pelo pagamento do imposto a outro contribuinte, e não àquele que esteja realizando a operação ou prestação de serviço, concomitantemente à ocorrência do fato gerador.

Diz que o critério temporal para incidência do ICMS, é o momento em que se realiza, totalmente, o fato social de mercancia ou prestação de serviços desenhados na hipótese normativa de incidência tributária, fazendo surdir o liame abstrato entre as pessoas obrigadas em direitos e deveres correlatos.

Destaca assim, desta forma, que a subsunção do fato à norma somente ocorre com a entregue da mercadoria ao destinatário, mediante a transferência de posse e propriedade dos bens. No entanto, no caso em comento, diz que não houve a perfectibilização do fato, na medida em que a

venda foi cancelada, e as mercadorias retornaram ao estabelecimento do impugnante, no Estado do Rio Grande do Sul.

Destarte, diz que, não sendo as mercadorias entregues adquirente, as quais, repita-se, acabaram por voltar ao estoque da impugnante, não há que se falar em hipótese de incidência do tributo e, muito menos, em sujeição passiva por substituição. Portanto, diz que, verificada no caso concreto a não incidência do imposto, mostra-se absurda a presente cobrança.

Sobre a multa, diz que, concluindo seu intento, o Sr. Agente de Tributos Estaduais, após uma série de desideratos, aplicou multa de 150% nos termos da legislação em vigor. Observa que o Sr. Agente fundamentou a aplicação da exagerada pena nos artigos, V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, que destaca.

Diz que, no entanto, não cabe neste caso a aplicação de multa, haja vista que, como visto anteriormente, não houve a incidência de ICMS, não gerando a obrigação de retenção e recolhimento pelo sujeito passiva por substituição.

Ainda que houvesse tal responsabilidade, o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade, observa a defendente que a multa a ser aplicada seria a de 60% nos termos do art. 42, II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96, que destaca.

Isto porque, ao descrever o fato imponível, diz que o próprio agente afirma que o remetente não efetuou a retenção nem o respectivo pagamento espontâneo do ICMS. Portanto, se não houve a retenção, inaplicável a multa prevista no inciso V. Assim, observa que, mesmo não considerando esta hipótese pelos argumentos antes esposados, havendo a manutenção da multa, deve a mesma ser fixada no percentual de 60%, uma vez que não houve a retenção do tributo.

Diante do exposto e considerando tudo o mais que será suprido pela proficiência de Vossa Senhoria, é a presente para requerer:

- a) o recebimento da presente IMPUGNAÇÃO, bem como os documentos que dela fazem parte integrante;
- b) seja acolhida a presente impugnação para tornar nulo ou insubsistente o Auto de Infração nº 152701.0109/13-6 que ora se ataca, tornando-se sem efeito o imposto exigido, bem assim a multa pretendida, com a competente baixa dos seus registros nesse órgão;
- c) sucessivamente, que seja reduzida a multa aplicada no importe de 60% do valor devido;
- d) protesta por eventual juntada posterior de qualquer meio de prova, mediante eventuais diligências a serem requeridas, a fim de confirmar as alegações acima arroladas;
- e) que seja deferido o prazo de 15 (quinze) dias para a juntada da respectiva Nota Fiscal, devidamente cancelada.

Consta à fl. 86 dos autos recomendação de um Agente Fiscal da repartição fiscal - DAT/IFMT/SUL - no sentido de ser encaminhado o presente PAF ao autuante para refazer o Auto de Infração, corrigindo os erros que poder-se-ia causar nulidade a presente autuação.

Por sua vez à fl. 87, despacha o Fiscal Autuante, observando que, em atenção solicitação da repartição fiscal - DAT/IFMT/SUL - anexa o Auto de Infração nº 152701.0109/13-6, com as devidas correções solicitadas.

O autuado, após tomar ciência do novo Auto de Infração pelas intimações acostadas aos autos às fls. 89 a 98, apresenta nova defesa administrativa às fls. 100 a 17, com documentos anexos, apresentando as mesmas razões de defesa acostadas às fls. 32 a 49 dos autos.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 145 a 148 requerendo a procedência do Auto de Infração em análise pelos seguintes motivos:

Diz que o presente PAF exige o ICMS devido, retido e não recolhido por substituição tributária pela empresa autuada, incidente sobre as operações constantes dos DANFE's nºs 13.139 e 13.135 (fls. 25 e 25) oriundas de estado signatário do Protocolo ICMS 11/91, onde de imediato destaca que não

encontra guarida a argumentação da defesa de ausência de intimação e inconsistência do auto de infração; bem assim, de inexistência do fato gerador, além da contestação do percentual da multa aplicada.

Observa que alegada falta de intimação não se sustenta frente à simples verificação às fls. 04 e 05 onde se verifica a assinatura do Sr. Delcio Miguel Gonçalves da Rosa confirmando a ciência do autuado da ação fiscal. Não bastasse tal fato, em virtude da correção do Auto de Infração, foi o contribuinte novamente intimado via A. R. no dia 12/03/2014 como se pode observar do relatório dos correios juntado as fls. 96, e ainda da tela impressa às fls. 98. Corroborando com tal entendimento, diz que se verifica, em ambas as oportunidades, que a autuada ofereceu, com muita propriedade e demonstrando inequívoca ciência dos fatos, sua argumentação defensiva.

Quanto a alegada inconsistência do Auto de Infração, esta também não é apta a provocar a nulidade do Auto de Infração, pois, apesar de equivocadamente constar o estado do Rio de Janeiro como estado de origem, tanto a identificação do contribuinte, como os documentos fiscais objetos da ação fiscal não deixam dúvidas de se tratar de mercadorias oriundas do estado do Rio Grande do Sul, não sendo tal informação nenhuma surpresa para a autuada, nem induzindo a qualquer tipo de erro ou interpretação equivocada.

A descrição dos fatos é perfeitamente clara, não deixando dúvidas acerca dos fatos motivadores da autuação, bem como a legislação aplicável à espécie, sendo cabível a aplicação do quanto contido no art. 19 do RPAF, que o cita. Diz que, estando a narrativa dos fatos em consonância com a situação fática, descrevendo à perfeição o fato gerador, bem como a legislação aplicável, não há que se falar em nulidade, em especial no presente caso, onde a documentação acostada corrobora a acusação fiscal descrita.

Observa que o RPAF, em seu art. 2º, estabelece que deve ser aplicado o princípio da verdade material sendo possível no presente caso determinar com clareza pela descrição dos fatos em conjunto com a documentação acostada, a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário atendendo o que dispõe o art. 18 § 1º do mesmo diploma.

Assim, não subsiste a nulidade apontada, não tendo o mero equívoco na indicação do estado de origem o condão de macular a ação fiscal, já que de tão óbvio, este não causa nenhuma confusão acerca do ilícito tributário descrito no auto de infração, não provocando nenhum prejuízo à defesa da autuada.

Sobre a questão de fato, diz que baseia o argumento defensivo na tese de que pelo fato de não haver se concretizado o negócio jurídico descrito nos DANFE's objetos da ação fiscal, não haveria ocorrido o fato gerador e por consequência, não haveria imposto a ser cobrado.

Diz que está equivocada a autuada. Inicialmente destaca que, em que pese sua argumentação de que o negócio haveria sido cancelada, tendo inclusive na sua primeira oportunidade defensiva a autuada solicitado abertura de prazo para juntada do DANFE da devolução das mercadorias, passada aquela oportunidade, e ainda na nova apresentação de defesa, não juntou o contribuinte qualquer documento que comprove o cancelamento do negócio.

Destaca que, incumbe à parte que alega, a comprovação dos fatos capazes de alterar a situação entre as partes. Sob esse aspecto, a defesa traz meros argumentos, sem, contudo, apresentar as provas das suas alegações.

Ademais diz que, por se tratar de Auto de Infração de trânsito de mercadorias, impõe-se a aplicabilidade do art. 40 § 6º da Lei nº 7.014/96.

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

§ 6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Observa que, ainda que assim não fosse, não mereceria acolhida a tese defensiva, vez que ela parte da equivocada idéia que só estaria ocorrido o fato gerador no momento em que o destinatário recebesse as mercadorias. Tal entendimento diz que vai de encontro ao que dispõe a

Lei Complementar nº 87/96, art. 12, que o destaca.

Assim, ao dar saída de mercadoria elencada no Protocolo ICMS 11/91, concretiza-se o fato gerador e surge para a autuada a obrigação do recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, o que é tacitamente reconhecido por esta, na medida que destaca em campo próprio a base de cálculo e o ICMS devido a esse título nos documentos fiscais que acobertavam a operação.

Aduz, também, ainda que fosse acolhida a tese da devolução, o que se admite apenas por amor ao debate, persistiria a obrigação tributária exigida no presente PAF, devendo ser adotadas, se fosse o caso, as providências previstas na cláusula quarta do Convênio ICMS 81/93, para ressarcimento dos eventuais valores indevidamente recolhidos, mas nunca a ausência do recolhimento do imposto devido no momento da operação. Portanto diz que não se sustenta a tese da inocorrência do fato gerador.

Quanto ao percentual da multa aplicada, este decorre diretamente da previsão legal, estando o autuante a ela adstrito por força do caráter obrigatório e vinculado do lançamento, não cabendo, nesta esfera, a discussão da sua validade jurídica.

Isto posto, rechaçados todos os argumentos defensivos, requer que seja o presente Auto de Infração julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à exigência de ICMS sob a acusação de que o autuado deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, correspondente ao valor de R\$26.211,75, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, oriundas do Estado do Rio Grande do Sul, adquiridas através dos DANFE's nºs 13.135 (fl. 12), 13.139 (fl. 12-A), com destino a empresa ATACADAO DISTRIBUIÇÃO, COMERCIO E INDUSTRIA, I.E. Nº 89458114, relativo a STAR UP – bebidas energéticas - acobertadas pelo instituto da substituição tributária na forma do Protocolo ICMS 11/91, conforme a descrição dos fatos da autuação.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal nº 152701.0023/13-4 (fl. 04), onde consta que o autuado, na condição de empresa DESCREDENCIADA junto ao CAD-ICMS-BA, deixou de pagar voluntariamente o ICMS referente à aquisições interestaduais de mercadorias (bebidas energéticas) oriundas do Estado do Rio Grande do Sul e destinadas à comercialização no Estado da Bahia, como se infere dos DANFE's nºs 13.135 e 13.139, emitidos em 01/02/13.

Observe que os produtos objetos da autuação são bebidas energéticas (STAR UP). Como tal, à luz do entendimento do Fiscal Autuante, esses produtos, pelo enquadramento da autuação são objeto do Protocolo ICMS 10/92, porém, na forma da descrição dos fatos, estariam acobertadas pelo Protocolo ICMS 11/91, que de fato os são, conforme se vê destacado no § 2º da cláusula primeira do citado instrumento legal, acrescido pelo Protocolo ICMS 28/03, com efeitos a partir de 01.02.04:

§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH.

Vejo também que na descrição dos fatos o Fiscal Autuante destaca que essas mercadorias decorrem de operações procedentes do Rio de Janeiro, quando de fato são procedentes do Rio Grande do Sul, conforme se vê da leitura dos DANFE's nºs 13.135 (fl. 12) e 13.139 (fl. 12-A); que aliás, se assim não fora, não haveria por existir a autuação por conta que o Rio de Janeiro não ser signatário do Protocolo ICMS 11/91, porém Rio Grande do Sul é signatário.

Não obstante esses descompassos entre o enquadramento e a descrição dos fatos da autuação, o autuante comente o erro de fazer referência a DANFE's não relacionados com a autuação de fato, conforme se ver no Auto Infração original nº 152701.0109/13-6 na forma do documento acostado à fl. 06 dos autos. Por conta desse erro, são gerados dois registros no Sistema da SEFAZ, para o mesmo Auto de Infração, ou seja, ID 472046 (fl. 06), onde se vê citado, na descrição dos fatos, os

DANFE's errados e ID 738426 (fl. 01), onde se vê citado, na descrição dos fatos, os DANFE's corretos.

Tal registro em duplicidade de Auto Infração nº 152701.0109/13-6, decorreu de orientação do Agente de Tributo Ennio Wander Lelis Carvalho, que, à luz do seu entendimento, em homenagem ao princípio da economia processual, sugeriu ao Fiscal Autuante refazer o Auto de Infração, corrigindo as divergências que aponta na forma do documento à fl. 86 dos autos.

Com isso são gerados dois registros no Sistema da SEFAZ (ID 472046 e ID 738426) para o Auto de Infração nº 152701.0109/13-6, objeto em análise. Há de se observar que, na lavratura do Auto de Infração, ocorrendo erro não passível de correção, deverá o Auto de Infração ser cancelado pelo Inspetor Fazendário, por proposta do autuante, até antes do seu registro no sistema de processamento, com o objetivo de renovar o procedimento fiscal sem falhas ou incorreções, se for o caso. É o que dispõe o art. 47 do RPAF/BA.

Observo ainda, que, na forma do que dispõe o capítulo IV do RPAF/BA, em especial as disposições dos art. 130 e 131, é de competência da Unidade Fazendária o preparo do processo administrativo fiscal, porém o seu julgamento é de competência privativa do CONSEF, conforme depreende o capítulo VII, combinado com os termos do art. 176 do mesmo diploma legal, o que não se observou quando do refazimento do presente Auto de Infração, com o segundo registro no sistema de processamento da SEFAZ ID 738426 (fl. 01).

Desta forma, é de se concluir que as diversas falhas na constituição do presente crédito tributário vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível, pois se assim posicionássemos em relação ao mérito da autuação, estaríamos atestando um ato praticado por um servidor que não tinha autorização para determinar o refazimento da autuação na forma disposto no documento à fl. 86 dos autos. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Logo, com base no art. 18, inciso I, do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, agora na Unidade Fazendária de Fiscalização do Comércio, mais especificamente, associada a unidade de Substituição Tributária, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **152701.0109/13-6**, lavrado contra **KAERCHER E KAERCHER LTDA**. Representa-se à autoridade competente para observar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha apontada, na Unidade Fazendária de Fiscalização do Comércio, mais especificamente, associada a unidade de Substituição Tributária, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR