

PROCESSO - A. I. Nº 097332.0047/13-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REDESOL ALIMENTOS E DISTRIBUIÇÃO LTDA. (REDESOL ALIMENTOS) - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1^a JJF nº 0062-03/15
ORIGEM - INFAC ITABERABA
INTERNET - 29/06/2015

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0179-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Descumprimento do devido processo legal por ausência de termo de início e de apresentação de documentos fiscais, sem que se esgotassem os meios legais de intimação, o que levou a prejuízos na defesa do impugnante. Inexistência de qualquer termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: não foi lavrado com a efetiva ciência do autuado nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem o Termo de Início de Fiscalização. É nulo, lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal Recomendação do refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Nulo o Auto de Infração acima referido.

O Auto de Infração foi lavrado em 23/10/2013, para exigir crédito tributário no montante de R\$243.291,90, em razão da única acusação que imputa ao Sujeito Passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de novembro e dezembro de 2012 e janeiro a abril e junho de 2013. Infração.

No campo destinado à Descrição dos Fatos, consta que : “... tendo sido apurada a seguinte irregularidade: Deixou de recolher o ICMS antecipação total de produtos relacionados no Anexo 88 - açúcar, adquiridos pela filial de Cruz das Almas – CNPJ nº 16.619.805/0002-39 e Inscrição Estadual nº 103.287.757, haja vista a realização de levantamento de omissão de saídas Saldo Credor de Caixa e falta de escrituração.”

Os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. Relator de Primeira Instância, decidiram à unanimidade, pela declaração de nulidade do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

(...)

Em relação à ausência do Termo de Início de Fiscalização também aduzida pelo defendant como preliminar de nulidade, constato ao compulsar os autos que, de fato, não consta dos autos este marco inicial do procedimento fiscal. Verifico também que o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documento, fl. 04, que, ao teor do inciso II da art. 28, dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, não consta a assinatura do

autuado.

O autuante ao proceder à informação fiscal ao enfrentar essa questão sustentou que, por não ter constatado a existência física do estabelecimento no endereço constante do cadastro iniciou o processo de fiscalização que culminou na lavratura do Auto de Infração com base expressa no inciso IV do art. 26 do RPAF-BA/99.

É indubidoso que o inciso IV do aludido dispositivo regulamentar considera como um dos marcos procedimentais para caracterizar formalmente o inicio do procedimento fiscal a “Emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal”, além da “Apreensão ou Arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento”, “Lavratura do Termo de Início de Fiscalização e Intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização”. Procedimentos esses alternativos enumerados nos incisos anteriores do referido artigo.

Entretanto, cabe salientar que a caracterização do inicio do procedimento fiscal depende do tipo de fiscalização que está sendo realizada. Logo, não é possível aplicar direta e isoladamente um dos procedimentos elencados no art. 26, que somente enumera as espécies aplicáveis, sem sopesar e combinar com o expresso teor dos artigos 28 e 29 do mesmo RPAF-BA/99, que discriminam e modelam a especificidade da aplicação do procedimento que caracteriza o início do procedimento fiscal, conforme cada caso, como se depreende nitidamente do caput do art. 28, *in verbis*:

“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:”

O art. 29 do RPAF-BA/99, por seu turno, explicita as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização. Logo, resta patente a inferência de que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo. É o que, inequivocamente se conclui de sua intelecção, *in verbis*:

“Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

- a) descumprimento de obrigação acessória;
- b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou
- c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

II - tratando-se de Notificação Fiscal, exceto quando a mercadoria estiver desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo, hipótese em que deverá ser lavrado Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

Convém ressaltar que o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documento possuem a finalidade jurídica de dar ao contribuinte ciência de que ele está sendo fiscalizado e regular o exercício da denúncia espontânea prevista no art. 95 do RPAF-BA/99.

Como se depreende do quanto acima expedito, a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, ou do seu sucedâneo legal, Termo de Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documento configura-se exigência indispensável para eficácia do lançamento.

Ademais, a nulidade do procedimento nos casos em que há falta de Termo de Início de Fiscalização tem se configurado jurisprudência prevalente neste Conselho de Fazenda a exemplo dos Acórdãos CJF: 0105-11/10, 0207-11/10 e 0329-11/03.

Em suma, resta evidenciado nos autos que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização e não consta que ocorreu a efetiva intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do mencionado Termo, o que implica invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal.

Desse modo, impõe-se a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 3^a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal para reapreciação da Decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo.

Cientificados, autuante e autuado não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 3^a JJF deste CONSEF tem por objeto reappreciar a Decisão expressa no Acórdão de nº 0062-03/15 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da declaração de improcedência da autuação.

Cinge-se o presente Recurso de Ofício à análise da Decisão que declarou a nulidade do lançamento, cuja acusação fiscal imputa ao Sujeito Passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Da leitura e análise dos autos, vejo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida.

Restou constatado pelos julgadores de piso que a autuação carece do marco inicial do procedimento fiscal, bem assim da imprescindível assinatura do autuado no Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documento, o que dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, não consta a assinatura do autuado.

Em que pese os argumentos do autuante, o comando da norma de regência da matéria (art. 26, do RPAF/Ba) diz expressamente que:

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;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V - revogado

Ainda que se cogite a possibilidade de evocar os artigos 28 e 29 do mesmo RPAF, resta claro, como registrado na Decisão de piso, que as condicionantes ali estabelecidas não suprem a falta apontada alhures que, ao fim e ao cabo, atentam contra a possibilidade de o Contribuinte contraditar o lançamento, também sendo fortemente prejudicado no seu direito ao exercício da sua defesa.

Nesses termos, considerando que a falta de Termo de Início de Fiscalização válido inquinou o lançamento de nulidade insanável, posição reiterada deste Conselho de Fazenda, entendo que não há que se dar provimento ao apelo recursal.

Avançando, em que pese não fundamentar a Decisão objeto do Recurso de Ofício, vejo que outros vícios inquinam de nulidade o lançamento. De plano, analisando os termos da acusação fiscal, vê-se que atine à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do SIMPLES Nacional. Ocorre que na descrição dos fatos, o autuante diz que os fatos foram apurados em razão da realização de levantamento de omissão de saídas Saldo Credor de Caixa e falta de escrituração.

A leitura da acusação fiscal e da descrição dos fatos, vê-se claramente que não há alinhamento, restando claro que os fatos descritos indicam ao menos três acusações fiscais, todas consubstanciadas em demonstrativos elaborados pelo autuante e que atinem a levantamentos de imposto devido por antecipação tributária e até refazimento do caixa do Sujeito Passivo.

Ou seja, a acusação fiscal está fundada em diversos demonstrativos fiscais cujos levantamentos atinem a faltas que não se coadunam com a imputação, tudo a também determinar a nulidade do Auto de Infração, tanto pelos motivos apontados pela Junta de Julgamento Fiscal, quanto pelos

elementos acima referidos que apontam na direção de que não há a menor segurança quanto à falta eventualmente cometida.

Assim, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou NULO o Auto de Infração em apreço.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº **097332.0047/13-2**, lavrado contra **REDESOL ALIMENTOS E DISTRIBUIÇÃO LTDA. (REDESOL ALIMENTOS) - EPP**. Recomendação do refazimento do feito a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS