

A. I. Nº - 269102.0054/14-1
AUTUADO - M&M EMPREENDIMENTOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - OSVALDO SILVIO GIACHERO
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 20/07/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. No caso presente não foi dado conhecimento à empresa autuada o início da ação fiscal, em claro cerceamento de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/02/2015, exige ICMS no valor de R\$43.732,93, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta do seu recolhimento referente à antecipação tributária parcial na condição de microempresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Sociais – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

A empresa autuada impugna o lançamento fiscal (fls. 69/73), através de patrono legalmente constituído, informando possuir endereço físico, bem, como aquele do seu escritório de contabilidade. Requer a nulidade da ação fiscal com base no art. 26 e 28, do RPAF/BA, pois não foi cientificada do início de qualquer ação fiscal.

No mérito, afirma que o autuante não observou não ser a empresa contribuinte do ICMS, pois com atividade de construção civil, tendo adquirido as mercadorias para a prestação dos seus serviços, não cabendo, portanto, a aplicação do quando disposto no art. 352-A do RICMS/97.

Além do mais:

1. O fisco não havia observado de que no total dos documentos fiscais autuados haviam aquisições realizadas com produtos para uso e consumo (Nota Fiscal nº 26.168). Neste caso, não existe diferença de alíquota a ser exigida, conforme preconiza o art. 7º da nominada norma regulamentar.
2. No cálculo do imposto não foi observado que as notas fiscais foram emitidas com alíquota cheia do Estado de origem, percentual este e muitas vezes, superiores a deste Estado.

Sacando das determinações do art. 3º, XVI, § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, ressalta que não é devido o pagamento de diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens ou mercadorias por empresas prestadoras de serviços (não contribuinte de ICMS) e para aplicação na prestação de seus serviços. Para corroborar seu entendimento cita o Parecer nº 042105/2013 de 25/02/2013 da SAT/DITRI desta Secretaria da Fazenda.

Esclarece, em seguida, que a empresa Cerâmica Gorutuba Ltda., inscrita com o CNPJ nº 20.567.368/0001-43, de forma ilícita utilizou a sua inscrição estadual para emitir notas em seu nome, lhe “*trazendo assim um enorme desconforto e crescendo indevidamente valor ao passivo*”

tributário presente no Auto de Infração”. Afirma que somente adquiriu desta empresa apenas as mercadorias constantes das Notas Fiscais de nºs 5673, 5728 e 5729 e, em nenhum momento, adquiriu os produtos constantes das Notas Fiscais de nºs 5769, 5772, 5780, 5831, 5848, 5909, 5934, 5959 e 5962.

Requer a improcedência do Auto de Infração.

Na sua informação fiscal (fls. 85), o autuante assim se posiciona:

"A defesa argumenta ser a autuada do ramo da construção civil e que não comercializa mercadorias, não sendo, portanto, devida a antecipação parcial. Alega, ainda, que também não caberia a cobrança de diferença de alíquota por se tratar de MICROEMPRESA.

Minha informação é que de fato procedem as alegações da defesa, conforme se constata a folha 83 o CNAE é 711200 – Serviços de Engenharia e a sua condição é MICROEMPRESA.

Diante do exposto, peço rescindir a cobrança do débito ora lançado."

VOTO

O impugnante traz preliminar de nulidade à ação fiscal já que somente tomou conhecimento da mesma quando foi cientificado da lavratura do Auto de Infração.

Inicialmente, ressalto que o direito público tem como escopo principal disciplinar os interesses sociais e, portanto, os interesses do próprio Estado. Em assim sendo, o processo do seu agir deve estar formalmente descrito pela norma jurídica posta para que possa atingir seus objetivos (direito material), devendo ser executado através de atos administrativos formais e legais, sob pena da sua ineficácia. Humberto Theodor Júnior (Curso de Direito Processual Civil. 33ª ed. V. 1. Rio de Janeiro) reforça tal assertiva quando afirma que *"o ato praticado, concretamente, é típico ou perfeito quando se amolda exatamente ao padrão da lei; é atípico, ou defeituoso, quando dele se afasta"*.

No mais, o crédito tributário representa o momento da exigibilidade da relação jurídico-tributária. Nasce com o lançamento tributário (art. 142, do CTN), sendo tal lançamento o instrumento que confere exigibilidade à obrigação tributária, quantificando-a e qualificando-a e que decorre de outorga constitucional ao ente tributante com poderes e competência adstritos à legislação tributária e, em especial ao CTN, no seu art. 194 e art. 142. Assim, o lançamento tributário é um ato administrativo, que para ser válido possui determinadas condições {elementos ou requisitos} como competência, finalidade, forma, motivo e objeto, que se não observadas podem constituir em vício que o inquina a um ato ilegal.

Neste contexto, o início de uma ação fiscal marca o momento em que o Estado, por meio de seus agentes, interfere no comportamento tributário do contribuinte, podendo resultar deste ato a apuração de irregularidades e o conseqüente lançamento do crédito tributário. Imprescindível, portanto, ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual que os procedimentos que a fiscalização adote para a exigência do crédito tributário sejam claros e perfeitos (princípios da legalidade e da verdade material). Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu art. 142, parágrafo único.

Dentro deste escopo, o art. 26, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) determina que no início de uma ação fiscal devam ser lavrados termos, os quais especifica. Portanto, deve ser indicado, formalmente e legalmente, e dado a conhecer ao sujeito passivo, o início de qualquer procedimento fiscal para que não haja desobediência aos requisitos do devido processo legal. É de fundamental importância que não haja qualquer mácula ao princípio constitucional da ampla defesa.

E o art. 28 da referida norma regulamentar nomina todos os termos que devem ser lavrados para que a ação fiscal possa ter base legal na sua constituição. Consta-se que a legislação processual

tributária ao exigir a lavratura de termos, conforme aponta, objetiva permitir ao sujeito passivo da relação tributária o total conhecimento da ação fiscal. Inclusive, vai além ao determinar que sua prorrogação, após noventa dias, somente poderá ocorrer “*mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso*”.

De igual forma, também explicita quais são as situações em que é dispensada a lavratura de qualquer termo quando da lavratura de um Auto de Infração, conforme transcrevo a seguir.

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;*

Isto posto, ao analisar as peças processuais, constatei que em 19/02/2013 (fl. 06) o contribuinte requereu o encerramento de suas atividades perante esta Secretaria de Fazenda Estadual ficando sua situação cadastral como “suspensão – processo de baixa regular”. Em 28/02/2013 sua inscrição cadastral foi “baixada”.

Observando a norma regulamentar, o art. 29 e seu § 1º assim dispõe:

Art. 29. A baixa de inscrição será efetivada após a entrada do pedido pelo contribuinte.

§ 1º A baixa da inscrição nos termos deste artigo não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos e respectivas penalidades, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos mesmos.

Diante de tal regramento, foi emitida, em 01/02/2015, Ordem de Serviço nº 500843/15 (fl. 05) para que o fiscal autuante verificasse se algum imposto deixou de ser recolhido, ou mesmo, alguma obrigação acessória deixou de ser obedecida durante o período de 30/01/2012 a 30/01/2015 já que, embora a empresa estivesse com a sua situação cadastral “baixada”, o fisco estadual ainda não havia realizado a homologação de qualquer lançamento porventura existente.

Pelo que consta dos autos, o autuante unicamente de posse desta Ordem de Serviço (documento de controle interno da SEFAZ) e das cópias de NF-e's colhidas junto ao sistema nacional informatizado das mesmas, lavrou o Auto de Infração.

Diante de toda a norma processual acima exposta e da análise das peças processuais, não houve a lavratura do Termo de Início de Fiscalização nem de qualquer outro determinado na legislação tributária. Além do mais, quando contra argumentou, o autuante não se pronunciou a respeito do assunto apontado pelo impugnante, o que me leva a considerar verdadeira a sua afirmativa, acorde art. 140, do RPAF/BA.

Assim, houve a prática de ato, inequivocamente, sem observância de formalidades consideradas essenciais ao lançamento do imposto ora cobrado, ao não ser cientificado o autuado dos trabalhos de fiscalização. Esse vício torna patente que não foi seguido o devido processo legal. Houve prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o seu direito de defesa.

O meu voto é pela NULIDADE do Auto de Infração, acorde art. 18, II, combinado com os arts. 26 e 28 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269102.0054/14-1**, lavrado contra **M&M EMPREENDIMENTOS LTDA. - ME.**

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR