

A. I. N° - 279733.0007/13-9
AUTUADO - FRANCO MATOS TINTEXTIL LTDA.
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/09/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0195-03/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Intimado o sujeito passivo por Edital para apresentação de livros e documentos fiscais, o autuante lavrou o Auto de Infração antes de transcorrer o prazo estipulado no Edital para o atendimento da intimação, o que torna nulo o ato administrativo de lançamento. Representação à autoridade fiscal competente para renovação da ação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$167.870,94, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **16.03.01.** Falta de apresentação de Documentos Fiscais, quando regularmente intimado. Multa de 460,00;

Infração 02 - **16.12.15.** Falta de entrega de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações ou prestações realizadas nos meses de abril a dezembro de 2011 e de janeiro a dezembro de 2012. Exigida multa no valor de R\$85.357,87;

Infração 03 - **07.15.02.** Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a abril, outubro e novembro de 2011, janeiro e julho a setembro de 2011, no valor de R\$81.737,18, acrescido da multa de 60%.

Infração 04 - **16.01.01.** Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro e novembro de 2010. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$308,39;

Infração 05 - **16.01.02.** Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro e novembro de 2010. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$7,50.

Consta à fl. 10, cópia da publicação no Diário Oficial do Estado de 13/12/2013 do Edital de Intimação nº 16/2013 para o autuado apresentar: "LREM, LRSM, LRAICMS, LR de Inventário, RUDFITO, Notas Fiscais de Compras e Vendas, arquivos magnéticos, DAEs, referentes ao período de 01/01/2010 a 31/12/2012," concedendo o prazo de cinco dias contados a partir do 3º dia da publicação do Edital.

O autuado apresenta impugnação, fls. 41 a 47. Inicialmente observa que foi notificada do cometimento das infrações objeto da autuação sem a sua defesa.

Afirma que não lhe fora apresentado o relatório das infrações e quais os documentos que dão lastro a tais, destacando que foram anexados para comprovação das infrações alguns *e-mails*

trocados com uma suposta representante da empresa, que de fato não possuía poderes para tanto, lavrando-se o presente Auto de Infração no valor R\$167.870,94.

Em seguida, antes de adentrar ao mérito, observa que em momento algum se juntou aos autos qualquer comprovante de que fora devidamente intimada à apresentação dos arquivos e documentos indicado no Auto de Infração. Acrescenta que conforme consta dos próprios autos, o fisco encontrou o estabelecimento fechado, uma vez que, por grandes dificuldades financeiras não conseguiu manter sua atividade econômica. Prossegue asseverando que não teve ciência da intimação, e por isso, não lhe foram estendidos o contraditório e a ampla defesa, princípios esses consagrados no inciso LV do art. 5º CF/88 para socorrer, às partes o direito de utilizar os mais amplos e irrestritos meios de defesa. Arremata assinalando que demonstrada a ocorrência desse vício procedural a presente autuação não deve prosperar.

No tocante à falta de envio dos documentos requeridos pelo Fisco, registra que, caso seja ultrapassada a nulidade suscitada, o que se vincula ao princípio da eventualidade, deve-se levar em conta que não existe a possibilidade de aplicação de multa pela falta de apresentação da documentação exigida, uma vez que não fora devidamente intimada para tanto.

Informa que colaciona aos autos, fls. 55 a 72, cópias das notas fiscais emitidas no período de 2011. Observa que começou a passar por dificuldades financeiras no final de 2011 e inicio de 2012, motivo pelo qual requereu junto a Justiça de São Paulo sua Recuperação Judicial. Aduz que tal situação econômico-financeira justifica sua dificuldade em levantar tamanha documentação.

Revela que um segundo vício de depreende dos autos, pois, conforme venda total apurada no período tem valor inferior ao lançado nestes autos, como evidenciam as notas fiscais que ora anexa aos autos. Diz restar comprovado que houve um redespacho, assim, não ocorrerá o fato gerador, tanto do imposto, quanto da multa. Frisa que o destinatário final foi mantido, uma vez que a mercadoria não foi entregue, foi redespachada, portanto, não ocorrendo o fato gerador notificado.

Observa que dos exames dos documentos que apensa aos autos que houve emissão de nota fiscal com devido destaque do imposto e o redespacho da mercadoria com a devida emissão do CTRC para o destino final descabendo a presunção prevista na alínea “b”, do inciso I, do art. 4º do Dec. nº 1790/97, não ocorrendo infração de “situação irregular pela falta de documentação fiscal”, nem “documentação inidônea”.

Afirma que todos esses fatos qualificam a nota fiscal como idônea, ocorrendo uma simples omissão de observação de redespacho, que não prejudica a qualidade da nota fiscal como elemento comprobatório de operação fiscal. Assinala que essa ausência de observação comprova a “boa-fé”, pois o redespacho documentado permite qualificar a operação de descarga como de “transferência de carga” e não de “entregue a destinatário diverso”, incorretamente entendido pela fiscalização.

Depois de definir os termos “destinatário” e “transbordo”, assevera que, dadas as nítidas diferenças entre as duas operações, não procedeu a qualquer ato característico que o levasse à sujeição tributária, ou seja a entrega a “destinatário”.

Pontua que, para a existência de qualquer imposição tributária, deverá haver um fato, pois não se pode arbitrariamente imputar um ato distinto do qualificado pela lei. Afirma que deve-se tributar “algo”, um “fato gerador”, que no presente caso, nunca ocorreu, pois, a documentação existente comprova o transbordo e não a “entrega a destinatário”.

Diz sentir-se injustamente tributada por algo inexistente e reclama pelo acolhimento de suas razões expandidas.

Requer que todas as intimações destes autos sejam direcionadas ao escritório dos procuradores da empresa, localizado na Rua Juiz de Fora, nº 150, Sala 1.101, Barro Preto - Belo Horizonte - MG - CEP 30.180-060, sob pena de nulidade.

Conclui reiterando seu pedido de anulação da autuação e, caso seja ultrapassada, pugna pela concessão de novo prazo para a apresentação das referidas obrigações acessórias e, não sendo este o entendimento, requer seja recalculada a base de cálculo de incidência do referido imposto, bem como da multa e juros, tendo em vista sua condição econômico-financeira.

O autuante presta informação fiscal, fls. 77 e 78, aduzindo os argumentos a seguir resumidos.

Em relação às argumentações preliminares, de que não foram apresentados os documentos que comprovem as alegações do autuante, informa que aos autos foram anexados os mesmos documentos com as planilhas onde constam todas as notas fiscais e documentos de onde foram levantadas as informações para a autuação, sendo as mesmas encaminhas tanto em papel quanto em CD para o contribuinte.

Destaca que os itens I, II e III da defesa se baseiam praticamente nos mesmos argumentos: falta de intimação formal à empresa que se encontrava fechada, segundo o próprio instrumento de defesa, e que também foi por ele constatado. A esse respeito revela que cumpriu as regulamentações previstas no regulamento, após ter constatado a inexistência do estabelecimento no local indicado no endereço. Acrescenta frisando que em seguida enviou a intimação através de Aviso de Recebimento - AR, pela empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme consta às fls. 28 a 31. Registra ainda que em um dos ARs, enviado ao sócio MÁRCIO JOSÉ FRANCO MATOS, foi recebido em 06/11/2013, que por si eliminaria as alegações destes itens. Prossegue assinalando que, às fls. 20 a 24, constam e-mails que “foram trocados com uma representante da empresa que não tinha poderes para tanto”.

Diz ser lamentável que o representante jurídico da empresa, conforme consta às fls. 36 e 52, Sr. Diego Turbino Dutra, não se recorde de ter com ele mantido contato. Se atendo apenas ao que pode ser provado documentalmente, observa que, à fl. 22, consta o registro de uma resposta do advogado do impugnante manifestando-se sobre as diversas vezes que esta documentação foi solicitada. Acrescenta observando que, além dos ARs e dos e-mails, o autuado foi, conforme determina o regulamento do processo administrativo fiscal, intimado via Edital no Diário Oficial do Estado, conforme consta à fl. 10. Assevera ser razoável, desconsiderar as alegações de falta de informação ou de intimação ao contribuinte.

Quanto ao item III, destaca que se refere à cobrança de antecipação parcial recolhida a menos, conforme relação de notas fiscais entregues ao contribuinte juntamente com todo o processo, incluindo a planilha, fl. 10. Observa que, por se tratar de antecipação parcial, conforme descrito no Auto de Infração 03, cobrança não está relacionada às notas fiscais saída, anexadas pelo contribuinte fls. 55 a 72 que são notas de saídas.

Por fim, afirma que considerando a informação do contribuinte de que não recebera o arquivo com as notas fiscais que deram origem à cobrança da antecipação parcial, apesar de ter enviado CD com todos os documentos, sugere encaminhar as planilhas em anexo para o contribuinte, dando-lhe novo prazo para manifestação. Observa que vencido este prazo, devem os autos ser encaminhados para julgamento, já que não houve mudanças no Auto de Infração.

Consta às fls. 100 e 101, intimação ao autuado para ciência do teor da informação fiscal prestada, no entanto, não houve manifestação no prazo regulamentar.

VOTO

O presente Auto de Infração lavrado em 16/12/2013, trata da imputação do cometimento pelo sujeito passivo das seguintes irregularidades: infração 01 - falta de apresentação de Documentos Fiscais, quando regularmente intimado; infração 02 - falta de entrega de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações ou prestações realizadas; infração 03 - recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e; infrações 04 e 05,

respectivamente, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas a tributação e de mercadorias não tributáveis.

Em sede defesa, o impugnante suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração, por ter sido cerceado seu direito a ampla defesa, sob o fundamento de que não fora intimado à apresentar livros documentos fiscais e arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações antes da lavratura do Auto de Infração.

Ao compulsar os autos, verifico que consta à fl. 10, cópia do Edital nº 16/2012, publicado no Diário Oficial do dia 13 de dezembro de 2013, no qual expressamente veicula a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais no período de 01/01/2010 a 31/12/2012. Ou seja, considerando que o estabelecimento autuado não mais se encontrava funcionando no local cadastrado no CAD-ICMS, conforme observa o autuante ao proceder à informação fiscal, fl. 77, a intimação foi realizada na forma prevista no §1º do art. 108 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“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.”

De exames realizados, tanto nas cópias dos e-mails, fls. 20 a 24, quanto nas demais tentativas do autuante em efetuar a intimação do impugnante para apresentar a documentação solicitada, constatei que nenhuma delas logrou êxito, não restando, portanto, efetivada a intimação. Logo, ao proceder à intimação por edital, o autuante laborou corretamente e em consonância com o previsto dispositivo normativo supra aludido.

Entretanto, ao examinar o teor da publicação do referido edital, publicado em 13/12/2013, constato que nele afigura-se estampado a concessão do prazo para apresentação dos livros e documentos fiscais que especifica, de cinco dias a contar do terceiro dia da publicação do edital, ou seja, como a publicação ocorreu numa sexta feira, o impugnante teria até o dia 23/12/2013 para apresentar a documentação solicitada.

Assim, considerando que a lavratura do Auto de Infração, fl. 01, ocorreu em 16/12/2013, quando ainda não havia transcorrido o prazo expressamente estipulado no instrumento de intimação, resta patente que, ao ser antecipada a lavratura, o procedimento implicou irremediável ofensa ao devido processo legal, princípio inabalável e imprescindível às partes envolvidas no processo administrativo tributário, além de prejudicar o exercício da ampla defesa do sujeito passivo.

Desse modo, o descumprimento do prazo estipulado no edital pelo autuante configura vício insanável que macula o lançamento tributário, tornando invalida a autuação, pois, efetivamente, ignorou o devido processo legal, preterindo o direito de defesa do contribuinte.

Represento à autoridade fazendária para que o ato seja repetido a salvo de falhas, consoante a determinação do art. 21 do RPAF-BA/99.

Pelo exposto, fica evidente o descumprimento pelo autuante do devido processo legal e a conseqüente repercussão cerceando a ampla defesa do autuado, razões pelas quais, com fulcro no inciso II do art. 18 e no art. 20, ambos do RICMS-BA/97, decreto, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 279733.0007/13-9, lavrado contra FRANCO MATOS TINTEXTIL S.A.,

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA