

A. I. Nº - 213090.3000/16-3
AUTUADO - FLAMAC COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - ME
AUTUANTES - JORGE FAUSTINO DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-04/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização, conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, ou do Termo de Intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização na forma do art. 28 do mesmo diploma legal. Vê-se, também, a falta de elaboração de um demonstrativo que possa permitir ao defendente identificar quais efetivamente às notas fiscais de entradas, por mês de ocorrência do fato gerador, estariam sendo objeto da autuação, por quanto às mercadorias nelas constantes o defendente não houvera recolhido o imposto devido por antecipação na forma do que depreende o art. 12-A da Lei 7.014/96. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Recomendado o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/05/2016, constitui crédito tributário no valor de R\$328.248,77, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo aos meses de novembro e dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014 na forma do demonstrativo e documentação fiscal às fls. 11 a 126 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$328.248,77, com enquadramento no art. 12-A da Lei 5.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “d”, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do artigo 42, inc. II, “d”, do mesmo diploma legal.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 130 a 133, alegando, preliminarmente, que discorda do teor do Auto de Infração, em tela, contestando a autuação por entender que não contém elementos que justifiquem com clareza e com segurança os levantamentos apresentados nos anexos contidos no mesmo.

Diz que não consta o tipo de mercadoria que está sendo objeto da autuação, não especifica a mercadoria, o que a luz do seu entendimento dificulta a defesa, pois é citado simplesmente que: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$18.854,70, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”*. Neste contexto, diz estar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

Destaca que dificulta o entendimento da ação fiscal, dado que, no período fiscalizado pode conter mercadoria acobertada pelo regime da Substituição Tributária e não está sob o regime da Antecipação Parcial.

Desta forma, diz que falta clareza na autuação, como a legislação do ICMS em vigor exige e requer. Diz que o d. Fiscal Autuante simplesmente cita um Mandado de Fiscalização nº 2716994000172-2016422 e no Auto de Infração que fica registrado na repartição tem um documento da Central de Operações Estaduais – COE – Trânsito de Mercadorias – 6 “Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF”, que por sua vez também não relaciona os tipos de mercadorias, cerceando o direito de defesa do contribuinte.

Observa que todo o contribuinte tem o direito de receber antes de qualquer notificação fiscal ou qualquer autuação fiscal intimação para apresentação da notas fiscais para fins de conferência e para verificar se realmente efetuou o pedido junto aos fornecedores, e caso se constate que não efetuou algum pedido, o contribuinte teria o tempo necessário para prestar o devido registro na Delegacia de Polícia, antes da lavratura do Auto de Infração.

Diz, também, que teve informação da Associação Comercial que as intimações para apresentação de documentos fiscais ou livros, podem ser de várias maneiras, ou seja; por edital, ou por correio, ou por intimação presencial quando o mesmo se encontra no estabelecimento.

Desenvolvido essas considerações, diz que os Autos de Infrações lavrados desse modo, dessa maneira, nunca poderão prosperar no Poder Judiciário, vez que a justiça requer e exige todos os requisitos legais no referido processo e que o ato seja efetuado com clareza, especificação dos fatos e das mercadorias objeto da Autuação Fiscal.

Do exposto, diz que o Auto de Infração lavrado contra a impugnante deve ter a sua nulidade decretada por este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, ou mesmo julgado totalmente improcedente, por questão de justiça.

O autuante presta Informação Fiscal, às fls. 137/138, traçando as seguintes considerações:

Diz que não há razão da impugnante argui nulidade do Auto de Infração, em tela, alegando, sem qualquer fundamentação legal nem provas no processo em apreço, que houve cerceamento do seu direito de defesa.

Aduz que, conforme consta da fl. 130, a impugnante encontra-se inapta desde 17/09/2014. Neste sentido, afirma que diligências ao endereço constatou que a empresa não funciona no local, impedindo desta maneira de proceder à intimação bem como a ciência da autuação.

Observa, então, que se procedeu a intimação nos termos do disposto no art. 108 do RPAF/BA. Isto posto, diz que coube a empresa de correios e telégrafos, efetuar a intimação da impugnante como se verifica às fls. 127/128, como prevê a legislação pertinente.

Diz que o processo preenche todos os requisitos previstos na legislação que regulamenta a matéria (RPAF/BA, art. 39), sendo possível conhecer o sujeito passivo, o ilícito tributário a ele atribuído, o valor do crédito tributário lançado e os critérios quantitativos de apuração, a multa aplicada e os dispositivos da legislação tributária que foram violados, portanto, válido no seu todo.

Desta forma, requer que este Conselho de Fazenda não acate o pedido de nulidade arguido pelo impugnante e, no mérito, que o presente Auto de Infração sob nº 213090.3000/16-3, seja julgado totalmente procedente.

VOTO

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação parcial, no valor de R\$328.248,77, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo aos meses de novembro e dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014 na forma do demonstrativo e documentação fiscal às fls. 11 a 126 dos autos, com enquadramento no art. 12-A da Lei 5.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “d”, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do artigo 42, inc. II, “d”, do mesmo diploma legal.

Para fundamentar a autuação, o d. Agente Fiscal acosta aos autos “*Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos - Simples Nacional*” (fl. 8); “*Mandado de Fiscalização nº 2716994000172-2016422 emitido pela Central de Operações Estaduais - COE*” (fls. 9/10); “*Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UMF de emissão da Central de Operações Estaduais - COE*” (fls. 11/14) e as “*Notas Fiscais de Entradas Impressas*” (fls.15/126), relativas as mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, objeto da autuação.

O autuado suscita a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário tipo: “*quais mercadorias estão sendo objeto do auto de infração*” “*falta de clareza do levantamento do débito da autuação*” e “*falta de entrega do termo de intimação para a apresentação de livros e documentos*”. Sobre tais alegações a seguir passo a traçar algumas considerações.

Sobre a alegação de quais mercadorias estão sendo objeto do auto de infração e de falta de clareza do levantamento do débito da autuação, entendo restar razão ao defendente, vez que o d. Agente Fiscal limitou apenas acostar aos autos o “*Mandado de Fiscalização*” e o “*Demonstrativo Resumo*” de orientação das diligências e ações fiscais demandadas pela Central de Operações Estaduais - COE, em que, à luz da infração observada na ação fiscal, deveria o autuante ter acostado aos autos os papéis de trabalho que efetivamente desenvolvera, para fundamentar a infração cometida, que diz respeito à falta de recolhimento da antecipação parcial do imposto, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado no período fiscalizado de 01/11/2012 a 30/09/2014, o que não o fez, aliás; o que o d. Agente Fiscal acosta aos autos, além dos documentos emitidos pela COE, apenas as notas fiscais onde deixa entender que as mercadorias constantes dessas notas, oriundas de fora do Estado, ingressaram no estabelecimento sem o defendente recolher o imposto por antecipação devido à época dos fatos geradores.

Vê-se que a indicação sugerida pela COE no mandado de fiscalização, por meio do Resumo de Ocorrência Fiscal à fl. 9 dos autos, é de possível cometimento de irregularidade pelo defendente, relativo à Infração “*54.01.03 - Substituição/Antecipação Interna - Aquisição de Mercadorias Listadas no Anexo 1 do RICMS - Por Contribuinte não atender aos requisitos preconizados no paragrafo 2º do art. 332 do RCISM*”. Por sua vez o d. Agente Fiscal constitui o crédito, ora combatido, por falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, referente a entradas no estabelecimento do defendente de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação, consubstanciado nas notas fiscais acostadas às fls. 15 a 126 dos autos.

Ocorre que tais notas fiscais trazem no campo “*Descrição do Produto*”, como bem destaca o defendente, informações de aquisição de mercadorias que em determinado momento encontrava-se acobertada pelo instituto da substituição tributária, em outros momentos não; com isso há a necessidade de se ter acostado aos autos, para fundamentar a autuação, demonstrativo que efetivamente indique “*as notas fiscais*”, “*as mercadorias comercializadas por essas notas fiscais, que ensejam a antecipação do imposto*”, “*a data de emissão*”, “*a data de entrada no estabelecimento do defendente*”, “*a base de cálculo*”, “*a alíquota interna e interestadual aplicada*”, entre outras informações; para então possibilitar o devido processo legal do contraditório, intrínseco do processo administrativo fiscal, o que não se observa nos autos.

Ademais, sobre a argüição de falta de entrega do termo de intimação para a apresentação de livros e documentos, vale salientar que a exigência de entrega de tal termo representa um requisito essencial na constituição do crédito tributário no que orienta o RPAF/BA, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal.

Nesse sentido, conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início da Fiscalização, ou do Termo de Intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização na forma do art. 28 do mesmo diploma legal.

No caso em análise, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, porém consta Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (fl.8). Entretanto não consta que foi efetuada intimação ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do mencionado termo, vez que, além de não constar a assinatura do d. Fiscal Autuante no Termo de Intimação, nem tampouco a data de emissão; observo que não consta assinatura, no campo próprio do termo, a assinatura/identificação de preposto do contribuinte acusando o recebimento do termo.

Aliás, na informação fiscal, o próprio autuante destaca que, dado o contribuinte autuado encontrar-se inapto, quando do desenvolvimento da diligência no estabelecimento do defendente, para consecução do Mandado de Fiscalização, objeto da presente autuação, constatou que a empresa autuada não funcionava no local, impedindo de proceder à intimação.

Aduz, ainda, o d. Agente Fiscal de que teria efetuado a intimação do termo de início da fiscalização e/ou de apresentação de livros e documentos, através da empresa de correios e telégrafos, ou seja, via postal, na forma do que dispõe o art. 108 do RPAF/BA. O que não se observa, nos autos, qualquer documento que comprove tal procedimento. O que de fato se observa nos autos é a intimação da lavratura do Auto de infração em análise, via postal, através aviso de AR-Correios acostado às fls. 127/128 dos autos.

Em sendo assim, entendo restar razão, também, a argüição do defendente de nulidade do presente processo administrativo fiscal relativo à falta do termo de início do procedimento fiscal.

Vê-se na disposição do §1º do art. 18 do RPAF/99 de que admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. No caso em análise não se constatou incorreções eventuais, pois a irregularidade apontada, a falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, a ausência do Termo de Início de Fiscalização, implicam cerceamento do direito de defesa do contribuinte, bem assim a falta de elaboração de um demonstrativo que possa permitir ao defendente identificar quais efetivamente as notas fiscais de entradas, por mês de ocorrência do fato gerador, estariam sendo objeto da autuação, por quanto as mercadorias nelas constantes, o defendente não houvera recolhido o imposto devido por antecipação na forma do que depreende o art. 12-A da Lei 7.014/96.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, e represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos equívocos apontados.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº213090.3000/16-3, lavrado contra FLAMAC COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - ME, recomendando-se o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//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, 09 de março de 2017

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE – EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA