

A. I. Nº - 436373.3008/16-9
AUTUADO - J. J. B. DE SOUZA
AUTUANTE - EDVANIA MARIA SOUZA CORREIA
ORIGEM - INFRAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/09/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-03/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. O Auto de Infração foi lavrado sem intimação prévia ao contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/06/2016, exige crédito tributário no valor de R\$21.210,36, acrescido da multa de 60%, em razão de omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sem dolo. Ocorrências nos meses de abril a dezembro de 2011, janeiro a maio, julho a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013. (Infração 07.21.04).

O autuado ingressa com defesa tempestiva fls.17/20. Diz ser pessoa jurídica de direito privado cujo objetivo social consiste em Hotéis, e, portanto, dessa forma, não é contribuinte de tributos estaduais. Reproduz a irregularidade que lhe foi imputada.

Destaca que o Autuante preparou os demonstrativos, com a finalidade de justificar suposta irregularidade mencionada, tomando por base presunção em levantamento de pagamentos informado pela Administradora de Cartões. Diz verificar os anexos citados e que encontrou erros por parte do preposto fiscal, que fatalmente elide a suposta contravenção, visto que, devido a esses erros, redundou-se que os recolhimentos de ICMS não foram efetivados de acordo com o faturamento.

Explica que com base no inciso III do artigo 26 do Decreto 7.629/99, o procedimento fiscal é iniciado no momento da intimação para prestar esclarecimentos ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização, a qual deve ser entregue por escrito ao contribuinte ou seu preposto ou responsável pela pessoa jurídica. De acordo com os termos que fundamentam e instruem a ação fiscal, a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos. Esse procedimento é para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimentos ou exiba elementos solicitados pela fiscalização.

Prossegue afirmando que contrariando o citado dispositivo legal, em nenhum momento o contribuinte recebeu intimação para prestar qualquer tipo de esclarecimento junto ao órgão competente, pois quando tomou ciência dos fatos, o agente de tributos já havia lavrado o Auto de Infração.

Questiona a infração que lhe foi arrogada informando que não atua no âmbito comercial, e não realiza operações com circulação de mercadorias. Afirma ser microempresa, com grandes dificuldades financeiras para manter-se num mercado que é bastante concorrido e está sendo diretamente atingido pelo atual cenário da crise econômica persistente em nosso país. Diz que para assegurar a existência operacional do estabelecimento, passou a atuar apenas no âmbito de

serviços relativos à hospedagem em hotel, na qual, a alimentação está inclusa na diária, ficando sujeita ao imposto sobre serviços/ ISS, conforme item 9.01 da Lista de Serviços/Lei Complementar 116/2003. Apensa "Requerimento de Empresário" com a descrição do objeto da empresa.

Conclui que as notas fiscais de aquisições existentes na base de dados da Secretaria da Fazenda referem-se tão-somente aos produtos oferecidos no café da manhã (inclusos na diária) e de uso geral na prestação dos serviços de hospedagem.

Frisa que em momento algum houve omissão de saídas das mercadorias ou falta de recolhimento do ICMS, pois, de acordo com o § 2º do artigo 1º LC 116/2003, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias, os serviços mencionados na lista supracitada não ficam sujeitos à incidência do referido imposto.

Diz que não reconhece a suposta infração imputada contra a empresa e caso não seja reconhecida as preliminares de nulidades suscitadas, no mérito, requer que seja julgado improcedente o auto de infração.

A autuante presta a informação fiscal fl.27. Repete a irregularidade apurada. Diz que o contribuinte em sua defesa argumenta que não foi intimado por escrito para apresentar esclarecimentos junto ao órgão competente e que não exerce a atividade de restaurante, e sim, a de hotel.

Explica que, de fato, o Autuado não foi intimado por escrito, porque o seu contador se negou a assinar a intimação e a empresa teria deixado de se cadastrar no Domicílio Tributário Eletrônico – DTE. Nesse caso, a consequência foi o cancelamento de sua inscrição. Todavia, entrou em contato com a proprietária através de telefone, convidando-a a comparecer à Inspetoria Fazendária, quando foram mostrados os cálculos referentes ao Auto de Infração. No entanto, mesmo assim, aconselhada por seu contador, continuou a se negar a assinar a intimação.

Quanto ao questionamento do contribuinte de que o mesmo não exerce a atividade de restaurante, e sim, de serviços de hospedagem, informa que não procede. Aduz que a empresa já havia sido autuada com base na mesma infração, conforme processo 129655.0006/08-0 de 29/09/2008 e que foi quitado em 30/04/2011.

Comenta que em sua defesa, a empresa alega só exercer a atividade de serviço de hospedagem, porém, em suas aquisições de insumos, existem compras regulares de mercadorias em quantidades relevantes, a exemplo de bacalhau, carne bovina, feijão, arroz, óleo de soja, extrato de tomate, sal, etc, caracterizando a atividade de restaurante, conforme documentos que anexa.

Assegura que a empresa fez várias solicitações na SEFAZ, para confecção e utilização de talões de notas fiscais de venda a consumidor. Isso prova que a mesma exerce atividade de comércio de mercadorias, no caso, restaurante.

Sustenta que o contribuinte vem apresentando rotineiramente o PGDAS (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório), “sem movimento”. Dessa forma, sonega todos os Tributos (federal, estadual e municipal), o que demonstra que o Autuado tenta fugir das obrigações de pagamento de tributos. Junta DASNs.

Remata que tendo analisando a argumentação da impugnante, e não sendo verificado nada que justifique o seu pedido, opina pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou como preliminar de nulidade, que o auto de infração foi lavrado sem que fosse previamente intimado para apresentação de livros e documentos. Entende que tal procedimento provocou o total cerceamento de seu direito de defesa, pois se tivesse sido intimado poderia fornecer documentos que certamente evitariam os equívocos cometidos pela fiscal Autuante.

A Autuante, por sua vez, não negou ter cometido o vício apontado pelo defendant. Explicou que, de fato, o Autuado não foi intimado por escrito, porque o seu contador se negou a assinar a intimação e a empresa teria deixado de se cadastrar no Domicílio Tributário Eletrônico – DTE. Nesse caso, a consequência foi o cancelamento de sua inscrição.

Compulsando os autos, vejo que da intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 04) deste PAF, não consta a assinatura do autuado. Também não existe no PAF, o Termo de Início de Fiscalização com a ciência do autuado.

O artigo 28, incisos I e II do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, assim dispõe sobre os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal:

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:

I – Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte.

II – Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, no que diz respeito a preliminar arguida, entendo que assiste razão ao autuado, uma vez que a forma como foi instaurado o procedimento fiscal cerceou o seu direito de defesa.

Observo que a negativa do contador ou de preposto da defendant, em assinar o termo de intimação conforme alegado pela Autuante, não constitui óbice para o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação, necessárias a legitimidade do procedimento fiscal. O Autuado poderia ser intimado por outras vias, conforme previsão do art. 108 do RPAF/99.

Vejo que da intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 07) deste PAF, não consta a assinatura do autuado. Também não se comprova nos autos, a existência do Termo de Início de Fiscalização com a ciência do Autuado ou transcrita no livro RUDFTO do contribuinte, conforme determina a legislação acima transcrita, o que macula irremediavelmente a autuação, pois implica descumprimento das normas estatuídas no artigo 18, Inciso II do RPAF/99.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, não sendo possível adentrar-se ao mérito da lide, ao tempo em que recomendo à Autoridade competente, a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, conforme preceitua o art. 156 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 436373.3008/16-9 lavrado contra J. J. B. DE SOUZA.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR