

A. I. N° - 269275.0007/17-7
AUTUADO - NEPOMUCENO & BARROS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS. CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 06.11.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0198-04/17

EMENTA: ICMS. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal pela inexistência do Termo de Início de Fiscalização ou Intimação válida para apresentação de livros e documentos fiscais. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Recomendação para o refazimento do lançamento tributário. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2017, reclama o crédito tributário no valor de R\$194.364,30, acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

O autuado apresenta defesa (fl.11), dizendo que em 05 de abril de 2017 recebeu a presente notificação, via DTE, porém, a mesma deve ser anulada pelas razões que passa a expor:

"A autuação fiscal comprova que o estabelecimento autuado não é o mesmo da solicitação da intimação"

Ainda que o estabelecimento estivesse correto, o período fiscalizado é divergente do período solicitado.

O estabelecimento solicitado na intimação trata-se de um depósito fechado, não existindo a circulação de mercadorias para revenda".

Conclui não ser cabível a exigência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal informa que a intimação de folhas 7 e 8 do PAF entregue via DT-e -Domicílio Tributário Eletrônico confirma que a mesma foi enviada para o contribuinte autuado, CNPJ 12.685.749/0002-80. Portanto, a alegação de que a referida intimação foi enviada para o depósito (e não para a loja) não procede em hipótese alguma.

Reafirma que a intimação foi efetivamente enviada para a loja cujo CNPJ é 12.685.749/0002-80.

Quanto ao anexo da intimação (folha 8), reconhece que inicialmente, por equívoco, foi enviado para o DT-e do autuado, porém os dados do anexo foram os do depósito do contribuinte (CNPJ 12.685.749/0008-75), referente ao exercício de 2014. Posteriormente foi realizada a correção com a inclusão do anexo correto com os dados da loja do autuado (CNPJ 12.685.749/0002-80), folha 29 do processo e exercícios de 2012 e 2013.

Transcreve o teor do art. 18, parágrafo 1º do RPAF-BA e após conclui que a irregularidade foi sanada e comunicado o fato ao sujeito passivo com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sua manifestação, não havendo que se falar em nulidade do Auto de Infração, uma vez que é claramente possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na apresentação da defesa o sujeito passivo argui ser nula a presente autuação, pois o estabelecimento autuado não é o mesmo que consta na Intimação a ele dirigida, assim como o período fiscalizado também é divergente do informado na referida Intimação. Explica que o estabelecimento constante na intimação trata-se de seu depósito fechado, que não opera com circulação de mercadorias para revenda.

O Auditor Fiscal ao prestar a Informação Fiscal informa confirma que a intimação de folhas 7 e 8 do PAF foi enviada para o contribuinte autuado, CNPJ 12.685.749/0002-80, porém, por equívoco, na intimação anexada foram informados os dados relativos ao depósito do contribuinte (CNPJ 12.685.749/0008-75), referente ao exercício de 2014.

Informa que foi realizada nova intimação com os dados corretos, e com fulcro no disposto no art. 18, parágrafo 1º do RPAF-BA externa o entendimento de que a irregularidade foi sanada e comunicado o fato ao sujeito passivo com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sua manifestação, não havendo que se falar em nulidade do Auto de Infração.

Da análise dos documentos que compõem o Auto de Infração observo que a Intimação inicial de fl.08 foi dirigida a autuada através de DTE- Domicílio Tributário Eletrônico, porém, foram informados os dados do estabelecimento inscrito no CNPJ 12.685.7490008-75, enquanto que a autuada possui o CNPJ 012.685.749.0002-80.

Também observo que os documentos solicitados referem-se ao exercício de 2014, entretanto, o período fiscalizado deste auto de Infração diz respeito a O.S nº 500174.17 e abrange o período compreendido entre 01/01/2012 a 31/12/2013, fato inclusive reconhecido pelo autuante. Portanto, trata-se de Intimação inválida.

Por outro lado o art. 28 do RPAF/BA que a seguir transcrevo, assim determina:

“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 transcrito 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 leitura do dispositivo legal verifico ser necessária a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, podendo o mesmo ser dispensado, através da Intimação para apresentação de Livros e Documentos, o que não ocorreu já que a Intimação dirigida a autuada, como visto anteriormente é considerada inválida.

Também observo que somente na informação fiscal o autuante anexou à fl. 31 a Intimação com os dados corretos do contribuinte, porém, não há provas de que a mesma foi entregue ao autuado, já que não consta a assinatura do mesmo, nem foi anexado documento comprovando o envio através de DTE- Domicílio Tributário Eletrônico, com a devida ciência.

Portanto, não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal, ou seja, o Auto de Infração nasceu sem qualquer respaldo legal para ter sustentação, vez que afrontou, claramente, o princípio constitucional da ampla defesa.

No caso concreto entendo que restou comprovada a existência de vícios formais que afetam e maculam a legalidade do lançamento, não admitindo contemporização.

Por não se tratar de mera incorreção ou omissão e de não-observância de simples exigências formais contidas na legislação, já que decorre de inobservância da forma como a autoridade fiscal deveria efetuar o lançamento, ou seja, o Auto de Infração não se respalda em prévio Termo de Início de Fiscalização, descabe, no presente caso, a solução preconizada pelo §1º do art. 18 do RPAF-BA/99.

Dessa forma, ante a análise expendida, a inobservância do devido procedimento legal revela insegurança jurídica quanto à acusação imputada ao autuado, cerceando seu direito de defesa, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18 inciso II, do RPAF-BA/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, ressaltando que em relação a contagem do prazo decadencial deve ser aplicado o disposto no inciso II do art. 173 do CTN já que no caso em análise a anulação do lançamento é decorrente de um vício formal.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269275.0007/17-7**, lavrado contra **NEPOMUCENO & BARROS LTDA**.

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, 24 de outubro de 2017

CARLOS FÁBIO CABARL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR