

PROCESSO - A. I. Nº 269275.0007/17-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NEPOMUCENO & BARROS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0198-04/17
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0320-12/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0198-04/17, que julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 29/03/2017, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$194.364,30, em decorrência da infração descrita a seguir.

“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.”

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 24/10/2017 (fls. 35 a 37) e decidiu pela nulidade da exigência, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“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 12.685.749/0008-75, 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.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99. Ausente o Conselheiro José Carlos Barros Rodeiro.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JF (Acórdão 4ª JF Nº 0198-04/17) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$410.515,20, (atualizados à data do julgamento) fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta infratora foi descrita como “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, suscitando a sua nulidade ao argumento de que o Termo de Início de Fiscalização foi dirigido a outro estabelecimento seu, solicitando documentos relativos a período distinto do da autuação.

Em sua informação fiscal, o Autuante admite que, efetivamente, ocorreu um erro no envio do anexo da intimação inicial. Alega, contudo, que tal equívoco teria sido corrigido, mediante o envio de outra intimação com o CNPJ correto.

A 4ª JF acolheu a alegação recursal e julgou nulo o lançamento.

Examinando os elementos do auto, é possível notar que a presente ação fiscal foi deflagrada mediante a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos

Fiscais/Contábeis, encaminhada através do Domicílio Tributário Eletrônico, DTE, conforme folhas 07/08 do processo.

O exame dos documentos citados revela que a solicitação referida teve como objeto os livros e documentos fiscais relativos ao CNPJ 12.685.749/0008-75, conforme consta à folha 08, no Campo “CNPJ / CPF” do formulário. Revela, ainda, que a solicitação se reportou aos registros relativos ao período de 01/01/2014 a 31/12/2014, conforme se lê no corpo da intimação referida.

Como se pode facilmente depreender, o CNPJ indicado não coincide com aquele pertencente ao estabelecimento autuado, que se encontra indicado à folha 01 do processo, qual seja, 12.685.749/0002-80. Ademais, o período da fiscalização, e consequentemente autuado, reportou-se aos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de débito às folhas 01/02.

Em que pese o Autuante ter alegado correção no erro apontado, mediante a emissão de novo Termo de Intimação, o exame da cópia acostada à folha 31 do processo, revela que esse segundo Termo não possui a cientificação da empresa autuada, inexistindo prova de que tenha sido entregue ao Sujeito Passivo.

Ora tendo havido erro na expedição do Termo de Intimação de Livros e Documentos (enviado através do DTE), na identificação do Sujeito Passivo e no objeto solicitado, é forçoso concluir que a ação fiscal ficou-se viciada, naquilo a que se propôs, qual seja, atender à exigência disposta no art. 28, incisos I ou II do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“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;
...”

Inexistindo Termo de Início de Fiscalização válido, a decretação de nulidade é consequência jurídico-processual que se impõe, reabrindo-se, *ab initio*, a contagem do prazo decadencial para o refazimento do lançamento, por se tratar de vício de natureza formal.

Assim, entendo que a decisão recorrida não merece reparo.

Do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício. Recomendo, à autoridade administrativa competente, o refazimento do lançamento, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, mantendo a decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 269275.0007/17-7, lavrado contra **NEPOMUCENO & BARROS LTDA**. Recomenda-se à autoridade administrativa competente, o refazimento do lançamento, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS