

A. I. N° - 232943.0014/03-0
AUTUADO - ZILMAR BARBOSA RIBEIRO
AUTUANTES - REGINALDO CAVALCANTE COELHO, LAUDIONOR B. PEDRAL SAMPAIO e
ANTONIO ANIBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 07. 05. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0145-04/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal pois, lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2003, exige ICMS no valor de R\$27.779,18, em razão da falta de antecipação tributária, relativa às aquisições de mercadorias enquadradas na Portaria n° 270/93, conforme notas fiscais anexas.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 41 a 48 dos autos, preliminarmente, alegou vícios formais no procedimento, por ofensa ao devido processo legal e da ampla defesa, oportunidade em que transcreveu o teor dos arts. 2º, 18, seu inciso II, do RPAF/99.

Segundo o autuado, com base no Termo de Apreensão e no Auto de Infração modelo 4, o levou a conclusão de que o mesmo fora lavrado no trânsito de mercadorias. Argumenta que pela natureza da infração, bem como da análise dos documentos acostados, verifica-se que a suposta infração não possui as características de infração acometida no trânsito de mercadorias, já que não houve qualquer apreensão, cuja fiscalização está mais afeita às que são realizadas em estabelecimentos.

Sustenta que por terem os autuantes elegido um procedimento sumário e superficial, tipo das ações de trânsito de mercadorias, os mesmos acabaram por ferir de morte dois pilares constitucionais insertos no art. 5º, LIV e LV, que garante a todos o direito ao devido processo legal, contraditório e a ampla defesa.

Frisa ser gritante, ainda, o cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que não foram fornecidos pelos autuantes a empresa os elementos em que demonstrasse a base de cálculo, o valor do imposto e da multa aplicada, além do que não lhe foi entregue nenhuma cópia de nota fiscal, tampouco foi informada de como foram obtidos os referidos documentos. Transcreve o teor do art. 39, seus incisos I a IV, além das suas alíneas “a”, “b” e “c”, do RPAF/99.

Argumenta que a omissão da discriminação das mercadorias supostamente apreendidas viola gravemente o direito à ampla defesa, haja vista não saber se o percentual de alíquota foi aplicado corretamente. Transcreve o teor do art. 41, seus incisos I e II e 46, do RPAF/99, além do Acórdão n° 0061-01/03, que julgou nulo procedimento fiscal lavrado.

Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Quanto ao mérito, o autuado apresentou os seguintes argumentos para refutar a exigência fiscal:

1. Aduz, com base no já explanado anteriormente, ser impossível a empresa, à luz dos documentos fornecidos, ter uma noção exata do que e sobre o que está se exigindo o crédito tributário. Todavia, pode deduzir, com base nas informações constantes nos Termo de Apreensão

e no Auto de Infração, que o imposto reclamado diz respeito a bebidas, cujas mercadorias seriam oriundas da região sul ou sudeste e fornecidas por atacadistas;

2. Que jamais efetuou compras de bebidas fora do Estado da Bahia, além do que não sabe onde foram obtidos os supostos documentos fiscais que pretensamente comprovariam a infração fiscal, haja vista que as mercadorias neles consignadas jamais transitaram pelo seu estabelecimento;
3. Que os valores das mercadorias pretensamente adquiridas superam, em muito, o valor do capital social da empresa, fato que indica um forte indício de que tais operações não foram realizadas pela empresa;
4. Que por ser inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS como Microempresa, torna os custos de aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária mais oneroso do que no mercado interno, uma vez que teria que arcar com os impostos e o frete, ao passo que se comprasse no mercado interno, o imposto já viria pago e o valor do transporte seria menor;
5. Que inexistem nos autos prova de que qualquer mercadoria ou documento tenha transitado pelo estabelecimento da empresa, sendo tal fato mera suposição dos autuantes, totalmente divergente da realidade dos fatos;
6. Que embora admita a hipótese de não trabalhar com suposições, diz que a única alternativa que lhes resta, é supor que a sua inscrição vem sendo utilizada por outros contribuintes, em razão da localização do município de Cordeiros, está fora da rota do Posto Fiscal, portanto, sujeita a uma menor fiscalização.

Ao finalizar, requer o julgamento nulo do Auto de Infração, ou em assim não entendendo o CONSEF, seja o mesmo considerado improcedente.

A auditora designada para prestar a informação fiscal, fl. 52, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, assim se manifestou para refutar a defesa apresentada pelo autuado:

1. Que da leitura dos autos, especialmente dos documentos de fls. 5 a 39, depreende-se razão não assistir ao autuado, já que o art. 42, do RPAF/99 invocado pela defesa assim dispõe: “A lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais”, cargo que é exercido pelos autuantes na Secretaria da Fazenda;
2. Que o art. 38, do regulamento acima citado, estabelece que o Auto de Infração será lavrado para exigência de tributos, acréscimos tributários e multas, sempre que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, quando for constatada infração à legislação tributária;
3. Que a lei não distingue ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização do trânsito e as realizadas em estabelecimentos, quando esta última decorre da primeira, bem como não faz restrições a respeito;
4. Que a alegação defensiva de cerceamento de defesa não é verdadeira, uma vez que de acordo com o disposto no art. 124, do RPAF/99, o sujeito passivo da autuação poderá ter vistas do processo, que permanecerá na repartição local, sendo-lhe facultado extrair cópias de qualquer de suas peças, livre de ônus de qualquer espécie, na forma do art. 11, do referido regulamento;
5. Que sobre a decisão do CONSEF citada pelo autuado, através da qual foi julgado nulo Auto de Infração lavrado, esclarece que o mesmo versava sobre matéria diversa da que motivou o

presente lançamento e que a simples adoção de roteiros praticados no trânsito, para comprovar as irregularidades apontadas, não acarreta a nulidade do procedimento fiscal;

6. Sobre os argumentos do autuado, relativos ao capital social da empresa, de sua condição de Microempresa e do pequeno porte do município onde está localizada, aduz não serem válidos para elidir o ilícito fiscal, porquanto não se confunde a situação de direito e a de fato;

7. Que as trinta e duas notas fiscais anexadas aos autos, constituem prova documental das aquisições feitas pela empresa, junto a dois fornecedores no período de janeiro/2000 a maio/2001 e que o art. 143, do RPAF/99 diz que “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal”.

Ao concluir, opina pela procedência do Auto de Infração.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, tendo em vista o disposto no art. 137, do RPAF/99, foi proposta por este relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF, a sua conversão em diligência a IFMT-DAT/SUL, para que fosse atendido o solicitado à fl. 58.

Em atendimento a diligência solicitada, os autuantes elaboraram às fls. 62 a 63, uma planilha onde foram relacionadas às notas fiscais de aquisições e respectivas mercadorias, suas quantidades, seus valores, a MVA, a base de cálculo, bem como o valor do ICMS devido.

O autuado foi cientificado pela INFAZ-Vitória da Conquista, conforme intimação e AR às fls. 66 e 67, para tomar ciência da diligência do CONSEF.

Em retorno para o seu julgamento, por proposta deste relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF, o PAF foi mais uma vez convertido em diligência a IFMT-DAT/SUL, para que fosse cumprido o solicitado à fl. 71, o que foi atendido, conforme intimação e AR às fls. 73 e 74, no entanto, o autuado não se manifestou a respeito.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o PAF, observei que os autuantes para exigirem o imposto, se basearam nas cópias das notas fiscais anexadas aos autos às fls. 8 a 39, emitidas por contribuintes estabelecidos em outra unidade da Federação, tendo como destinatário o estabelecimento autuado.

Verifiquei, também, que os autuantes apenas exigiram imposto por antecipação, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam mercadorias sujeitas à tributação normal.

Aliado ao fato acima, observei que embora as notas fiscais se reportem a compras efetuadas pelo autuado nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo do acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da lavratura do Auto de Infração.

Como as ocorrências acima implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e tendo em vista que tais incorreções não podem ser sanadas através de diligência, conforme previsto no §1º, do art. 18, do RPAF/99, entendo que a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal.

Ante o exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração.

Represento, no entanto, a autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232943.0014/03-0**, lavrado contra **ZILMAR BARBOSA RIBEIRO**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de incorreções.

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//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR