

A. I. Nº - 000.899.233-9/01
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LOUMAR LTDA.
AUTUANTES - ANTONIO ANÍBAL BASTOS TINÓCO
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 27/02/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º0030-05/07

EMENTA- ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Assim, deveriam ser observados as rotinas e roteiros próprios da fiscalização para a específica ação fiscal. Além do mais, não consta, nos autos, o critério adotado para determinação da base de cálculo. Esta situação cerceou o pleno direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/08/2001, cobra ICMS no valor de R\$3.755,90 acrescido da multa de 100%, pela estocagem de mercadorias, encontradas no estabelecimento, desacompanhadas das respectivas notas fiscais.

O autuado (fl. 9/14), irredutível, contestou a ação fiscal. Afirmou que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais atribuem deveres aos órgãos administrativos públicos e os atos dos seus administradores estão perfeitamente em lei, não podendo agir fora dos seus parâmetros. Sobre a matéria discorreu mais detalhadamente, entendendo que a autoridade fiscal deve apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros atos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, vez que o princípio da legalidade objetiva exige do fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade. Neste contexto, a ação fiscal encontrava-se viciada, devendo ser decretada a sua nulidade, pois o autuante não relacionou as mercadorias que supostamente deram motivo à ação fiscal, cerceando o seu pleno direito de defesa. Ao ser desconhecedor de quais mercadorias se encontravam no seu estabelecimento desacompanhadas de documentação fiscal, uma vez que possui todas as notas fiscais de suas compras, não havia como se defender.

Auditora fiscal chamada para prestar informação (fl. 18) ratificou o lançamento fiscal. Observou, inicialmente, que como no PAF não restava provada a data da ciência do autuado ao Auto de Infração, ficou impossibilitada de avaliar se a defesa foi ou não tempestiva.

No mérito, entendeu confusas as razões de defesa e, inclusive, o demonstrativo (fl. 10) apensado aos autos pelo contribuinte que não tinha qualquer pertinência à matéria em lide. No mais, as mercadorias que constituíram o objeto da cobrança do imposto estavam detalhadamente relacionadas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 3 - frente e verso) com seus respectivos valores e a base de cálculo total apurada.

Em 10/12/2001, foi solicitado à Repartição Fiscal que entregasse ao autuado cópia, através de recibo, do Termo de Apreensão. Foi reaberto prazo de defesa (fl. 25). Esta providência foi executada pelo Órgão Fazendário competente (fls. 26/26 verso). O defendente não se pronunciou.

Em 8/3/2002, novamente os autos foram baixados em diligência para que o autuante procedesse ajustes nos levantamentos fiscais, demonstrando, materialmente, como apurou a base de cálculo do imposto cobrada, assim como, o preço unitário atribuído às mercadorias (fl. 33).

Em 7/11/2006, o autuante prestou a seguinte informação (fl. 34):

1. contou os estoques da empresa em 21/8/2001, sendo elencados, naquela oportunidade, 19 tipos de mercadorias;
2. todas as mercadorias foram confrontadas com as notas fiscais de aquisições no escritório do contador;
3. entendeu que não cabia a análise das notas fiscais de entradas para as mercadorias autuadas, pois aquelas cujas notas de compras foram encontradas não constam relacionadas no TAMD às fl. 3 dos autos. Assim, por eliminação, as demais listadas se encontravam desacompanhadas da nota fiscal de origem;
4. os preços unitários para compor a base de cálculo foram retirados de notas fiscais de saídas anteriores ao início da ação fiscal. Com este procedimento, disse ter beneficiado o autuado;
5. entendeu não haver necessidade da verificação da existência, ou não, de saldos remanescentes no livro Registro de Inventário do contribuinte. Se assim procedesse deveria analisar, de igual forma, as notas fiscais de saídas. Informou, ainda, que o inventário, na ocasião, não lhe foi apresentado sob a alegação de estar na posse de outro auditor, fato não conformado.

O autuado foi chamado para se manifestar sobre a informação prestada pelo autuante (fls. 36/37), mas não o fez.

VOTO

A questão de ordem processual levantada pela auditora fiscal que prestou informação, ou seja, a intempestividade ou não da defesa, não ficou comprovada ao longo da lide. Nos autos existem duas Intimações, uma datada de 29/8/2001 e a outra de 9/10/2001, após a data consignada na peça de defesa que foi de 3/10/2001. Em sendo assim, esta é questão que não pode aqui ser acolhida e considero tempestiva a defesa apresentada.

A auditoria fiscal tratou da cobrança do ICMS por terem sido encontradas mercadorias estocadas, no estabelecimento, desacompanhadas de notas fiscais. O art. 201, I do RICMS/97 determina que em uma transação comercial deva ser, obrigatoriamente, emitida nota fiscal. Por outro lado, o art. 142, IV e VII do citado Regulamento também determina a obrigatoriedade do contribuinte de entregar ao fisco os documentos fiscais, quando solicitado e, exigir do estabelecimento vendedor das mercadorias os documentos fiscais que acobertarem as suas aquisições. Assim não procedendo, fica caracterizada uma infração relativa ao ICMS, conforme previsto no art. 911 do já citado RICMS/97.

O autuado alegou cerceamento do seu pleno direito de defesa, argüindo nulidade do lançamento fiscal, por ser desconhecedor das mercadorias que se encontravam em seu estabelecimento desacompanhadas de documentação fiscal. Analisando o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, onde constam relacionados todos os dados (mercadorias, quantidades e valores) inerentes à cobrança do imposto, foi verificado que não continha a assinatura do contribuinte. Nesta circunstância, o processo foi convertido em diligência para que fosse entregue ao autuado cópia, através de recibo, do referido Termo de Apreensão e reaberto prazo de defesa. Estas providências foram realizadas, sanando a irregularidade detectada. Assim, conforme

determinações do art. 18, § 1º do RPAF/99, não existe mais motivação para se decretar a nulidade da ação fiscal por este argumento.

O impugnante ainda levantou questão preliminar de nulidade á ação fiscal por entender que não foram seguidos os procedimentos legais, já que o ato administrativo é vinculado à lei.

Para o deslinde da questão é necessário observar o que determina a legislação tributária estadual e como foi desenvolvida a ação fiscal.

O lançamento de crédito tributário é ato vinculado (Parágrafo único do art. 42, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc e de rotinas administrativas.

A Instrução Normativa nº 310/90, que dispõe sobre o Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, previsto no Sistema de Fiscalização do Estado das Bahia, aprovou e especifica os roteiros a serem desenvolvidos pela fiscalização. Observando os procedimentos contidos no referido manual, no Roteiro AUDIF-207, no seu item 3.4, consta como deve ser o procedimento a ser realizado quando se constata mercadorias ou bens em estoques desacompanhados de documentação fiscal, determinando, inclusive, que as mercadorias ou bens devem ser apreendidos.

Portanto, embora a irregularidade tenha sido constatada pela fiscalização do trânsito, as mercadorias não se encontravam no trajeto do seu destino, e sim, estocadas no estabelecimento do autuado. Ou seja, a auditoria realizada tem características outras que devem ser observadas, que em linhas gerais é a seguinte: o preposto fiscal além de realizar a contagem física dos estoques, deve solicitar as notas fiscais de aquisições, inclusive verificar os estoques iniciais existentes, para determinar, com exatidão, quais as mercadorias que foram adquiridas desacobertadas dos respectivos documentos fiscais. Comprovar, ainda, o preço unitário médio de cada mercadoria.

O autuante realizou um levantamento das quantidades físicas das mercadorias existentes no estabelecimento comercial (fl. 2). Em seguida, discriminou, no Termo e Apreensão e Ocorrências de nº 079992 (fl. 3), as mercadorias que disse não estarem acobertadas de documentos fiscais. Neste Termo elaborou demonstrativo de débito discriminando cada mercadoria, sua marca, as quantidades encontradas e preços. No Auto de Infração apurou o imposto aplicando as alíquotas de 25% e 17%, conforme o tipo da mercadoria autuada.

Embora tenha seguido estes procedimentos, o autuante não realizou a ação fiscal de maneira completa, não dando certeza ao valor da base de cálculo do imposto, pois:

1. Não existe prova de que foram solicitadas as notas fiscais de aquisições. Embora possa se supor que as notas fiscais de aquisições tenham sido manipuladas, elas não foram carreadas aos autos. A base de cálculo do imposto deve ser apresentada a salvo de imperfeições. Assim, indispensável que se demonstre materialmente a mesma, visando o seu perfeito entendimento por parte do sujeito passivo. Não se tem notícias, nos autos, quais as notas fiscais apresentadas pelo impugnante e que culminaram com a autuação.
2. Não existe prova de que foi solicitado o livro Registro de Inventário. Como os estoques estavam no estabelecimento do autuado, as mercadorias poderiam ser dos seus estoques do exercício anterior. Neste caso, para a perfeita apuração da base de cálculo é imprescindível se ter conhecimento dos estoques iniciais. E, ao contrário do que entendeu o autuante, neste caso, não existe a necessidade de se conhecer, discriminadamente, as vendas realizadas. A única exceção para a desconsideração dos estoques iniciais seria se fosse comprovada que as mercadorias foram fabricadas no exercício em curso da ação fiscal. Inclusive, quando de sua informação, o autuante afirmou que não o utilizou pelo fato de que ele não lhe foi entregue. Este fato não está provado.

3. Não existe qualquer referência da forma de como foi encontrado o preço médio unitário das mercadorias. No Termo de Apreensão constam os valores totais de cada mercadoria (quantidade X preço unitário) sem indicação deste preço unitário. O autuante informou, após cinco anos decorridos, que utilizou os preços de notas fiscais de saídas anteriores ao início da ação fiscal, sem fazer qualquer prova. Em sendo assim, o preço médio unitário não foi demonstrado.

Diante de todo este quadro, este Colegiado perseguiu a verdade material dos fatos. Em 20/3/2002 solicitou que o autuante tomasse providências no sentido de demonstrar, com exatidão, a base de cálculo apurada, seguindo todos os passos acima indicados. Em 7/11/2006, mais de quatro anos após esta solicitação, o autuante não a cumpriu. Após tanto tempo, não existe mais como realizar qualquer revisão do lançamento, pois o período do fato gerador já decaiu, não podendo o fisco exigir qualquer documentação fiscal, acaso existente.

Por tudo o exposto e em suma, a adoção de procedimento impróprio de fiscalização, feriu direitos do contribuinte. Esses vícios tornam patente que não foi seguido o devido processo legal. Houve prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o seu direito de defesa. Este Colegiado, através da Súmula nº 1 já firmou entendimento quanto à situação presente. O procedimento é nulo, nos termos do art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **000.899.233-9/01**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LOUMAR LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR