

A. I. N° - 281240.0043/09-8  
AUTUADO - BOMBONIERE ANANIAS LTDA.  
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS  
ORIGEM - INFPAZ ATACADO  
INTERNET 20.08.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0199-05/10

**EMENTA.** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EM AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. A falta de entrega à empresa autuada de cópia das notas fiscais listadas em demonstrativos, vicia o procedimento e constitui cerceamento de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 24 de novembro de 2009 através de Auditor Fiscal lotado na Inspetoria do Atacado da DAT/Metro contra a empresa em epígrafe e refere-se à cobrança de R\$ 18.296,66, acrescido de multa no percentual de 50%, pela constatação de falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, em aquisições de mercadorias em operações interestaduais, fato verificado nos meses de fevereiro, abril a julho, setembro a dezembro de 2005, janeiro a março, maio a outubro e dezembro de 2006.

Instruem o processo, Termo de Início de Fiscalização (fl. 06), planilha de compras para revenda (fls. 06-c a 9), DME (fls. 10 e 25), Ordem de Serviço (fls. 11 e 12), diversas notas fiscais destinadas ao sujeito passivo nos anos de 2004 e 2005 (fls. 26 a 336), Demonstrativo de Entradas Interestaduais (fls. 14 a 17), Demonstrativo de Débito de Antecipação Parcial (fl. 19), relação CFAMT (fls. 20 a 22) e Relação de DAES (fls. 23 e 24).

Cientificado da lavratura do Auto de Infração através de Aviso de Recebimento dos Correios (fl. 342), em 07 de dezembro de 2009, a empresa Autuada protocolou tempestivamente petição de defesa às fls. 344 a 353, na qual argui:

A título de preliminar, que o Auto de Infração encontra-se eivado de flagrantes ilegalidades, vez que não consta “*que o Autuante tenha fornecido ao contribuinte/autuado cópia das notas fiscais da empresa Emerson Process..., Dell Comp. Brasil e Wika do Brasil (das quais o Autuado sequer teve acesso ao CNPJ para que pudesse fazer uma pesquisa), que serviram de base para apuração da infração consignada no referido auto. Vale salientar que o Digno Autuante afirma que teriam sido tomadas como base para a lavratura do respectivo AI as notas fiscais apresentadas pelo próprio contribuinte, e, que estas estariam consignadas nos autos, mas isso efetivamente não ocorreu, pois o requerente jamais forneceu as notas dos fornecedores mencionadas acima, os quais não mantem qualquer relação comercial e desconhece ter realizado qualquer tipo de operação com eles*”.

Refuta, ainda, a observação constante no corpo do Auto de Infração de que recusou-se a assinar o mesmo, firmando posição de que sempre procurou apoiar e colaborar com toda a ação fiscal, razão pela qual protesta pela ausência de citação pessoal ou no próprio estabelecimento, o que impediu qualquer esclarecimento sobre os fatos apurados.

Dessa forma, sustenta que houve violação do princípio da ampla defesa, “*em face da não entrega das notas fiscais que constam nos demonstrativos e demais documentos que integram o AI tem sido a marca irrefutável que acompanha este Auto de Infração/pro*

Argumenta, ainda, que o devido processo legal não foi observado, e que “*estas observações, por si só, impõem, a nulidade do PAF, uma vez que o devido processo legal não foi aperfeiçoado em razão do descumprimento do artigo 46 do RPAF/BA, já que o autuado tece, por negligência do procedimento notificador, que não lhe forneceu cópia dos documentos acostados ao auto de infração, ceifando o seu direito de aperfeiçoar o contraditório*”.

A seguir, invoca o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o qual, no seu entendimento, não foi respeitado pelo Autuante, ao não apresentar os documentos que serviram de base para a constituição do crédito tributário.

Cita os Acórdãos 101-87.258, de 05 de junho de 1995 e 203-01.859, de 08 de junho de 1995, ambos do Conselho de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, para sustentar a nulidade do procedimento fiscal.

Quanto ao mérito, defende a ilegalidade flagrante do lançamento, vez que realizado com “*base em documentos inexistentes*”, o que justifica em face de equívoco cometido pelo Autuante, tendo em vista que a Autuada, empresa do ramo de bomboniere jamais adquiriu produtos junto a tais empresas, o que leva a solicitar a realização de diligência, requerendo, ao final, a decretação da nulidade do lançamento, pelas razões sobejamente expostas.

Informação fiscal de fl. 358 prestada pelo Autuante argumenta de forma sucinta que “*em sua defesa, o autuado alega que as Notas Fiscais não foram apresentadas e pede a nulidade do auto*”. Por tal razão, conclui: “*Pede-se o julgamento do auto, conforme a legislação em vigor*”.

Tendo em vista que tal informação não atendia o disposto do artigo 127, § 6º do RPAF/99, o feito foi convertido em diligência, a fim de que o Autuante produzisse nova informação fiscal, o que foi feito conforme se observa no documento de fl. 363, no o mesmo explica, *verbis*: “1. A infração 01-07.03.03 não pode ser comprovada pela falta das notas fiscais, indicadas na planilha de fls. 6-C a 9; considerando que estas notas não foram encontradas, falta a prova material para evidenciar o fato; 2. A citação foi feita conforme intimação às fls. 341 datada de 01/12/2009; 3. Foi respeitado o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório conforme razões de defesa fiscal apresentada pelo contribuinte às fls. 344 a 353; 4. Concordamos com o pleito do contribuinte em face de impossibilidade de apresentação das notas fiscais relacionadas às fls. 6-C a 9. Nesta oportunidade, foi feita a eferição e exame nas demais notas xerografadas e verificada que não se relacionam com atividade da empresarial. Ademais, as notas fiscais anexas aos autos tiveram seu imposto devidamente recolhido”. (sic)

Por tais razões, o Autuante conclui: “*Pede-se o julgamento do auto, conforme legislação em vigor*”.

## VOTO

Inicialmente quanto as preliminares de não citação regular, e não obediência ao princípio do devido processo legal, o que levou a defesa a suscitar a nulidade de todo o procedimento fiscal, verifico que, o fato da comunicação da lavratura do Auto de Infração de fl. 341, com entrega de cópia das peças do processo ao Autuado, ainda que por via postal, como verificado, encontra amparo na legislação, especialmente o artigo 108 do RPAF/99, não podendo, pois, prosperar tal argumentação, razão pela qual rejeito a mesma.

Quanto à outra preliminar levantada pela defesa, qual seja a falta de entrega dos documentos arrolados no demonstrativo de fls. 06-C a 09, o que implicaria em cerceamento de defesa, deve ser detidamente analisada. A legislação, especialmente a Constituição Federal, base legal maior na sociedade, a qual, em seu artigo 5º, que trata especificamente dos direitos e deveres individuais e coletivos, assegura em seu Inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A doutrina, a exemplo de James Marins (Direito Processual Tributário Brasileiro - Administrativo e Judicial, São Paulo: Dialética, 2001, p. 186.), preconiza que o rol das garantias individuais “*representa, em seu conjunto, verdadeira conditio sine qua non da validade constitucional do processo administrativo tributário brasileiro, justamente por encontrarem radicação constitucional no art. 5º, incisos LIII, LIV e LV, da CF/88: a) direito de impugnação administrativa à pretensão fiscal (art. 5º, LIV); b) direito a autoridade julgadora competente (art. 5º, LIII); c) direito ao contraditório (art. 5º, LV); d) direito à cognição formal e material ampla (art. 5º, LV); e) direito à produção de provas (art. 5º, LV); f) direito a recurso hierárquico (art. 5º, LV)*”.

E prossegue (Direito Processual Tributário Brasileiro, São Paulo, Dialética, 2001, p. 189): “*O direito à impugnação administrativa, enquanto concreção do devido processo legal, deve ser apto a impedir que o contribuinte seja "privado de seus bens" sem o devido processo legal (material e processual), o que somente se realiza plenamente quando a solução do litígio atender aos imperativos decorrentes da ampla defesa no contexto do processo administrativo tributário*”.

Vemos, aí, pois, a consagração de tais princípios, que foi adotada pelas legislações, especialmente a processual administrativa fiscal do Estado da Bahia, quando da edição do Decreto nº. 7.629/99 que aprovou o RPAF, consagrou tais princípios, ao estipular, em seu artigo 2º que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Dessa forma, o respeito a tais princípios bem como obediência aos ditames constitucionais e legais deve ser uma obrigação de todo e qualquer cidadão, especialmente aquele investido na condição de servidor público.

O lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento de uma infração, e impõe pena pecuniária pelo descumprimento de obrigação principal, qual seja o recolhimento de imposto. A aplicabilidade desta sanção fica dependente do atendimento integral dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No caso em exame, a violação ao preceito constitucional implica em vício no Auto de Infração, importando na insuscetibilidade de fundar a pretensão punitiva da autoridade tributária. No âmbito do poder administrativo punitivo, fica, pois, evidente que a ampla defesa mais que uma garantia constitucional material, apresenta-se como um requisito de procedibilidade do próprio ato administrativo.

Tal princípio deve ser observado no processo administrativo, sob pena de nulidade do mesmo e manifesta-se através da oportunidade concedida ao contribuinte de opor-se a pretensão, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

A ampla defesa não se confunde como poderia parecer à primeira vista, com a possibilidade de defesa ilimitada. Não se restringirá a defesa se as provas a serem produzidas não se fizerem necessárias à elucidação do fato ou já se encontrem nos autos, ou ainda, se a matéria discutida for eminentemente de direito, como ocorre no Processo Civil.

Mas para que o sujeito passivo da relação jurídico tributária possa defender-se, é necessário que tenha acesso a todas as informações, e conheça a acusação fiscal em toda a sua inteireza. No momento da lavratura do Auto de Infração ora apreciado, o Autuante elaborou demonstrativo onde lista os documentos fiscais, com valores, e outros dados tidos pelo mesmo como necessários que ensejaram a realização do lançamento tributário, c

09. Porém, não teve nem o cuidado de apensar tais documentos ao cópia ao Autuado, para que o mesmo tivesse conhecimento do inte

Tal fato, mancha, de forma indelével o lançamento tributário, caracterizando não só a previsão constitucional, como, igualmente a infraconstitucional de atendimento daquele princípio (ampla defesa), o qual não foi obedecido, daí advindo conseqüências quais sejam a imprestabilidade de todos os atos processuais posteriores, contaminados pela nulidade verificada.

Por outro lado, na primeira informação fiscal, o Autuante além de não rebater a argumentação aduzida pelo sujeito passivo, sequer comenta a possibilidade de cerceamento do direito de defesa do Autuado, o que só veio a fazer, na segunda informação fiscal (fl. 363), quando examina mais detidamente os motivos expostos pela defesa, para concluir que *“A infração 01-07.03.03 não pode ser comprovada pela falta das notas fiscais, indicadas na planilha de fls. 6-C a 9; considerando que estas notas não foram encontradas, falta a prova material para evidenciar o fato”*.

Ou seja, ele próprio confessa que não possui tais documentos, razão pela qual não os acostou ao processo, ou entregou cópia ao Autuado. Com isso, nada mais há de se questionar acerca do procedimento adotado pelo agente do Fisco, quando o mesmo acolhe a argumentação do defendente.

Temos, dessa forma, presentes os requisitos previstos no artigo 18, Incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, que trata das nulidade no processo administrativo fiscal.

De tudo exposto, considerando a própria confissão do Autuante, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, representando à autoridade competente, para o refazimento da ação fiscal, a salvo das irregularidades ora apontadas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **281240.0043/09-8**, lavrado contra **BOMBONIERE ANANIAS LTDA.**, representando à autoridade administrativa o refazimento da ação fiscal, a salvo dos erros aqui indicados.

Sala de Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO– PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR