

**PROCESSO** - A. I. N° 171906.0003/15-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LEONARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (BARRACÃO TROPICAL III) -EPP  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0003-04/16  
**ORIGEM** - INFAZ ITABERABA

**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 18/04/2016

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0047-11/16**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como o agente fiscal deve proceder na constituição do crédito tributário. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$226.497,00 Acórdão JJF N° 0003-04/16, em face do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01- 07.21.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte- Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

INFRAÇÃO 02- 05.05.01 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurado através de entradas de mercadorias não registradas.

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

**VOTO**

*Trata o presente Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial (infração 1) e de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio da constatação de entradas não registradas (infração 2).*

*Examinando os aspectos formais do lançamento de ofício, verifico que a ação fiscal que originou o Auto de Infração foi iniciada em 25 de março de 2015, com a lavratura da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (fl. 23) e do Termo de Visita Fiscal (fl. 22).*

*De acordo com o Termo de Visita Fiscal, prepostos fazendários compareceram ao estabelecimento do autuado visando aferir a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias, especificamente “verificar pagamentos DANFES”. Nessa oportunidade, os fiscais emitiram a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, solicitando a apresentação de DAEs e de notas fiscais.*

*Ao verificar a existência de possível irregularidade quanto à aquisição de mercadorias, deve a fiscalização conceder aos contribuintes um prazo para apresentação da documentação que fora solicitada mediante o Termo de Intimação. Todavia, no caso em tela não consta qualquer prazo para o atendimento da Intimação. E o mais grave, o Auto de Infração foi lavrado no mesmo dia em que foi expedida a Intimação - 25 de março de 2015.*

*Esse procedimento adotado durante a ação fiscal afrontou o devido processo legal e cerceou o direito de defesa do autuado, maculando de nulidade todo o Auto de Infração, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.*

*Não há como se alegar que após a lavratura do Auto de Infração o autuado teve tempo para apresentar a documentação que fora solicitada durante a ação fiscal, pois o procedimento foi concluído contendo um vício insanável, o qual impede que se determine a efetiva ocorrência da infração e do montante acaso devido. Ao se concluir o lançamento tributário de ofício, é necessário que ele esteja livre de qualquer vício.*

*Além do vício acima, observo que especificamente em relação à infração 2 o lançamento contém outra falha procedural que também acarreta a sua nulidade.*

*Na infração 2, o autuante acusa o autuado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada através de entradas no estabelecimento de mercadorias não registradas.*

*Não há nos autos qualquer prova de que as notas fiscais citadas na infração em comento não foram registradas e, corroborando esse fato, observo que na Intimação de fl. 23 não foi solicitado qualquer livro fiscal. Dessa forma, não há nos autos elementos suficientes para se determinar a ocorrência da infração em tela, o que também nulifica esse item do lançamento.*

*O lançamento de ofício de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como o agente fiscal deve proceder na constituição do crédito tributário. 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. Dessa forma, a teor do disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração em nulo por cerceamento de defesa e por insegurança na determinação das infrações.*

*Nos termos do art. 21, do RPAF/99, deverá a autoridade competente providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.*

*Quanto ao pedido para que as notificações acerca do presente processo sejam endereçadas ao advogado subscritor da peça defensiva, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).*

*Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

A Junta de Julgamento recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/2011.

## VOTO

Trata-se de um Recurso de Ofício contra Decisão proferida pela 4<sup>a</sup> JJF que julgou, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/03/2015, com o objetivo de exigir crédito tributário, no valor histórico de R\$226.497,00 (duzentos e vinte e seis mil quatrocentos e noventa e sete reais), em decorrência de duas infrações: Infração 1-Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte- Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; Infração 2 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurado através de entradas de mercadorias não registradas.

Na defesa apresentada, o impugnante alegou não ter adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais emitidas contra ele e afirmou que não recebeu nenhuma mercadoria da empresa Charque 2000 Itap. Ind. Com. e Distribuição de Charques Ltda., diz ainda que o agente fiscal verificou in loco e constatou a inexistência das mercadorias.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado de anular o Auto de Infração em epígrafe.

Isto porque vários foram os motivos ensejadores da Nulidade verificada pela JJF:

- I. Conforme Termo de Visita Fiscal, datado de 25/03/2015, o autuante compareceu ao estabelecimento do autuado visando aferir a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias, (fl.22), naquela oportunidade, Intimou o contribuinte para Apresentação de

Livros e Documentos, solicitando DAEs/notas fiscais e na mesma data lavraram o presente Auto de Infração.

II. Não há nos autos qualquer prova de que as notas fiscais citadas na infração em comento não foram registradas, mesmo porque não foi solicitado nenhum livro fiscal.

Assim, o fato de Termo de Visita e o de intimação constarem a data do dia 25/03/2015, fica patente de que foi cerceado o direito de defesa do sujeito passivo, uma vez que não consta qualquer prazo para o atendimento da Intimação. E o mais grave, o Auto de Infração foi lavrado no mesmo dia em que foi expedida a Intimação - 25 de março de 2015.

Verifico que o sujeito passivo, em 25/03/2015, fez o registro na Delegacia Regional de Iaçu/Bahia, conforme certidão às fls. 54 a 57, comunicando que nunca adquiriu as mercadorias, sendo, portanto vítima de fraude.

Portanto, uma vez que não houve a comprovação de que o sujeito passivo adquiriu as mercadorias mencionadas nos DANFEs às fls. 37 a 48, existindo provas ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no estabelecimento e não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, mostra-se eivada do vício de nulidade a autuação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar NULO o Auto de Infração. Recomendo que a autoridade fiscal, no caso INFAZ Itaberaba, após a cientificação do sujeito passivo, remeta os autos à INFIP para fins de investigação que o caso requer.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 171906.0003/15-5, lavrado contra **LEONARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (BARRACÃO TROPICAL III) - EPP**. Recomenda que a autoridade fiscal, no caso INFAZ Itaberaba, após a cientificação do sujeito passivo, remeta os autos à INFIP para fins de investigação que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS