

A. I. Nº - 171906.0003/15-5
AUTUADO - LEONARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA - EPP.
AUTUANTE - MANOEL MESSIAS DE CASTRO DOURADO
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.02.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-04/16

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/03/15, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$226.497,00, em razão da falta das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional -, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS: R\$154.500,00. Multa de 60%.

Infração 2 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS: R\$71.997,00. Multa de 100%.

O autuado apresenta defesa (fls. 26 a 30) e, inicialmente, diz que a autuação não merece prosperar, pois a acusação que lhe foi imputada não é verdadeira e se trata de evidente fraude praticada pela empresa emissora das notas fiscais. Sustenta que não entrou em contato, não adquiriu e nem recebeu nenhuma mercadoria da empresa CHARQUE 2000 ITAP. IND. COM. E DIST. DE CHARQUE LTDA.

Explica que é um modesto Mercadinho, denominado Barracão Tropical, em funcionamento na cidade de Marcionílio Souza – BA. Diz que, portanto, contraria a lógica e o bom senso admitir que tivesse adquirido 246 toneladas de charque - anexa fotografia ao processo. Afirma que está sendo vítima de manobra ardilosa visando lesar o fisco, sem qualquer conhecimento seu e em circunstâncias alheias a sua vontade. Aduz que, ao tomar conhecimento da autuação, encaminhou para a Delegacia de Polícia Civil notícia crime, procedendo à abertura de Boletim de Ocorrência (documento anexo).

Acrescenta que efetuou pesquisa na *internet* e, na página oficial do governo do Estado do Rio de Janeiro, observou a notícia de que o “GOVERNO DO ESTADO DESARTICULA QUADRILHA QUE FRAUDAVA FISCO”.

Ressalta que o volume da mercadoria e o período de sua aquisição são totalmente incompatíveis com o consumo da região. Destaca que não é razoável admitir que uma empresa situada no Estado do Rio de Janeiro venda, através de duplicatas, mercadorias no valor de R\$3.090.000,00 a uma pequena mercearia do interior baiano, sem nenhuma garantia de pagamento.

Argumenta que as onze notas fiscais emitidas foram confeccionadas em um curto intervalo de tempo, mais precisamente entre o dia 04/02/15 e 26/02/15. Diz que o vencimento de cada duplicata deu-se sempre sete dias após a sua emissão, não sendo coerente que a empresa fluminense continuasse a vender, mesmo sem o pagamento das primeiras duplicatas.

Salienta que a própria empresa emissora das notas fiscais consta como transportadora da mercadoria, não restando dúvida que se tratava de uma manobra visando enganar o fisco.

Após fazer alusão ao disposto no art. 133 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), requer que seja oficiada à Secretária da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e à Polícia Federal daquele Estado, para que apure os fatos apontados, visando responsabilizar os culpados. Também solicita que os Postos Fiscais existentes nas divisas do Estado informem se a referida mercadoria chegou a entrar no Estado da Bahia.

Cita o art. 136, § 2º, do COTEB, e, em seguida, diz que a presente autuação é injusta e manifestamente contra lei, cabendo também à Procuradoria Fiscal intervir no feito para não prevalecer o injusto Auto de Infração.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou nulo. Pede a realização de diligência a fim de apurar as informações trazidas na defesa. Requer que seja o advogado subscritor intimado acerca de todos os atos do processo no endereço que declina.

Na informação fiscal, fls. 63 e 64, o autuante afirma que a lavratura do Auto de Infração está respaldada nas formalidades previstas no RPAF/99, sendo possível se determinar a natureza da infração e o montante do débito tributário.

Diz que a negativa quanto às aquisições não se sustenta, pois os DANFES emitidos “estão em conformidade com a legislação do fisco nacional”. Menciona que, para a emissão dos DANFES, é necessário que o emissor tenha conhecimento das informações cadastrais do adquirente.

Ressalta que o argumento defensivo atinente ao tamanho de seu estabelecimento não procede, haja vista que o produto em tela é de fácil comercialização, não dependendo de espaço amplo para a sua armazenagem.

Afirma que a alegação de que teria sido vítima de fraude praticada pelas empresas remetentes não pode ser considerada, pois a constatação de tais fatos só poderá ser confirmada após investigação policial, fugindo à competência do fisco estadual.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante mantém o lançamento em sua totalidade.

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 procedimental 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **171906.0003/15-5**, lavrado contra **LEONARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA – EPP**.

Esta Junta de julgamento 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR - PRESIDENTE / EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA