

A. I. N° - 206961.0006/18-3
AUTUADO - A V M LESSA DE ITABUNA
AUTUANTE - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUSA ANDRADE
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01/09/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-03/22-VD

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 com inobservância das rotinas e roteiros próprios da fiscalização para a específica ação fiscal, pois falta intimação prévia ao sujeito passivo. Esta situação cerceou o pleno direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2018, exige crédito tributário no valor de R\$ 259.631,25, acrescido da multa de 100%, em razão da apuração da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 04.05.05 - falta de recolhimento do imposto, constatada pela apuração de diferença tanto de entradas, como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas, com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, e também não contabilizadas, nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016.

O autuado impugna o lançamento fls.27/28. Resume os fatos autuados. Afirma que, inconformada com o Auto de Infração mencionado, apresenta suas razões de defesa.

Trata-se de Auto de Infração referente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária e antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades/ ou adquiridas para comercialização.

Sobre a infração 01, afirma que nos termos do Convenio ICMS 45/99 c/c o art. 379, do RICMS/97, cabe ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações interestaduais de vendas de mercadorias, para destinatários localizados no Estado da Bahia, efetuar a retenção e consequentemente o recolhimento do imposto.

Entende que é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio de vinculação e dificultando o exercício do direito 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 deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito.

Sobre a Infração 02 – 07.15.01 afirma ser nulo, lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem o cumprimento do devido processo legal. Há

cerceamento de defesa quando a autuante deixa de listar as notas fiscais, emissão, valor e emitentes para a determinação dos valores encontrados no auto descrito. A aplicação da base de cálculo constante em cada documento fiscal de aquisição, deduzido do valor do imposto destacado no próprio documento.

Diante do exposto, em função de erro material no cálculo do imposto, pede ao CONSEF, para considerar o auto de infração nulo de pleno direito, pois desprovido de legalidade e sem amparo jurídico e, no mérito declara-lo improcedente por ser de inteira justiça.

A Autuante presta a informação fiscal fl. 32. Diz que após levantamento das mercadorias adquiridas para comercialização pela autuada, constatou omissão de recolhimento referente as saídas das mesmas.

Explica que para tanto, foram contempladas as notas fiscais eletrônicas de Entradas e Saídas, constatando diferenças e assim, consubstanciando a presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, omite contabilização das saídas de mercadoria.

Afirma que a defesa do autuado, não fundamenta a solicitação de anulação do auto de infração, limitando-se a descrever a não aplicabilidade dos métodos adotados no procedimento de fiscalização, e não questiona a prática e o tratamento tributário pertinente a infração indicada. Assim, ratifica os valores reclamados.

VOTO

Preliminarmente, o Defendente alegou que é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio de vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa.

Sobre esta alegação observo que a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios, como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

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 e formal estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora.

O Auto de Infração deve basear-se, sempre, num Termo, lavrado para documentar o procedimento fiscal, sendo dispensado nos casos estabelecidos na legislação conforme arts. 28 e 29 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de

infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou

c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

II - tratando-se de Notificação Fiscal, exceto quando a mercadoria estiver desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo, hipótese em que deverá ser lavrado Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

Art. 30. Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único.

Tendo em vista que o art. 29 do RPAF enumera, taxativamente, as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, deduz-se, a contrário *sensu*, que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo ou dos demais termos constantes no art. 28, I a IV-A.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, verifico a existência de um Termo de Início à fl. 03, sem assinatura, portanto não tem validade jurídica, visto que não contém a ciência do autuado. Como alegado, o contribuinte só tomou ciência que foi fiscalizado quando tomou conhecimento do auto de infração via AR, documento fls. 29/30 e não há qualquer Intimação via Domicílio Tributário Eletrônico para comprovar que o Contribuinte foi comunicado quanto ao procedimento fiscal. Portanto, não consta no presente processo qualquer Termo de Início de Fiscalização ou Termo de Intimação ao contribuinte para Apresentação de Documentação Fiscal, o que significa dizer, que o autuado não tomou conhecimento do início da ação fiscal.

A legislação atribui importância ao registro do Início de Fiscalização, porque o contribuinte não pode ser “surpreendido” com um Auto de Infração, considerando que a exigência do mencionado Registro é para resguardar a aplicação do princípio da segurança jurídica. Neste caso, excluindo-se as hipóteses de dispensa de lavratura do referido Termo de Início, só é possível autuar o contribuinte que saiba, previamente, que está sendo fiscalizado.

Como a situação em exame não se encaixa em nenhuma das hipóteses de dispensa do Termo de Início de Fiscalização ou de Intimação prévia ao contribuinte, entendo que ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa do Contribuinte.

Vale ressaltar, que a ciência ao contribuinte ou responsável tributário acerca de qualquer fato ou exigência fiscal, valerá apenas como “recibo” ou “ciente”, visando a documentar sua ciência acerca do fato ou do procedimento fiscal, não implicando concordância ou confissão quanto ao teor do fato comunicado ou da exigência feita.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, e no presente processo, ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se trata aqui de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

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 deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito.

Conforme estabelece o art. 18, inciso II e IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício com preterição do direito de defesa e que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Logo, impõe-se sua nulidade.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF-BA/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206961.0006/18-3, lavrado contra **A V M LESSA DE ITABUNA**.

Esta Junta de julgamento Fiscal, 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 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR