

A. I. Nº - 000.916.943-1/02
AUTUADO - ÓTICA ERNESTO LTDA.
AUTUANTE - ÂNEGLA MARIA MENEZES BARROS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 16.07.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249/01-03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO 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, 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 de estabelecimentos. Além do mais, foi lavrado Termo de Arrecadação de Documentos, termo este impróprio para apreensão de documentos, cerceando o pleno direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/05/02, cobra ICMS, no valor de R\$45.178,17 acrescido da multa de 60%, decorrente da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, relativa as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, constante da Portaria no 270/93, não havendo Convênio ou Protocolo.

Em sua defesa e inicialmente, o autuado (fls. 243/245) informou que a matriz da empresa recebeu a visita do agente de tributos, Sr. Alfredo Rheinselmitt que, através de "Termo de Arrecadação de Livros e/ou Documentos" arrecadou as notas de aquisições, referentes aos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2002, fato este que culminou com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Como considerações preliminares, disse que, em 23/09/01, havia recebido correspondência da Diretoria Fazendária da Região Metropolitana de Salvador (cópia anexada ao PAF), o comunicando que a fiscalização nas empresas de grande porte passaria a ser centralizada na IFEP, o que, de fato, aconteceu, estando, inclusive, sob fiscalização todos os seus estabelecimentos comerciais. Contudo, foi surpreendido, em maio, pela fiscalização da IFMT/METRO, situação estranha e que, no mínimo, deveria estar havendo uma falta de unidade de comando e de direção entre a Inspetoria do Trânsito e a Regional Metropolitana. Informou que desta fiscalização somente foi detectada irregularidade no estabelecimento em lide.

Disse, ainda, que o citado agente de tributos somente arrecadou as notas fiscais e, quando retornou ao seu estabelecimento trouxe a notícia da lavratura do Auto de Infração, sem, contudo,

levar a sua cópia, que somente chegou em suas mãos através dos correios. Apesar de ter apreendido as notas fiscais originais, prosseguiu, o agente fiscal não lavrou "Termo de Apreensão", tendo registrado, tão somente, no campo das observações do "Termo de Arrecadação", tal fato. Na oportunidade, solicitou que o preposto fiscal lavrasse um Termo de Apreensão próprio ou, se fosse o caso, procedesse a devolução das notas fiscais originais. Este procedimento o levou a solicitar a ajuda da IFEP, conforme cópia de documento que anexou.

Neste sentido colocou a seguinte questão a este Colegiado: os agentes de tributos lotados no trânsito de mercadorias tem competência para visitar estabelecimento fixo, arrecadar documentos e lavrar o Auto de Infração - Modelo 2? Se a resposta fosse positiva, o Auto de Infração estava corretamente lavrado. Caso contrário seria nulo, acorde art. 18, I, do RPAF/99.

No mérito afirmou que a autuação procedia em parte, uma vez que o agente de tributo deixou de considerar, nos seus cálculos, as devoluções de compras e as vendas por consignação, usadas para simples faturamento. Desta forma, refez o demonstrativo de débito, apresentando novo valor a ser cobrado, que em seguida recolheu aos Cofres Público.

A autuante prestou informação (fls. 256/257) informando que em maio de 2002 foi realizada a "Operação Artigos Ópticos", ordem de serviço concedida pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização. Esta operação consistiu em averiguar se os contribuintes que atuam no comércio atacadista e varejista de artigos ópticos haviam efetuado a antecipação do ICMS, conforme o Decreto nº 8.087/01. A autuação seguiu a orientação dada pelo anexo 1 do "Roteiro de Fiscalização", que contemplou todos os contribuintes classificados nesta atividade, mesmo sendo considerado de grande porte e sendo fiscalizado pela IFEP.

Em seguida rebateu o argumento de defesa de que a fiscalização de trânsito embora tenha fiscalizado todos os seus estabelecimentos somente havia detectado a falta de antecipação tributário no autuado. Acontece, informou, as compras realizadas pelo contribuinte são centralizadas pelo estabelecimento autuado, sendo ele, assim, responsável por todo recolhimento do ICMS.

Prosseguindo, afirmou que foram consideradas, no cálculo do imposto, aquelas notas fiscais cuja natureza de operação foi "venda por consignação", com base no art. 409, § 5º do RICMS/97. Quanto às devoluções de compra, a empresa nunca se manifestou em qualquer momento sobre o assunto.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias quando, no estabelecimento do autuado, foram arrecadadas notas fiscais (Termo de Arrecadação de Livros e Documentos – fl. 3), por não ter sido recolhido o imposto por antecipação tributária e no primeiro posto fiscal de fronteira como determina a Portaria nº 270/93. As mercadorias consignadas nas notas fiscais eram produtos óticos.

O impugnante argüiu como preliminar do lançamento, que a fiscalização foi realizada por um agente de tributo (Sr. Alfredo Rheinshmitt), além de ter sido realizada pela equipe de fiscalização de trânsito de mercadorias e não por uma equipe fiscal cujos trabalhos são desenvolvidos no comércio. Indagou a este Colegiado se estes procedimentos estavam corretos.

Respondendo a primeira indagação do impugnante, embora os documentos tenham sido arrecadados por um agente de tributo, o que é correto desde que regularmente feito, o Auto de Infração foi lavrado por uma auditora fiscal, portanto, com competência para fazê-lo (art. 42, do RPAF/99 - Dec nº 7.629/99). Assim, não vejo causa à se invocar as determinações do art. 18, I, do

RPAF/99.

Quando ao segundo questionamento, a fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração. Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN.

Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do citado artigo do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc e de rotinas administrativas.

Assim, a Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: aquela que exerce suas atividades no trânsito de mercadorias e a outra, exercendo suas atividades dentro do estabelecimento do contribuinte. 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 pelas duas equipes.

A referida Instrução Normativa ao aprovar o Manual de Fiscalização (art. 2º) indica, entre outras, a necessidade de rotinas de procedimentos iniciais e finais da ação fiscal (lavratura de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Encerramento, etc), bem como rotinas de fiscalização. Estas rotinas, quando a fiscalização for desenvolvida no trânsito segue procedimentos diversos daquelas desenvolvidas no estabelecimento, vez que, na primeira, a documentação fiscal deve ser exibida no momento do fato acontecido, não havendo necessidade de intimação por escrito, nem prazo para atendimento da exigência fiscal. Ressalto, inclusive, que são estas as determinações contidas no RPAF/99, cuja Instrução Normativa citada se submete.

Além do acima exposto, existem programações fiscais específicas, a que se refere o art. 171, IX, do RICMS/97. São aquelas programadas e autorizadas pelos órgãos de cúpula da administração fazendária, quando se abrange todo um universo de contribuintes em determinadas situações, podendo ser exercida pela fiscalização do trânsito, do comércio ou mesmo por ambas.

No caso em exame, com a entrada dos produtos óticos no regime da substituição tributária (Alteração nº 29 do RICMS/97 – Dec nº 8.087 de 27/12/01), a Diretoria de Planejamento da Fiscalização desta SEFAZ elaborou a chamada “Operação Artigos Óticos”, visando a verificação do cumprimento do recolhimento do imposto sobre os estoques dos artigos óticos existentes até 31/12/01 e o acompanhamento do recolhimento do imposto, por antecipação tributária, realizado a partir de 01/01/02.

Esta programação foi dividida em duas etapas. A primeira seria realizada pela fiscalização do trânsito de mercadorias que deveria visitar os estabelecimentos dos contribuintes, emitindo Termo de Visita, para registrar informações necessárias à realização da segunda etapa da programação, solicitar a comprovação da entrega da Declaração de Estoque Remanescente de Mercadorias em 31/12/01 e o recolhimento da antecipação tributária relativa à entrada de produtos óticos a partir de 01/01/02. A segunda etapa, programada para o terceiro semestre de 2002, seria desenvolvida através de programação específica de monitoramento, quando os subsídios levantados pelas equipes de trânsito dariam base as atividades a serem desenvolvidas. Estes são, em linhas gerais, os objetivos e a estratégia adotada pela Secretaria da Fazenda, conforme roteiro da citada programação (fls. 258/260). Entretanto, no Anexo 1 da referida programação consta um roteiro de fiscalização que deveria ser seguido pelos prepostos fiscais do trânsito, pois especifica que se refere à primeira etapa (fl. 262), onde ficou determinado que caso não fosse apresentado os comprovantes de recolhimento do imposto, por antecipação tributária e referente às mercadorias

adquiridas após 01/01/02, deveria ser lavrado Auto de Infração.

Isto posto, a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa e não no trânsito. Sendo assim, teria de ter sido observadas as rotinas de procedimentos e roteiros próprios da fiscalização de estabelecimentos, pois há uma série de procedimentos a serem seguidos pelo auditor, cabendo destacar a lavratura de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Encerramento de Fiscalização, etc. Mesmo que a autoridade administrativa determine que seja lavrado Auto de Infração, este procedimento deve, por obrigação, seguir os procedimentos legais.

Analizando o Auto de Infração, o agente de tributo visitou o estabelecimento, emitindo não um Termo de Visita, conforme roteiro da programação e sim emitiu um Termo de Arrecadação de Livros e Documentos (fl. 3), arrecadando notas fiscais de entradas referente aos meses de janeiro a abril, não especificando de que ano. Também constam, dos autos, cópias de DAEs de pagamentos que não foram formalmente arrecadados, o que me leva a entender que, espontaneamente, o contribuinte forneceu ao agente de tributo. Neste momento, observo que o Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, conforme art. 932 do RICMS/97 tem por objetivo a arrecadação de documentos para retirá-los do estabelecimento do contribuinte ou do seu contador quando não houver condições naquele de ser desenvolvidos os trabalhos de fiscalização. Ele é um termo impróprio para dar início a qualquer ação fiscal. A arrecadação de documentos para início de uma ação fiscal poderá se dar com o Termo de Apreensão, conforme art. 940, § 7º e art. 945 do Regulamento. Portanto, não houve início nem encerramento da fiscalização conforme determina a norma regulamentar quanto ao procedimento fiscal desenvolvido no estabelecimento do autuado.

Ao lado destas colocações, o fato aconteceu no dia 20/05/02 e o Auto de Infração foi lavrado no dia 30/05/02. Somente em 15/07/02 o contribuinte tomou conhecimento de que existia um Auto de Infração contra si lavrado, quando os agentes públicos voltaram ao seu estabelecimento e entregaram não os documentos originais arrecadados, como deveriam ter feito, e sim, cópias dos mesmos, em total descompasso com o § 3º do art. 947 do RICMS/97, e sem a entrega da cópia do Auto de Infração. Estas informações estão contidas em carta enviada à IFEP e não contestado seu teor pela autuante. Além do mais, foi submetido ao visto do supervisor em 30/06/02 e somente em 05/08/02 o autuado tomou a sua ciência através dos correios.

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. O procedimento é nulo, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Por derradeiro, observo que a Repartição Fiscal deverá verificar se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente, e conforme confessou, mediante denúncia espontânea, podendo, inclusive, solicitar a compensação do valor do imposto não recolhido com o pagamento efetuado do presente Auto de Infração. Além disto, deve a Repartição Fiscal desentranhar do presente PAF as notas fiscais pertencentes ao contribuinte, entregando-lhe os originais e apensando aos autos cópias das mesmas, documentando o fato mediante Termo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **000.916.943-1/02**, lavrado contra **OTICA ERNESTO LTDA**.

Esta Junta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR