

PROCESSO	- A. I. Nº 09231390/03
RECORRENTE	- CLAVAFIL COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - ACÓRDÃO 4ª JJF nº 0044-04/04
ORIGEM	- IFMT-DAT/SUL
INTERNET	- 20.05.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E 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, estipuladas em leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando a correção da atividade fiscalizadora. A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Assim, deveriam ser observados os roteiros e rotinas próprios da fiscalização para a específica ação fiscal. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário contra a Decisão constante do Acórdão 4ª JJF nº 0044-04/04 em que o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2003, exige ICMS no valor de R\$5.084,50, não recolhido incidente sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária por força de Convênio e Protocolo, provenientes de outras unidades da Federação.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 13 e 14 dos autos alegara que o Auto de Infração não teria suporte legal, já que o autuante não tem legitimidade para a sua lavratura, além do que o ato não se revestiu das formalidades legais, já que não foi intimado para apresentar as notas fiscais, bem como não existiria ordem de serviço para que fosse procedida a fiscalização.

Argumentara o autuado em sua defesa que o autuante se achava no cumprimento de suas funções na fiscalização de mercadorias em trânsito sem competência, portanto, para a o procedimento fiscal. Por isso pugnara pela nulidade do Auto de Infração.

O autuante em informação fiscal à fl. 27 dos autos, refutara a defesa formulada informando que a ação fiscal desenvolvida na empresa, foi em cumprimento à Ordem de Serviço emitida pela IFMT-DAT/SUL, a qual foi realizada através da Unidade Móvel de Fiscalização na Fronteira Sudoeste/Sul 1, nos períodos de 06 a 11/09 e de 21 a 26/09/2003 e que ao transitar na cidade de Riacho de Santana, verificará a existência de um depósito de mercadorias não inscrito no cadastro da SEFAZ. Informara, também, o autuante, que informara aos proprietários, que faria confronto dos documentos fiscais existentes com as mercadorias em estoque e com o livro Registro de Inventário, os quais foram

apresentados pelo setor contábil, quando constatara a existência de pisos cerâmicos oriundos de compras em outras unidades da Federação, sem que fosse feita a retenção do imposto pelo remetente ou o seu recolhimento espontâneo por parte do adquirente, conforme preceitua o art. 125, II, “b”, do RICMS;

Ainda dissera o autuante que embora o estabelecimento fiscalizado não possuísse inscrição no cadastro da SEFAZ, orientara os seus proprietários a regularizar a sua situação junto a INFRAZ de sua jurisdição, oportunidade em que arrecadou os originais dos documentos fiscais através de termo específico;

Sobre o entendimento manifestado pelo contribuinte de que o destinatário deveria ter sido notificado para proceder ao recolhimento do imposto nos prazos legais, já que não houve a constituição do crédito fiscal contra o remetente, esclarece que o autuado, sabedor do débito existente, não procurou a INFRAZ para proceder ao pagamento do imposto e que ao invés de apresentar subterfúgios para fugir ao pagamento do imposto devido, o autuado deveria ter procurado espontaneamente a INFRAZ-Guanambi para efetuar o recolhimento do imposto com redução da multa e com a devida correção do débito a partir da data de origem. Finalizara sua informação fiscal, solicitando ao CONSEF a manutenção do lançamento.

Submetido a julgamento o processo, decidiu a 4ª JJF pela inteira procedência da autuação, afastando de pronto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo ao final de sua defesa, pois não estava fundamentada, pois, o digno relator da 1ª Instância, observou que o autuante para instruir a ação fiscal, fizera a juntada aos autos às fls. 2 a 10, além de outros documentos, do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, do Demonstrativo de Apuração da Antecipação Tributária, bem como das cópias das notas fiscais de compras em nome do autuado. Com referência à alegação da defesa formulada de falta de competência do autuante a considerou sem nenhum fundamento, posto que de acordo com o disposto no art. 42, do RPAF/99, a competência para lavrar Auto de Infração é de auditor fiscal, cargo que é exercido pelo autuante na SEFAZ.

Acerca do argumento defensivo de falta de expedição pelo autuante de qualquer intimação para que fossem exibidas as notas fiscais, foi ele afastado porque, conforme salientara o autuante em sua informação fiscal, foram apresentadas pelo setor contábil da empresa, razão pela qual entendeu o digno relator não proceder a alegação de que o lançamento não se revestira das formalidades legais; Ainda sobre a alegação da inexistência de ordem de serviço para que fosse procedida a fiscalização, ressaltou o relator do processo em seu julgamento inicial que na constituição do crédito tributário não é obrigatório fazer-se juntada aos autos do referido documento, além de que, como asseverara o autuante em sua informação fiscal, a presente ação fiscal foi em cumprimento à Ordem de Serviço emitida pela IFMT-Sul, circunstância que dá legitimidade ao lançamento.

Entendendo caracterizada a infração, já que o autuado não comprovava o recolhimento do imposto por antecipação devido sobre as notas fiscais de compras listadas pelo autuante à fl. 3, votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no que foi acompanhado dos seus pares, resultando no Acórdão combatido.

Em sua peça recursal o ora recorrente apresenta as mesmas teses da defesa anteriormente referenciada, alegando que as mercadorias objeto do lançamento não se encontravam irregulares, no depósito, acrescentando que procurara a SEFAZ para realizar o pagamento sem acréscimos, mas fora informado de que a empresa não teria direito à redução de multas. Por isso pugna pela nulidade da autuação.

A representante da PGE/PROFIS manifestou-se no processo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, face as alegações descabidas, porque na fiscalização de mercadorias pelos fiscais de trânsito é dispensável termo de intimação e porque o autuante tem competência legal para o procedimento fiscal.

VOTO VENCIDO

Efetivamente, as alegações defensivas não estão suportadas em argumentos capazes de revelar vícios nulificadores da autuação, nem em documentos que demonstrassem a insubsistência da ação fiscal de que resultou o lançamento de ofício. O autuante é legalmente competente para a lavratura do Auto de Infração e fica evidenciada a desnecessidade de intimação se a empresa ou seu representante espontaneamente mediante pedido verbal atende à solicitação e entrega livros e documentos para exame.

A alegação de que as mercadorias objeto do lançamento não se encontravam, no depósito, irregulares não está fundamentada, assim como a alegação de que procurara a Secretaria da Fazenda para efetuar o pagamento do tributo com possíveis reduções. Não basta alegar, é preciso apresentar elementos de prova para dar sustentação ao pedido.

No entanto, considerando que a data de ocorrência está grafada com erro, posto que a antecipação deveria se reportar aos períodos em que ocorreram as aquisições, voto pela nulidade da Decisão de 1ª Instância, para que o procedimento seja refeito e seja reaberto o prazo de defesa, devendo o contribuinte ser novamente intimado para, querendo, oferecer impugnação, devendo o processo retornar para julgamento em 1ª Instância.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *vénia* para divergir do entendimento do ilustre e competente Conselheiro relator deste PAF, Dr. César Augusto da Silva Fonseca, ante as razões que passo a expor.

É sabido que a lavratura de Auto de Infração é da competência do auditor fiscal, portanto, nesta ótica, não há qualquer impedimento, de ordem legal, que um auditor que desempenhe as atividades de fiscalização em estabelecimento lavre Auto de Infração no trânsito de mercadorias, ou vice-versa. Ocorre, todavia, que o RPAF-BA estabelece quais são os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, e isto, deve ser fielmente observado pela autoridade administrativa que efetua tarefa de fiscalização, já que, o lançamento tributário sendo um ato vinculado, deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, inclusive naqueles inseridos nos denominados “roteiros de fiscalização”.

O lançamento sob exame, consignado em Auto de Infração Modelo 2- Trânsito, trata de: “*Falta de recolhimento de ICMS c/mercadorias enquadradas em Conv. e Protocolo, originadas de VP/SP, conf. Demonstrativo e termo anexos*” (**sic**).

A exigência fiscal recaiu sobre as seguintes Notas Fiscais: nºs 058267 de 14/08/02; 061941 de 12/12/02; 062005 de 13/12/02; 005.667 de 18.06.03; 065884 de 22/04/03 e 065883 de 22/04/03, portanto, distintas as datas de ocorrência dos fatos geradores, entretanto o autuante as considerou, como sendo ocorrência única em 24.09.03, ou seja, na data da lavratura do Auto de Infração. As mercadorias constantes das referidas notas fiscais, referem-se a pisos cerâmicos e estão enquadradas no regime da substituição tributária.

Observo que embora a irregularidade tenha sido constatada por auditor lotado na fiscalização do trânsito de mercadorias, utilizando, inclusive, formulário específico para esse tipo de fiscalização, ele agiu como fiscal de estabelecimento, tanto assim que, em 08.09.03, isto é, 16 (dezesseis) dias antes da data da autuação, esteve no estabelecimento do autuado e efetuou o “trancamento” do talonário de Nota Fiscal – Microempresa, conforme documento à fl. 10 dos autos, só retornando ao estabelecimento na data da autuação, ou seja, em 24.09.03 para arrecadar as notas fiscais acima mencionadas e, ato contínuo, lavrar o Auto de Infração. Sendo assim, tinha necessariamente de agir como fiscal de estabelecimento e não como fiscal de trânsito. Para tanto, deveria proceder na forma constante no art. 28 do RPAF/Ba, o que não ocorreu.

Na situação em exame, em virtude da adoção de procedimento impróprio de fiscalização, foram feridos direitos do contribuinte e, consequentemente, não foi seguido o devido processo legal, ocorrendo flagrante prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o seu direito de defesa, causando, também, prejuízos à Fazenda Estadual na medida em que as datas de ocorrência dos fatos geradores foram ignoradas pelo autuante, resultando em incidência de acréscimos legais em valores inferiores aos devidos. Sem dúvida, o procedimento fiscal é Nulo, nos termos do art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99, devendo ser renovado a salvo das incorreções apontadas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 09231390/03, lavrado contra **CLAVAFIL COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das incorreções apontadas.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros - Carlos Fábio Cabral Ferreira, José Carlos Barros Rodeiro; José Raimundo Ferreira dos Santos e Fauze Midlej.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros - César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/ VOTO VENCEDOR

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGF/PROFIS