

PROCESSO - A. I. Nº 124157.1206/12-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA. (SUPERMERCADO BOMPREÇO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JJF nº 0173-05/13
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/12/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0424-12/13

EMENTA. ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO VÁLIDO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O Auto de Infração, modelo 4, far-se-á acompanhar de cópia do Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado na ação fiscal, no qual se fundamentará. O Termo lavrado, não possuía qualquer validade, consoante previsto no art. 28, § 2º, do RPAF, de forma a servir de prova material da infração e de fundamentar o presente Auto de Infração, razão da propositura pela 2ª CJF, à época, de se renovar o procedimento fiscal através da fiscalização de comércio no estabelecimento do recorrente. Além disso, não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Apreensão constante do processo refere-se a outro Auto de Infração. Ausência de elemento essencial nos autos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou nulo o presente Auto de Infração, lavrado em 22 de novembro de 2012, com exigência de R\$67.195,34, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração: *"Falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade federativa e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio."*

A Decisão de piso foi no seguinte sentido:

"O presente Auto de Infração foi lavrado para corrigir os vícios que inquinaram em nulidade o Auto de Infração nº 124157.0808/09-5, relativo à Declaração de Importação nº 09/1797006-8 (mesma que originou o presente lançamento de ofício), conforme voto proferido no ACÓRDÃO Nº 0242-12/11, da 2ª CJF, in verbis:

"Após análise dos autos, verifico que a 2ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar Nulo o presente Auto de Infração por ilegitimidade passiva (art. 18, IV, "b", do RPAF/99), uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto nos arts. 5º, §1º, I da Lei 7.014/96 e 47, X e 573, §1º do RICMS/BA.

O caso é regido pelo mandamento da LC 87/96, artigo 11. I, 'e', bem como na prescrição constitucional do art. 155, § 2º, IX, "a", que determinam como local da operação, para efeito de cobrança do ICMS/Importação, o domicílio do adquirente ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria.

Pelo que consta nos autos, a empresa BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., localizada na Bahia não era a destinatária da mercadoria importada, mas, sim, a companhia BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., situada em Pernambuco. Dessa forma, não há dúvida que a importação ocorreu em outro Estado da Federação e por outra pessoa jurídica.

Portanto, resta claro que o BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação tributária do presente Auto de Infração, assim como o Estado da Bahia é sujeito ativo ilegítimo para cobrar o ICMS/Importação da operação trazida fiscalizada nos autos.

No que tange aos argumentos da fiscalização, importante dizer que os artigos 47, X e 573, I do RICMS/BA só poderiam ser aplicados se houvesse importação direta ao estabelecimento do autuado localizado no Estado da Bahia, o que não foi o caso. As mercadorias foram desembaraçadas no Estado de Pernambuco.

Também é imprescindível afirmar que o art. 5º, § 1º, I da Lei nº 7.014/96 é claro ao dispor que o sujeito passivo do ICMS/Importação é o contribuinte pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial, importe mercadoria ou bem do exterior. Portanto, afasto a aplicação desse mandamento legal pela simples razão de restar evidente nos autos que não houve importação por parte do autuado, mas sim, por terceira pessoa, estabelecida em outro Estado da Federação.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em toda a sua inteireza."

O exame dos elementos constantes dos autos permite concluir que a nulidade, alvo da Decisão, tanto da primeira instância como da segunda instância, se deve à ilegitimidade passiva do autuado e ilegitimidade ativa do Estado da Bahia.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante lavrou o termo de ocorrência fiscal nº 124157.0905/12-0 onde não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal, destacando que o citado termo pretende substituir o Termo de Apreensão nº 124157.0808/09-5, de 10/01/2010.

Compulsando os autos, vejo que o citado termo de apreensão era parte integrante do Auto de Infração de nº 124157.0808/09-5, julgado nulo pelo CONSEF, conforme acórdão da 3ª JF, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observe, portanto, que este Auto de Infração trata de um novo procedimento fiscal e como tal deveria obedecer aos ditames legais no que se refere às formalidades requeridas nos termos do art. 28 do RPAF/99. Embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no modelo 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata mais de Auto de Infração de trânsito. O presente Auto de Infração não substitui o Termo de Apreensão nº 124157.0808/09-5, que deu respaldo ao Auto de Infração anterior julgado nulo, conforme registra o autuante na descrição dos fatos. Tampouco o termo de ocorrência, nº 124157.0905/12-0 o substitui, visto que a mercadoria já não se encontra apreendida como prova do ilícito cometido pelo autuado.

Conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do termo de Início da Fiscalização, da intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, o que não se verifica neste processo. Quanto ao início da fiscalização, o art. 28 do RPAF/BA, estabelece:

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;

Vale salientar que a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal. Neste caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização e não consta que foi efetuada intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do mencionado Termo.

O § 1º do art. 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. No caso em análise não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada, a falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, o Termo de Início de Fiscalização, implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, e represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, no estabelecimento, a salvo dos equívocos apontados.

"Voto pela NULIDADE do Auto de Infração".

Diante da desoneração verificada, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

VOTO

Antes de adentrar na análise do Recurso propriamente dito, entendo importante observar que este Auto de Infração foi lavrado, diante do julgamento por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração 124157.0808/09-5, lavrado em 10 de janeiro de 2010, o qual decretou a sua nulidade, na forma do Acórdão CJF 0242-12/11, o qual determina:

"EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Importação de mercadorias, cuja exigência do imposto deveria recair sobre o importador, ou seja, Bom Preço Supermercado do Nordeste Ltda., estabelecido em Recife-PE, em consonância com o disposto no §1º do art. 573, RICMS/BA. A sujeição passiva, entretanto, foi atribuída ao estabelecimento em que ocorreu a entrada física da mercadoria no Estado da Bahia, cabendo a nulidade do lançamento de ofício, conforme art. 18, IV, “b” do RPAF/BA, vez que se trata de ilegitimidade passiva. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime".

Ocorre que como bem pontuou a Junta de Julgamento Fiscal, tal lançamento não pode prosperar vez que a ação fiscal simplesmente aproveitou-se do Termo anteriormente lavrado e documentos constantes no lançamento anterior, sendo que em relação ao Termo, este não possui qualquer validade, diante da norma impositiva que lhe impõe prazo de trinta dias entre a sua lavratura e o do Auto de Infração (§ 2º do artigo 28 do RPAF/99), o qual determina que se tratando de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 (trinta) dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente, sendo que sequer o contribuinte teve conhecimento da prática de qualquer ato, ainda que preparatório, para justificar a lavratura do Auto de Infração ora apreciado, sem proceder à fiscalização no estabelecimento do contribuinte, conforme determinado.

Segundo orientação contida no voto acima mencionado, a determinação da Câmara de Julgamento Fiscal decorreu do fato de que o primeiro Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias e, nessa circunstância, não poderia o autuante repeti-la, senão no estabelecimento comercial, e diante da constatação de que no lapso de tempo decorrido entre o mês de janeiro de 2010 (época da constatação da infração), até o mês de novembro de 2012 (mês da lavratura do presente lançamento), o imposto relativo a tais operações objeto dos documentos fiscais nele listados, poderia já estar pago pelo contribuinte.

Ainda que lavrando novo Termo, deveria dar conhecimento e ciência do mesmo ao contribuinte, em nome do princípio da ampla defesa, constitucionalmente consagrado.

Dessa forma, a ação fiscal no trânsito, seria totalmente imprestável vez que impossível de ser repetida, bem como constato que nenhum dos documentos acostados ao feito e que servem de base para a acusação fiscal (Auto de Infração e Termos, etc.) estão assinados pelo sujeito passivo, representante ou preposto o que reforça a tese do seu completo desconhecimento da ação fiscal e da própria autuação, senão quando a mesma já estava concluída, o que fere uma série de princípios processuais vigentes como o da ampla defesa, do contraditório e da legalidade.

Também observo que o lapso temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (setembro de 2012) não se coaduna com a data de ocorrência dos fatos que ensejaram a autuação (janeiro de 2010), de acordo como os documentos constantes dos autos.

Esta matéria esteve recentemente em apreciação por esta Câmara, ensejando o Acórdão CJF 0028-12/12, sendo relator, naquela oportunidade, o Conselheiro Carlos Fábio Cabral Ferreira, bem como no Acórdão CJF 0060-13/13, relatado pelo Conselheiro Oswaldo Ignácio Amador, o qual possui a seguinte Ementa:

*“NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO VÁLIDO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O Auto de Infração, modelo 4, far-se-á acompanhar de cópia do Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado na ação fiscal, no qual se fundamentará. Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 17/18, não possuía mais validade, consoante previsto no art. 28, § 2º, do RPAF, de forma a servir de prova material da infração e de fundamentar o presente Auto de Infração, razão da propositura pela 2ª CJF, à época, de se renovar o procedimento fiscal através da fiscalização de comércio no estabelecimento do recorrente. Ausência de elemento essencial nos autos, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, junto ao estabelecimento comercial do recorrente, para a apuração do débito, caso ainda devido. Exigência fiscal decretada nula de ofício. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.”*

Por fim, entendo que não se trata de recomendar qualquer renovação do procedimento fiscal, por ser a mesma impraticável e incabível nesta situação, motivo pelo qual entendo tratar-se de equívoco, tal recomendação, feita ao final do voto do *a quo*.

Pelo exposto, diante, inclusive do entendimento já reiterado neste órgão, e da violação flagrante aos termos do artigo 18 do RPAF/99, nenhum reparo merece a Decisão recorrida, motivo pelo qual NEGO PROVIMENTO ao mesmo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 124157.1206/12-9, lavrado contra **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA. (SUPERMERCADO BOMPREÇO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO -REPR. DA PGE/PROFIS