

PROCESSO - A. I. Nº 124157.1205/12-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0195-02/13
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 25/02/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0008-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Os elementos constantes dos autos indicam que a exigência do imposto não foi precedida de formalização de Termo de Apreensão e Ocorrências. Não há previsão regulamentar de saneamento deste vício. De igual forma, não foi dado conhecimento à empresa da existência da ação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO** nos termos do art. 18, incisos II e III, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF (Acórdão JJF Nº 0195-02/13) que julgou Nula a presente ação fiscal, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado em 22/11/2012, para fins exclusivos de renovação do Auto de Infração nº 124157.0830/10-4, “*em obediência ao disposto no § 1º, b, do Art. 18 do RPAF Decreto 7.629 de 09/07/1999, à vista da orientação exarada da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Consef, ancorada no Acórdão CJF nº 0157-12/12 de 14/06/12*”.

O Auto de Infração exige o ICMS no valor de R\$66.500,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto devido pelas operações próprias.

A 2ª JJF decidiu pela nulidade do lançamento fiscal, assim se expressando:

O presente lançamento de ofício exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria, conforme determina o Art. 515-B e art. 126 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97, através de Auto de Infração Modelo 4, lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, relativamente aos DANFE’S nº 23967, 23966, 23965, 23892, 23887, 23835, 23846, 23843, 23834, 23833, 23816/23817/23844/23845/23837/23842/23841/23839/23838/23836/23851/23832/23828/2 829, 23830, 23546 e 23547 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente à venda de 175.000 lts de Alcool Hidratado.

Portanto, o presente processo trata de novo julgamento, tendo em vista que através do Acórdão CJF nº 0157-12/12 de 14/06/2012, foi decidido por unanimidade pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e declarar NULA a Decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, através do Acórdão JJF Nº 0264-03/11.

Analisando a preliminar de nulidade argüida na peça defensiva, verifico que tem razão o autuado de que o presente Auto de Infração não substitui o AI nº 124157.0830/10-4, tratando de novo procedimento fiscal em decorrência da anulação do aludido Auto de Infração, cujo Termo de Apreensão e Ocorrências, fls.06 e 07, não tem validade jurídica neste processo, pois a ação fiscal que resultou no Auto de Infração não ocorreu no trânsito da mercadoria.

Desta forma, não se trata mais de uma fiscalização de mercadoria em trânsito, mas sim, de uma ação fiscal que deveria ter sido efetuada no estabelecimento do autuado para verifica a regularidade no recolhimento do imposto sobre os DANFEs acima citados, e nesta hipótese, deveria a fiscalização, para fundamentar a ação fiscal, ter lavrado o Termo de Início de Fiscalização ou expedido intimação para comprovação dos recolhimentos de que trata a lide, conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA.

Verifico que é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão

JJF Nº 0121-03/12, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, sujeito passivo e o mesmo autuante, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JJF Nº 0121-03/12, (Decisão unânime), em outro Auto de Infração (232278.0014/11-1) lavrado em nome do autuado, cujo entendimento acolho para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, in verbis:

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à exigência de ICMS sob a acusação de que o autuado que se encontrava descredenciado da COPEC/SEFAZ, não apresentou comprovante de quitação do imposto referente à antecipação tributária, operações próprias, correspondente a 35.000 litros de álcool hidratado.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante lavrou o termo de ocorrência fiscal nº 232278.0020/11-2 (fls.04/05), onde não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal, mencionando que o citado termo substitui o Termo de Apreensão nº 232278.0029/09-8, fls. 06/07.

Compulsando os autos, vejo que o citado termo de apreensão era parte integrante do auto de infração de nº 232278.0012/09-8, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 3ª JJF, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observe, portanto, que este Auto de Infração trata-se 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 de nº 232278.0014/11-2, não substitui o Termo de Apreensão nº 232278.0029/09-8, que deu respaldo ao Auto de Infração anterior julgado nulo, conforme registra o autuante na descrição dos fatos. Tampouco o termo de ocorrência, nº 232278.0020/11-2 o substitui, visto 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 a salvo dos equívocos apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ficando representada a autoridade fazendária para instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do autuado. .

A 2ª JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 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 20/12/11.

Na assentada do julgamento deste processo, o conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, se declarou impedido de participar deste julgamento.

VOTO

Trata o Auto de Infração de renovação de fiscalização e que foi efetuada pela fiscalização do trânsito de mercadorias. A acusação é de que o recorrente não recolheu o imposto relativo às suas operações próprias. O contribuinte comercializa com AEHC.

Ao analisar a Decisão recorrida, esta não merece qualquer reparo.

O início da ação fiscal marca o momento em que o Estado, por meio de seus agentes, interfere no comportamento tributário do contribuinte, podendo resultar deste ato a apuração de irregularidades e o conseqüente lançamento de ofício do crédito tributário. E, para o surgimento deste início é necessário que o contribuinte tenha conhecimento prévio da fiscalização. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele possa pesar e propiciar fazer sua defesa, mesmo quando da fiscalização e/ou posteriormente, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV, CF). E mais, ele é marco inibidor da denúncia espontânea.

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 ato vinculado (Parágrafo único do art. 142, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc. e de rotinas administrativas.

Em assim sendo, no trânsito de mercadorias, para o início à ação fiscal, o que se exige é a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos (Termo de Apreensão e Ocorrências), conforme dispõe o art. 26, I e 28, IV, do RPAF/BA - Dec. nº 7.629/99, para ficarmos adstritos a norma legal do Estado da Bahia, intimação esta imprescindível ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual, pois de fundamental importância para que não haja qualquer mácula ao princípio constitucional da ampla defesa.

O RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores ao indicar os procedimentos fiscais a serem seguidos nesta apreensão determina no seu art. 945 que *“a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”*. Em assim sendo, deverá conter, entre outros requisitos, *“a discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação; o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal e o nome e a assinatura do contribuinte ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar”* (art. 940, incisos IV, V e VI).

E, como não poderia deixar de ser, este termo de apreensão tem início de validade, bem como de término, já que o sujeito passivo tributário não pode restar indefinidamente a mercê do fisco.

O art. 28, § 2º, do RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99) estabelece o prazo de validade desse termo de apreensão de 30 dias e determina que esta validade perderá efeito se neste prazo não for lavrado o Auto de Infração correspondente. De igual forma, considera encerrada a ação fiscal, podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente. Tais determinações também se encontram expressas no Parágrafo único do art. 945, do RICMS/BA.

Com tais colocações, volto-me ao presente processo.

Em 24/02/2010, o fisco apreendeu 175.000 litros de AECH que se fazia acompanhar por diversos DANFE's (conforme indicado no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124157.0830/10-4 (fl. 41)). As mercadorias não estavam acompanhadas do pagamento do imposto relativo às operações próprias conforme determinações do art. 515-B, do RICM/BA. Foi lavrado o Auto de Infração nº 124157.0830/10-4 acusando o contribuinte de não ter recolhido o ICMS-ST, infração distinta da realidade constatada no momento da ação fiscal. A 3ª JF, através do Acórdão nº 0264-03/11

decidiu pela nulidade da ação fiscal e a 2ª CJF, em sede de Recurso, a ratificou (Acórdão nº 0157-12/12) uma vez que houve discrepância entre a acusação e a descrição dos fatos apurados, provocando prejuízo às garantias constitucionais da ampla defesa e da segurança jurídica. A 2ª CJF recomendou a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas no estabelecimento da empresa.

Neste momento observo de que o Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado durante o momento dos fatos acontecidos, ao cumprir a função estabelecida na norma legal - marco inicial do procedimento fiscal – extinguiu-se para qualquer outro procedimento inicial de fiscalização com tal objetivo. Somente poderá ser tomado como dado a ser levado em consideração, e base para consubstanciar outras provas, objetivando outra auditoria fiscal.

Isso posto, o autuante da presente lide entendeu que ele seria prova suficiente para lavrar novo Termo de Apreensão e Ocorrências, o que fez através daquele de nº 124157.0904/12-4, datado de 21/11/2012, ou seja, mais de dois anos após os fatos acontecidos. Não deu conhecimento da lavratura deste novo termo ao contribuinte e lavrou o AI ora encaminhado a esta CJF para análise e Decisão.

Em vista do que tudo ora se expôs não tem qualquer valia legal, como decidiu a JJF, o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124157.0904/12-4 lavrado. Não tendo validade, jamais poderia ser lavrado o Auto de Infração ora em análise, pois inexistente a constituição de prova material do fato, que se dar, no trânsito de mercadorias, no exato momento da sua ocorrência, ou seja, o trânsito de mercadoria sem o pagamento do imposto devido. Neste Termo de Apreensão e Ocorrências o fisco não apreendeu qualquer mercadoria. Afora que, pelo lapso temporal existente, o sujeito passivo tributário pode ter exercido seu direito de denunciar espontaneamente o débito. E, mais grave, não se deu conhecimento a empresa do início da ação fiscal. E, para complementar, seria necessária que o fisco apurasse se a mercadoria ainda estava na posse da empresa autuada, pois quando da lavratura do primeiro termo de apreensão, restou ela como sua fiel depositária (fl. 05/06).

Pelo exposto, restou comprovado que na lavratura do Auto de Infração não foi obedecido o devido processo legal, não se enquadrando os fatos nas hipóteses de correções que podem ser feitas de acordo com o art. 18 do RPAF, configurando-se acertada a Decisão prolatada pela 5ª JJF.

E, neste momento, faço outra colocação. O n. autuante diz ter lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal e o Auto de Infração por orientação exarada pela 2ª CJF. Esta é afirmativa que não tem qualquer lastro para embasá-la, pois esta 2ª CJF se posicionou, no decorrer da anterior ação fiscal, de que a ação fiscal fosse renovada, a salvo de falhas, no estabelecimento da empresa e não no trânsito de mercadorias (fl. 44)

Por tudo exposto, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto com base nas determinações contidas no art. 18, II e III do RPAF/99.

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 **124157.1205/12-2**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS