

A. I. N.^º - 210425.0002/12-4
AUTUADO - VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JESNER ANDRADE BARBOSA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 10.09.2014

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-02/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Trata-se de um novo procedimento fiscal, pois o Auto de Infração foi lavrado embasado em um Termo de Ocorrência Fiscal emitido no estabelecimento do autuado, para substituir um outro termo emitido, na data da ocorrência do fato gerador da ação fiscal, quando do trânsito da mercadoria, por perda do prazo regimental para lavratura do auto na forma do § 2º do art. 28 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Nessa situação, o novo procedimento fiscal deve ser exercido por agentes fiscais do comércio e não do trânsito de mercadoria, como de fato ocorreu. Infração nula. Recomendado refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Comprovado tratar-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, falece competência ao Agente de Tributos a lavratura de Auto de Infração nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Decretada, de ofício, a NULIDADE do procedimento fiscal. Represento a autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF-BA/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 04/12/2012, foi imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativa a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio. Lançado ICMS no valor R\$373.541,84 mais multa de 60%, com enquadramento no art. 1º, inciso I, § único, art. 2º, inciso V, art. 4º, inciso IX, art. 13, inciso I, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, combinado com art. 332, inciso III e art. 435 do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Consta da descrição dos fatos que a empresa efetuou a importação indireta de um Caminhão Guindaste, marca Liebherr, modelo LTM-1090-4.1, Ano/Modelo 2011/2012, conforme descrito na Declaração de Importação, DI nº 12/1658741-0 (fl. 20), em que o desembaraço aduaneiro ocorreu no Terminal Vila Velha (ES), tendo o importador, a empresa Sertrading BR Ltda., CNPJ nº 04.626.426/0001-06, domiciliada no Estado do Espírito Santo, com a intermediação financeira realizada pela Bradesco Leasing S.A., CNPJ nº 47.509.120/0001-82, localizada no Estado de São Paulo, na condição de acquirente da mercadoria importada, em que teve como o destino físico o Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal Eletrônica nº 13.923 (fl. 16), emitida pela Sertrading BR Ltda., tendo como destinatário da mercadoria a Vertical Equipamentos Ltda., CNPJ nº

03.479.246/0001-86, I.E. 52.078.071, tudo conforme o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210425.0002/12-4 acostado à fl. 3 dos autos.

O autuado, às fls. 61 a 71, apresenta a impugnação argumentando, inicialmente, que foi surpreendida com o recebimento do Auto de Infração acima identificado, por meio do qual o I. Fiscal constituiu equivocadamente crédito tributário a título de ICMS – Importação, sob a sustentação que teria efetuado a importação indireta de um Caminhão Guindaste, marca Liebherr, modelo LTM-1090-4.1, Ano/Modelo 2011/2012, de acordo com a Declaração de Importação nº 12/1658741-0, em que a suposta importação indireta ensejaria a aplicação da norma jurídica contida no artigo 435, inciso I, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS-BA).

Diz que, em que pese o entendimento do I. Fiscal mereça todo o respeito, demonstrará que o Auto de Infração é insubstancial, conforme as considerações expostas:

Sobre a inexistência de relação jurídico-tributária entre a impugnante e o Estado da Bahia, diz que o Auto de Infração em baila é fruto de equivocado entendimento a respeito do contexto fático em que está envolvida a operação jurídico-econômica que envolve o Caminhão Guindaste já descrito anteriormente.

Destaca que é uma empresa que possui como objetivo social, preponderante, a locação e serviços de operação de guindastes e equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas em atividades industriais, comerciais, portuárias e construção civil, como se infere do Contrato Social e do Cartão de CNPJ anexos (Doc. 03).

O desenvolvimento das suas atividades se dá mediante a utilização de maquinário próprio e/ou de terceiros, com quem se estabelece contratos comerciais próprios. No caso dos autos, cumpre esclarecer, diz a defendente, que não é, e nem nunca foi, a proprietária do Caminhão Guindaste mencionado no Auto de Infração. Diz que é mera arrendatária de tal bem, como se infere do Contrato de Arrendamento Mercantil anexo (Doc. 04), firmado entre ela, e o Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil.

Diz que tal premissa é de vital importância para a elucidação do caso em debate, afinal se não houve a efetiva compra do Guindaste por sua parte, esta jamais poderá ser considerada importadora, nem sujeito passivo do ICMS-Importação, uma vez que o bem nunca circulou economicamente no sentido de consistir em riqueza em favor da Impugnante.

Não sendo a Impugnante beneficiária da titularidade do bem, diz que não há que se cogitar da ocorrência de fato gerador relativo ao ICMS, haja vista que não ocorreu a circulação econômica da mercadoria em prol da Impugnante!! Cita a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, em seu artigo 3º, que dispõe:

“Art. 3º. O imposto **não incide** sobre:

(...)

VIII – operações de **arrendamento mercantil**, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário”. (Grifos aditados).

Observa que o dispositivo acima transcrito, com efeito, mostra que só incide ICMS na operação de arrendamento mercantil, quando ocorre a compra do bem ao final do contrato.

Diz que, outro não poderia ser o entendimento, afinal a Carta Magna ao tratar do ICMS expressamente delimitou a sua hipótese de incidência, condicionando-a a efetiva circulação econômica do bem importado, como se infere do seu artigo 155, inciso II, que o cita. Observa que tal tema já está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se infere de alguns arrestos que, também, os citam.

Assevera que o Caminhão Guindaste mencionado no Auto de Infração é objeto de Contrato de Arrendamento Mercantil, de modo que sua propriedade nunca foi transferida para a Impugnante. Diz, também, que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia também já se pronunciou sobre o assunto em algumas oportunidades e descreve a decisão.

Isto posto, diz está demonstrado que não incide ICMS sobre a operação comercial realizada pela Impugnante, qual seja Arrendamento Mercantil, de forma que se impõe, data venia, a desconstituição do Auto de Infração em comento.

Por outro lado, sem prejuízo do quanto sustentado acima, o defendant argüi a ausência de legitimidade do Estado da Bahia para cobrar e arrecadar imposto em função da importação do Guindaste em comento. Traz-se à lume a inteligência do artigo 155, §2º, inciso IX, “a”, da Constituição Federal:

Art. 155(...)

§2º(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; Grifos aditados

Citando posicionamento do STF(RE 405457 / SP - SÃO PAULO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min.JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 04/12/2009; Órgão Julgador: Segunda Turma, diz que o ICMS-Importação tem como sujeito ativo o Estado-Membro em que estiver situado o destinatário jurídico do bem importado, ou seja, aquele que for efetivamente o proprietário do bem importado. Retornando ao caso em voga, lembra que nunca houve transferência de propriedade do Guindaste para a Impugnante!!!! Repita-se: a Impugnante nunca foi proprietária do Guindaste (Doc. 06)!!!!

Portanto diz que, não restam dúvidas que a Impugnante nunca foi a importadora-adquirente, mas mera arrendatária, que apenas detém o direito de posse do bem, e não o de propriedade!!!!

Deste modo, considerando que o importador-adquirente do Guindaste, ou seja, o seu proprietário, não está sediado na Bahia, pugna pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para cobrar e arrecadar o ICMS em discussão, o que ensejará a desconstituição da autuação.

Por fim, na remota hipótese de serem afastados os argumentos anteriores, a Impugnante pede que o Auto de Infração seja retificado, na medida em que adota alíquota muito superior à prevista na legislação tributária. Diz que foi aplicada a alíquota de 17%, olvidando-se das previsões do artigo 268, incisos XX e XXI, do RICMS, *in verbis*:

“Artigo. 268 (...):

XX - nas operações de importação do exterior dos produtos a seguir relacionados, sem similar nacional, sendo que a ausência de similaridade será atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo de máquinas, aparelhos e equipamentos, com abrangência em todo o território nacional, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento):

NCM	DESCRIÇÃO
...	...
8705.10	Caminhão guindaste

XXI - nas entradas decorrentes de importação do exterior de caminhão guindaste - NCM 8705.10, efetuadas por empresa que tenha como objeto social a locação desses bens e que apresentem contrato de sua locação junto a empresa ou consórcio responsável por construção de estádio ou obra de infra-estrutura relacionados com a Copa do Mundo de Futebol de 2014, de forma que a carga tributária seja equivalente a 3% (três por cento), desde que: a) o bem não tenha similar nacional, sendo que a ausência de similaridade será atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo de máquinas, aparelhos e equipamentos, com abrangência em todo o território nacional; b) o destinatário esteja credenciado pelo Diretor da DAT-METRO;

Destaca, então, que, da transcrição acima, o Guindaste a que se refere a autuação em análise, o qual é enquadrado no NCM 8705.10 e não possui similar nacional (Doc. 07), é agraciado, em regra, com alíquota de 7% (sete por cento)!!!!

Considerando, ademais, que a Impugnante é empresa de locação de guindastes e que possui vínculo contratual com o Consórcio Fonte Nova (que é responsável pela construção no Estádio de Futebol para a Copa do Mundo de 2014), conforme documento anexo (Doc. 08), diz que a alíquota a ser aplicada é a de 3% (três por cento)!!!!

Assim, a Impugnante pugna pela reforma do Auto de Infração, para que seja observada a alíquota correta, em substituição a alíquota aplicada pelo I. Fiscal.

Ante o exposto, requer (i) no mérito, sejam acolhidos os fatos e as fundamentações, em todos os seus termos, afastando a cobrança e o respectivo enquadramento, devendo ser reconhecida inexistência de relação jurídico-tributária entre a Impugnante e o Estado da Bahia, (ii) alternativamente, caso seja indeferido o pedido anterior, que seja reconhecido o erro que consta na autuação quanto à alíquota aplicada (17%), quando o correto é a alíquota de 3% (três por cento), a teor do artigo 268, XXI, do RICMS;(iii) finalmente, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente, a de cunho documental, pedindo, expressamente, a oportunidade de apresentação de novos documentos que façam necessários à comprovação dos fatos aqui alegados, que não puderam ser juntados nesta oportunidade em razão da exiguidade do prazo de defesa, a exemplo de Declaração/Atestado da ABIMAQ – Associação Brasileira da Industria de Máquinas e Equipamentos, que já foi solicitada, porém ainda não foi disponibilizada.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 174 a 190 alegando que a impugnação interposta pela autuada requer declaração de nulidade do lançamento, bem como, a improcedência do auto de infração em epígrafe, em que discorre::

A Vertical Equipamentos Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob nº 03.479.246/0001-86 e com inscrição estadual nº 52.078.071, adquiriu por meio de uma operação de importação indireta com a intermediação financeira de uma empresa de leasing um Caminhão Guindaste, marca Liebherr, modelo LTM-1090-4.1, Ano/Modelo 2011/2012, conforme descrito na Declaração de Importação, DI nº 12/1658741-0, registrada em 06 de setembro de 2012.

O desembarço aduaneiro ocorreu no Terminal Vila Velha – ES tendo o importador, a empresa SERTRADING BR Ltda., CNPJ nº 04.626.426/0001-06, domiciliada na Avenida Nossa Senhora da Penha, nº 1495, bairro Santa Lúcia em Vitória do Espírito Santo, efetuado a operação de importação por conta e ordem do BRADESCO Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, CNPJ nº 47.509.120/0001-82, localizado no estado de São Paulo, por conseguinte, na condição de adquirente da mercadoria importada, obtendo a sua liberação sem o recolhimento do ICMS (folha 26), sob o regime de diferimento do imposto concedido ao importador pelo fisco capixaba com base no Art. 168, inciso XVI do RICMS/ES e fulcro na lei nº 2.508/1970 (FUNDAP), cujo valor aduaneiro importa em R\$ 1.670.218,20, formalizada pela NF-e nº 005.046, Série-4, emitida pela importadora em 10/09/2012 no valor de R\$ 1.809.846,66 (folha 14).

Entretanto, a mercadoria teve como destino físico o contribuinte domiciliado no Estado da Bahia, fato documentalmente comprovado pela Nota Fiscal Eletrônica de Saída (simbólica), NF-e nº 013.911, Série-5, no valor de R\$ 1.961.564,11 emitida pela trading importadora em 11 de setembro de 2012 e destinada a BRADESCO Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, em Osasco-SP sob o CFOP 6106 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar, (folha 15), e concomitante Nota Fiscal Eletrônica de Saída, NF-e nº 013.923, Série-5, de igual valor, remetendo à VERTICAL Equipamentos Ltda., CNPJ nº 03.479.246/0001-86, situada na Rua Doutor Altino Teixeira, nº 1145, Quadra E, Lote 19, Loteamento Porto Seco Pirajá, em Salvador-Bahia, sob o CFOP 5.923 – Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem, portanto, transferindo imediatamente sem transitar pelo estabelecimento do real importador (folha 16).

Diz que o veiculo auto-propulsor foi interceptado quando da passagem pelo posto fiscal Honorato Viana deflagrando a presente ação fiscal. A empresa destinatária do equipamento, a importadora real, encontra-se devidamente inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia sob o número 52.078.071.

Deste modo, o contribuinte infringiu o Art. 435, inciso I, do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 que assim determina:

"Art. 435. Nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, quando destinados a unidade federada diversa daquela do domicílio do importador sem que os mesmos transitem pelo seu estabelecimento, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado:

I - o estabelecimento da pessoa jurídica em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens".

Com efeito, o § 6º do citado artigo diz: "As notas fiscais mencionadas neste artigo serão anexada via do correspondente documento de arrecadação ou da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, conforme o caso".

Constata-se, desse modo, que o equipamento sequer transitou pelo estabelecimento do importador (Vitória-ES) e adquirente (São Paulo-SP) posto que ambos, no caso específico, apenas intermediaram a operação de importação sendo que o último atuou como agente financeiro mediante Contrato de Arrendamento Mercantil firmado com o destinatário em Salvador, Bahia, sob o nº 001340515-0 (folhas 44 a 57), tendo sido transferido imediatamente para a empresa ora autuada.

A questão nuclear, diz o autuante, é que o equipamento importado a que se refere a nota fiscal eletrônica de entrada representada pelo DANFE nº 005.046, Série-4, emitida pela SERTRADING BR Ltda., em 10/09/2012, no valor de R\$1.809.846,66 (folha 14), sequer transitou no estabelecimento do importador. Como se pode ver, os elementos dos autos dão conta de que a mercadoria importada também não transitou pelo estabelecimento do adquirente paulista, uma instituição financeira de São Paulo, pois foram remetidas do Terminal Vila Velha – ES diretamente para o estabelecimento da empresa autuada.

Observa que, o defensor traz a lume o parecer do Min. Joaquim Barbosa que, tomando por base o princípio da territorialidade, entende que o destinatário jurídico é o importador adquirente cuja noção se contrapõe à idéia do destinatário da mera remessa física do bem. Ao analisar dispositivo do artigo 155 da Constituição, afirmou que a parte final do dispositivo estabelece a competência para arrecadação do ICMS incidente sobre operações de importação com base no princípio da territorialidade, "*o destinatário a que alude o dispositivo constitucional é o jurídico, isto é, o destinatário legal da operação da qual resulta a transferência de propriedade do bem, ou seja, o importador adquirente*". Afirma ainda o ministro: "*O que se indaga é quem foi o importador, pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação que trouxe os produtos ao território nacional*" (RE 405.457, 2ª Turma do STF).

Desta o autuante, no julgamento do RE 268.586/SP (Relator Ministro Marco Aurélio), ao analisar situação semelhante a dos autos a Primeira Turma concluiu que na definição do destinatário da mercadoria, não deve prevalecer os pactos particulares mantidos entre as partes envolvidas na importação, mas a efetiva destinação do bem importado. Nesse contexto, considerou-se que a empresa que formalmente realizou a importação atuou como mera consignatária ou simples intermediária e, dessa forma, levou-se em conta a localização do estabelecimento do efetivo

não foi obedecido ao devido processo legal, tendo em vista que o mesmo tem como suporte Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado com prazo superior a trinta dias.

destinatário da mercadoria (pessoa diversa do importador), para definir o sujeito ativo da obrigação tributária. Observa ainda o autuante, seguindo a mesma linha de raciocínio assim se posiciona o Relator do Acórdão CJF nº 0065-12/13 - 2ª CJF do CONSEF.

Por outro lado, diz o autuante, é legítima a exigência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na importação de equipamento adquirido pelo sistema de leasing (arrendamento mercantil) e destinado ao ativo fixo de empresa. Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, por maioria dos votos, deu provimento ao Recurso Extraordinário RE 206.069/SP. Em seu voto, a relatora, ministra Ellen Gracie, observou que “não se pode olvidar que a Constituição conferiu um tratamento especialíssimo à incidência de ICMS sobre itens importados”.

Destaca ainda que, de acordo com a relatora, a Constituição elegeu o elemento fático “*entrada de mercadoria importada*” como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria ou bem e dispensou questões acerca dos contornos jurídicos no exterior. Assim, “*uma vez concretizada a importação mediante entrada de mercadoria ou bem destinado ao ativo fixo, tem-se por ocorrida a circulação econômica por presunção constitucional*”. Sobre este assunto, destaca o parecer da PGE/PROFIS ao Acórdão nº 0180-01/11, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, opinando pelo não provimento do recurso voluntário interposto ao Auto de Infração nº 210425.0302/10-1, bem assim, diz que, a DITRI também se pronunciou ao emitir o Parecer nº 23/2010 ao Processo nº 0001312010, onde indeferiu o pedido do requerente manifestando o entendimento de que considerando a situação específica descrita na inicial, muito embora em momento posterior o bem importado possa se destinar ao estabelecimento arrendador localizado no Estado de São Paulo, a entrada física do referido bem se efetivará em estabelecimento localizado em território baiano, o qual, na condição de arrendatário do bem importado, é também seu destinatário efetivo.

Estamos diante de uma operação conhecida como leasing financeiro, diz o Fiscal Autuante, caracterizada por uma compra financiada que envolve três agentes, sendo eles: o arrendatário (comprador podendo ser pessoa física ou jurídica), o fornecedor e o financiador (banco, financeira ou fornecedor), segundo definição de Di Agustini (DI AGUSTINI, Carlos Eduardo. Leasing financeiro. São Paulo: Atlas, 3ª Ed. 1999) e, excepcionalmente, no presente caso, contando ainda com o concurso de uma empresa especializada em operações de comércio exterior.

Diz que, é uma operação pela qual o cliente localizado no Brasil demonstra interesse em adquirir equipamentos cujo fornecedor se encontra no exterior. O cliente escolhe o bem, negocia o preço diretamente com o próprio fornecedor e procura uma empresa de leasing para que providencie a importação dos equipamentos por intermédio de financiamento na modalidade de arrendamento mercantil.

Observa que essa situação está fartamente circunstanciada no Instrumento Particular de Fixação de Responsabilidades e Outras Avenças (folhas 91 a 96), subscrito pela operadora de leasing (o banco BRADESCO) o arrendatário do bem (a empresa VERTICAL), e no Pedido de Importação por Encomenda e planilha anexa de previsão de custos com importação, apenso às folhas 97 e 98, envolvendo o importador (a SERTRADING) e o arrendatário do bem (a VERTICAL).

Diz ainda, que, no primeiro item do Contrato de Arrendamento Mercantil nº 001340515-0 (1- DA AQUISIÇÃO DO BEM), o Arrendador (o BRADESCO) deixa claro que adquirirá o bem por conta e risco do Arrendatário (a VERTICAL) responsabilizando-o por erro ou omissão nas suas especificações, bem como pelo procedimento do(s) FORNECEDOR(ES). Ver cópias às folhas 46 e 101.

Diz que, a própria empresa importadora, a SERTRADING BR, declara textualmente no campo das Informações Complementares da NF-e nº 013.911, emitida para transferência simbólica do bem para a BRADESCO Leasing: “DI nº 12/1658741-0, RG 06/09/2012 VCC-0001/12 REAL ADQUIRENTE: VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA. CNPJ 03.479.246/0001-86” comprovando de forma cabal o papel secundário do importador na condição de mero coadjuvante.

Deste modo, diz o autuante, a pessoa jurídica que realiza intermediação de negócio não tendo relação pessoal e direta com o fato gerador não é contribuinte do imposto, daí a necessidade de

imputar ao destinatário final da mercadoria importada a responsabilidade solidária para pagamento do tributo devido.

Portanto, de todo o acima exposto, aduz que restaram caracterizadas as infringências à legislação tributária sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração sob análise.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão do dia 05/11/2013, ao constatar que o Auto de Infração nº 210425.0002/12-4, MODELO 4, em tela, foi lavrado por decorrência do Termo de Ocorrência Fiscal nº 210425.0002/12-4 (fl. 3) emitido em 04/12/2012, em substituição ao Termo de Ocorrência Fiscal nº 110020.0004/09-5 (fl. 8) emitido em 17/09/2012, quando efetivamente ocorreu o fato gerador que deu origem a autuação em análise. Portanto 87 (oitenta e sete) dias após a ocorrência efetiva da ação fiscal. Decide que tal autuação fere diretamente § 2º do art. 28 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, que assim dispõe:

§ 2º Tratando-se 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.(grifos acrescidos)

Desta forma, tal ato diz contaminar os demais praticados anteriormente pelo Fiscal Autuante, em que pese estarem todos respaldados na legislação, invalidando o seu trabalho fiscal de tal forma que o torna imprestável a produzir qualquer efeito legal. A lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal constitui a prova material do fato apurado no auto de trânsito de mercadorias, para comprovação efetiva da ocorrência do fato gerador, tornando-se formalidade essencial ao lançamento tributário no trânsito de mercadorias.

Neste caso, não obstante outras considerações de nulidade expostas no voto constante do Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, entenderam os julgadores, que é nulo o Auto de Infração fundamentado por um Termo de Ocorrência Fiscal emitido 87 (oitenta e sete) dias após a ocorrência efetiva da ação fiscal.

Por sua vez, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0116-11/14, de 10 de abril de 2014, fls. 219/221, decide prover o Recurso de Ofício, declarando Nula a decisão da 2ª Junta de Julgamento expresso pelo Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, determinando o retorno dos autos à primeira instância, para proceder nova decisão, apreciando as questões de mérito.

Diz que a Decisão recorrida de ofício fundamenta que na lavratura do Auto de Infração em questão, desenvolvendo a análise dos elementos contidos no processo, o Sr. Relator Conselheiro, diz verificar que restou comprovado que a mercadoria apreendida no dia 17/09/12, tinha como suporte o Termo de Ocorrência inicial lavrado em 17/09/12 (TOF nº 110020.0004/09-5), cuja ação fiscal perdeu a sua eficácia após decorrido o prazo de trinta dias, sem que tenha sido lavrado o Auto de Infração correspondente, ao teor do art. 28, §2º do RPAF-BA.

Entretanto, na situação presente, após perdido a eficácia do Termo de Ocorrência lavrado em 17/09/12, não tendo o contribuinte exercido o direito de recolher o débito de forma espontânea, no momento que recebeu as mercadorias liberadas, conforme documento à fl. 6, em 05/12/12, o preposto da empresa, conforme autorização à fl. 7 assinou outro Termo de Ocorrência Fiscal de nº 210425.0002/12-4 (fl. 3), e na mesma data, tomou ciência da autuação.

Desta forma, embora o primeiro Termo de Ocorrência tenha perdido a sua eficácia, o Termo de Ocorrência Fiscal juntado à fl. 3, que foi assinado pelo representante legal da empresa, constitui prova material do fato apurado, para comprovação efetiva da ocorrência do fato gerador e cumpre as formalidades do lançamento tributário, nos termos do art. 28 do RPAF-BA, obedecendo ao devido processo legal.

Daí o voto do Sr Relator, acompanhado pelos membros, em prover o Recurso de Ofício e declarar Nula a Decisão recorrida, determinando a apreciação das questões de mérito.

VOTO

Trata-se de novo julgamento do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4 em tela, tendo em vista que a 1ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0116-11/14, em sessão do dia 10/04/2014, julgou nula a decisão desta 2ª Junta de Julgamento de primeira instância expresso pelo Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, por entender que embora o primeiro Termo de Ocorrência (TOF Nº 110020.0004/09-5), datado de 17/09/2012 (fl. 8), tenha perdido a sua eficácia, o Termo de Ocorrência Fiscal (TOF Nº 210425.0002/12-4), datado de 04/12/2012 (fl. 3), que foi assinado pelo representante legal da empresa, diz constituir prova material do fato apurado, para comprovação efetiva da ocorrência do fato gerador e cumpre as formalidades do lançamento tributário, nos termos do art. 28 do RPAF-BA, obedecendo ao devido processo legal. Portanto restou comprovado a validade do Termo de Ocorrência Fiscal que fundamenta o Auto de Infração em análise.

Voltando a análise do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4 em tela, à luz da determinação da 1ª Câmara, preliminarmente consigno que cabe ao julgador, ao analisar um processo, antes de entrar no mérito, debruçar sob o mesmo em relação ao aspecto formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice de natureza formal que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Isto posto, em que pese a Decisão de segunda instância, expressada pelo Acórdão CJF Nº 0116-11/14, em sessão do dia 10/04/2014 ter sido de prover o Recurso de Ofício e declarar Nula a Decisão do Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, determinando essa junta a apreciar as questões de mérito do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4 em tela, há de ressaltar que, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo ainda apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, MODELO “4” – Trânsito, vislumbro que, não se pode afirmar tratar-se de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, quando da emissão do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF Nº 210425.0002/12-4), datado de 04/12/2012 (fl. 3), fato indutor da Decisão de segunda instância.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal diz respeito, conforme consta da descrição dos fatos, que a empresa efetuou a importação indireta de um Caminhão Guindaste, marca LIEBHERR, modelo LTM-1090-4.1, Ano/Modelo 2011/2012, conforme descrito na Declaração de Importação, DI nº 12/1658741-0 (fl. 20), em que o desembaraço aduaneiro ocorreu no Terminal Vila Velha (ES), tendo o importador, a empresa SERTRADING BR LTDA., CNPJ nº 04.626.426/0001-06, domiciliada no Estado do Espírito Santo, com a intermediação financeira realizada pela BRADESCO LEASING S.A., CNPJ nº 47.509.120/0001-82, localizada no Estado de São Paulo, na condição de adquirente da mercadoria importada, em que teve como o destino físico o Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal Eletrônica nº 13.923 (fl. 16), emitida pela SERTRADING BR LTDA., tendo como destinatário da mercadoria a VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA., CNPJ nº 03.479.246/0001-86, I.E. 52.078.071, tudo conforme o Termo de Ocorrência Fiscal nº 110020.0004/09-5, acostado à fl. 8 dos autos, datado de 17/09/2012, quando de fato ocorreu a apreensão da mercadoria, dando causa ao Auto de Infração nº 210425.0002/12-4, MODELO 4, objeto do presente julgamento.

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, e sim de uma ação fiscal de estabelecimento na forma do art. 38, combinado com o inciso I, do art. 42 do mesmo diploma legal, em que tal ação fiscalizadora deve ser exercida por Agentes Fiscais do comércio.

Assim, tratando-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), falece de competência ao Agente de Tributos a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comerciais, com exceção dos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte

que sejam optantes pelo Simples Nacional, que não é o caso objeto em análise.

Embora a 1^a Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0116-11/14, em sessão do dia 10/04/2014, ter julgado nula a decisão de primeira instância expressa pelo Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, recomendando a apreciação das questões de mérito, observo ainda a existência de vício insanável na lavratura do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4, lavrado em 04/12/2012, decorrente de uma ação fiscal do trânsito de mercadoria ocorrida em 17/09/2012, em razão do Agente Fiscal não representar à autoridade competente para a renovação da ação fiscal em análise, dado que a renovação fiscal dar-se no estabelecimento do autuado, inscrito no Cadastro da SEFAZ/BA (fl. 10) na condição de normal, restando, *in casu*, comprovada nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento for praticado por autoridade ou servidor incompetente

Diante do exposto, dado o evidente descumprimento do devido processo legal, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento fiscal, na forma do inciso I, art. 18, do RPAF-BA/99, em que represento à autoridade fazendária competente para a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal.

Do exposto, voto **NULO** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210425.0002/12-4**, lavrado contra **VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA.**, recomendando-se o refazimento do feito, a salvo das falhas apontadas, no estabelecimento do autuado.

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”, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR