

A. I. Nº - 095188.0124/14-0
AUTUADO - FRIGORÍFICO NORDESTE DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13/08/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-04/15

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. Auto de Infração **NULO** nos termos do art. 18, incisos II e III, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias e em 22/09/2014, exige ICMS no valor de R\$6.472,08 com a aplicação da penalidade de 100% pela entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos: “*Apreensão do produto descrito em DANFE nº 000081877, anexo ao presente Termo de Ocorrência Fiscal, destinado a empresa Brasil Comércio Varejista de Carne LTDA - ME, inscrita na SEFAZ/ESTADUAL nº 63.993.329 e CNPJ nº 06.301.017/0001-40, estabelecida na rua do Cabeça nº 25, bairro/Dois de Julho/SSA/BA, transportado pelo o veículo de placa policial-MQT2399, conduzido pelo o Sr. Edivaldo Joaquim Evangelista, portador da CNH/registo nº01086013842 e CPF nº 623.569.685-04, sendo encontrado descarregando/entregue na empresa-Tatiana Teixeira Costa Eireli-me, inscrita na SEFAZ/estadual nº 105.267.919 e CNPJ nº 17.181.572/000117, estabelecida na praça general Inocêncio Galvão nº 35/37-edifício Duque de Caxias/loja/A-bairro/Dois de Julho/SSA/BA. Diante dos fatos expostos, fica caracterizado a entrega da mercadoria em endereço e destinatário diverso ao indicado no documento fiscal acima citado. Anexo ao presente Termo de Ocorrência Fiscal, o Termo de Apreensão de Mercadoria e documento, manuscrito com data de 08/08/2013, assinado pelo o condutor do veículo. O presente Termo de Ocorrência Fiscal de nº 095188.0021/14-6, substitui o termo de Ocorrência Fiscal de nº 095188.0208/13-0. o qual encontra-se também anexo”.*

A empresa apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fl. 25/29). Nesta defesa, e inicialmente, transcreve a autuação e os fatos apresentados pelo autuante e motivadores da autuação. Em seguida, toda a base legal (Lei nº 7014/96 e RICMS/12) que se socorreu a fiscalização para a lavratura do Auto de Infração.

Passa a apresentar suas razões de defesa. Diz que as empresas identificadas pelo fisco integram um mesmo grupo econômico. Por tal motivo havia entregado a mercadoria, identificada no DANFE nº 81877, no estabelecimento localizado na Praça Geral Inocêncio Galvão já que lá era o único local com espaço suficiente na câmara frigorífica para armazenamento. Por se tratarem de empresas de um mesmo grupo econômico não houve qualquer fraude, restando afastada a irregularidade dita cometida.

Por outra banda, a operação comercial realizada se tratou da venda de carne em operação interna. Neste caso, não há a incidência do imposto conforme preceitua o art. 271, inc. II, do RICMS/12 (transcrito). Apresenta DECLARAÇÃO, emitida pelo SERVIÇO DE INSPEÇÃO FEDERAL – SIF, do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, para demonstrar que atende á legislação sanitária estadual ou federal.

Com tal argumentação, afirma não haver qualquer motivo para cometer infração à legislação tributária com mercadorias que não se encontravam sujeitas à incidência do ICMS, inexistindo, assim, base de cálculo para a multa aplicada.

Requer a improcedência da autuação.

O autuante presta os seguintes esclarecimentos (fls. 34/35): *“EMANOEL NASCIMENTO DANTAS, vem refazer ação fiscal, tendo em vista DECISÃO DA 1ª Junta de Julgamento Fiscal que declarou nulo o Auto de Infração Nº 095.188.0256/13-5 e automaticamente gerou o pedido de refazimento em virtude da afirmativa de que "AS MERCADORIAS APREENDIDAS NÃO FORAM TRANSPORTADAS PELA AUTUADA" que segundo ainda o requerente o veículo, mesmo pertencendo a empresa, encontrava locado. Reafirma o autuante que a ação fiscal foi lastreada na observância dos ditames regulamentares processuais, tendo, contudo, a nobre Junta de Julgamento Fiscal, em sua decisão, entendido que a apresentação de um contrato de aluguel desonera o contribuinte da obrigação e assim acatou os argumentos da autuada. Sendo assim, para preservar os interesses do Estado, refazemos a presente ação fiscal que gerou o crédito reclamado, alterando o sujeito Passivo da obrigação tributária. Enfim, a decisão de apresentação de um simples contrato pode abrir vaza para os sonegadores agirem tendo como escopo o referido acórdão e que deverá ser corrigido a tempo para não causar estragos na Fazenda Estadual. Em sua nova defesa o requerente apresenta uma outra argumentação contraditória informando que a empresa é do mesmo grupo e que descrevemos na forma a seguir:*

1. Argumento de que as empresa integravam o mesmo grupo econômico - *“Na realidade, só agora com outra argumentação contraditória, o requerente confessa que entregou os produtos em local diverso, apresentando uma outra alegação infundada. O mais absurdo é considerar a operação de entrega em local diverso como uma operação interna sem o pagamento do imposto conforme podemos observar em toda peça vestibular que reproduzimos na defesa e contestação anterior”*
2. Operação sem incidência do imposto – o autuado *“invoca ainda o artigo 271 que não ampara a sua pretensão, além e invoca declaração de entidades anuente que nada tem haver com a sua pretensão”*.

Entendendo de que os argumentos de defesa são contraditórios e infundados, mantém a ação fiscal.

Apensa aos autos a sua informação fiscal, prestada anteriormente ao Auto de Infração nº 095.188.0256/13-5 (fls. 54/56).

VOTO

Trata o Auto de Infração sob a acusação da entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Somente observando a apensação de cópia do Auto de Infração nº 095188.025/13-5 (fl. 07) e a informação fiscal é que se tem conhecimento que, na verdade, o Auto de Infração ora em lide trata de renovação de lançamento fiscal realizado através do referido Auto de Infração, que este CONSEF decidiu pela sua nulidade (JJF Nº 0024-01/14) por ilegitimidade passiva do sujeito tributário autuado já que autuada a empresa FRISA FRIGORÍFICO RIO DOCE S/A.

O autuante entendeu que a tal decisão deste CONSEF *“automaticamente gerou o pedido de refazimento em virtude da afirmativa de que “AS MERCADORIAS APREENDIDAS NÃO FORAM TRANSPORTADAS PELA AUTUADA.”*

O Conselho de Fazenda Estadual é o órgão competente para julgar, *“no âmbito administrativo, os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações do sujeito passivo interpostas a qualquer medida ou exigência fiscal”* (art. 2º do Regimento Interno do CONSEF – Decreto nº nº 7.592/99), não sendo incluída, nas suas atribuições, a determinação de qualquer procedimento fiscalizatório sem a observância do devido processo legal. O que ele pode, e deve, é solicitar, ou mesmo determinar, a renovação do procedimento fiscal quando a situação assim se impõe (art. 21, do RPAF/BA - A autoridade que decretar a nulidade deverá **mencionar os atos atingidos, determinando ou**

recomendando se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas- grifos não originais). Ou seja, este foro administrativo quando solicita ou mesmo determina a renovação de um Auto de Infração que foi anulado, não implica que tal renovação “seja automática” e sim, que seja ela realizada obedecendo, fielmente, todas as determinações legais.

E no presente caso tal solicitação nem feita foi pela JJF ao se analisar o Acórdão JJF Nº 0024-01/14.

No mais, 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 consequente 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, ela, de igual forma, 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 um 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, conforme dispõe o art. 26, I e 28, IV, do RPAF/BA - Decreto 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.

Além do mais e como dispõe expressamente o art. 29, I, “b”, do RPAF/BA tal termo somente é dispensado em “*irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular*”.

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 estabelecia o prazo de validade desse Termo de Apreensão de 30 dias e determinava que esta validade perderia efeito se neste prazo não fosse lavrado o Auto de Infração correspondente. De igual forma, considerava encerrada a ação fiscal, podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

Este parágrafo foi revogado pelo Decreto nº 15.158, de 27/05/14, DOE de 28/05/14, efeitos a partir de 01/06/14, quando o RPAF/BA não mais se referiu, expressamente, ao trânsito de mercadorias.

Em assim sendo e não podendo restar sem segurança jurídica o sujeito passivo, somente posso pressupor que o legislador baiano entendeu que os prazos de validade de todos os termos lavrados pelo fisco devem ter o mesmo prazo de validade, ou seja, de 90 dias, conforme estabelece o § 1º do art. 28, da norma procedimental: “*O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso*”.

Com tais colocações, volto-me ao presente processo.

Em 08/08/2013, o fisco apreendeu mercadorias constantes na NF-e nº 000081877 por estarem sendo descarregadas em local diverso daquela constante no documento fiscal. Foi lavrado o Termo de

Apreensão de Mercadorias sem número em nome da FRISA – FRIGORÍFICO RIO DOCE S/A, ficando como fiel depositária das mesmas a empresa TATIANA T. COSTA EIRELI - ME (fl. 12 dos autos). Foi lavrado o Auto de Infração nº 232267.001109-. A 1ª JJF, através do Acórdão nº 0024-01/14 decidiu pela nulidade da autuação, sendo definitiva sua Decisão já que não houve Recurso de Ofício.

Neste momento, observo de que o Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado durante a época 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. E, mais, como foi lavrado em 08/08/2013, a sua validade era de 30 dias, conforme estabelecia a legislação tributária deste Estado á época da sua constituição.

Isso posto, o autuante da presente lide, entendeu que o Termo de Apreensão e Ocorrências sem número seria prova suficiente para lavrar um Termo de Ocorrência Fiscal, o que fez através do presente de nº 095188.0021/14-6 datado de 22/09/2014, ou seja, mais de um anos após os fatos acontecidos. Não deu conhecimento da lavratura deste termo ao contribuinte e lavrou o Auto de Infração neste mesmo dia e que foi encaminhado à esta Junta de Julgamento Fiscal para análise e decisão.

Em vista do que tudo ora se expôs, não tem qualquer valia legal o Termo de Ocorrência Fiscal lavrado. Não tendo validade, jamais poderia ser lavrado o Auto de Infração ora em análise, pois:

1. Inexistente a constituição de prova material do fato, que se dá, no trânsito de mercadorias, no exato momento da sua ocorrência, ou seja, no transito de mercadoria sem o pagamento do imposto devido. Neste Termo de Ocorrência Fiscal o fisco não apreendeu qualquer mercadoria e, através dele não poderia, inclusive, fazê-lo (art. 28, IV-A, do RPAF/BA).
2. Pelo lapso temporal existente, o sujeito passivo tributário pode ter exercido seu direito de denunciar espontaneamente o débito, acaso devido.
3. Mais grave, não deu conhecimento à empresa do início da ação fiscal.
4. Para complementar, seria necessária que o fisco apurasse se a mercadoria ainda estava na posse da empresa TATIANA T. COSTA EIRELI - ME, pois quando da lavratura do Termo de Apreensão das Mercadorias, restou ela como sua fiel depositária. E, pela descrição das mercadorias (carne bovina) de há muito elas ou foram repassadas ou mesmo deterioradas.

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/BA. De ofício, decido pela NULIDADE, com base no art. 18, II e III, da referida norma procedimental, da ação fiscal, estando prejudicados os argumentos apresentados pelo impugnante.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 095188.0124/14-0, lavrado contra **FRIGORÍFICO NORDESTE DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR