

A. I. Nº - 217447.0706/14-8
AUTUADO - GM MÓVEIS E ELETRO DE MORTUGABA LTDA.-ME
AUTUANTE - ROBINSON FERREIRA DE SOUZA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 07.10.2015

a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-02/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV "a" do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/07/2014, reclama o valor de R\$6.369,97, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária, parcial ou total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 43 a 45, após descrever a autuação afirma que o recolhimento do imposto exigido referentes aos DANFES, em questão, foi realizado, na sua maioria, em data anterior a autuação, conforme comprovantes que diz anexar.

Aduz ainda, que mesmo que os recolhimentos não tivessem sido efetuados, até a data da autuação, não teria ocorrido o fato gerador da antecipação parcial, pois de acordo com a alínea "a" do inciso III do art. 332 do RICMS, o recolhimento por Antecipação Parcial deverá ser feito antes da entrada no território deste Estado.

Afirma que o auditor fiscal ao argumentar na descrição dos fatos inserido no termo de ocorrência fiscal que "TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE POSSAM IDENTIFICAR A DATA DA REAL ENTRADA NO ESTADO DAS CITADAS MERCADORIAS, E SEGUINDO O PRINCÍPIO DO DIREITO TRIBUTÁRIO “in Dubio Pro Reo”, FOI CONSIDERADO COMO DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR A DATA DA CONSTATAÇÃO DOS EVENTOS”, se contradiz pois a expressão latina *in dubio pro reo* significa literalmente, *na dúvida a favor do réu*; princípio jurídico da presunção da inocência, e neste caso favorecerá o réu que é o contribuinte autuado.

Diz que de acordo com o citado dispositivo legal, o Senhor Auditor Fiscal deveria ter intimado o contribuinte a apresentar os DAE's pagos antes mesmo de lavrar o auto de infração o que não ocorreu, o que torna o ato totalmente arbitrário. Afirma que para comprovar as suas contestações anexa os DAEs pagos acompanhados dos respectivos DANFE's, inclusive em mídia eletrônica (Compact Disk – CD).

Ante as inconsistências anteriormente narradas, requer o arquivamento do Auto de Infração, e caso não seja este o entendimento solicita a conversão do mesmo em diligência a fim de confirmar as informações prestadas, no tocante à ocorrência ou não, do fato gerador da data da autuação.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 90 afirmando que, diante das informações trazidas pelo contribuinte, acompanhados dos respectivos documentos comprobatórios inexistia o crédito reclamado. Requer a Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada no Estado da Bahia, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Consta ainda dos autos que *"Operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização-Anexo- Constatação de eventos. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos*

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que apesar de, à fl. 5, constar um "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que conforme inserido na descrição dos fatos do Auto de Infração ***a data da real entrada das mercadorias no estado foi presumida***, conforme trecho transcrito: *"Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos"*.

É de se ressaltar que de acordo com o Resumo para Constituição de Crédito tributário anexado às fls. 08/18, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados, cujas cópias encontram-se às fls. 21/40.

Da análise dos citados documentos constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 07 de julho a 09 de julho de 2014, com saídas na mesma data da emissão, portanto, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador, e consequentemente a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. No caso em questão,

caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217447.0704/14-8**, lavrado contra **GM MÓVEIS E ELETRO DE MORTUGABA LTDA.-ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR