

A. I. Nº - 232175.1209/14-0
AUTUADO - CARLOS RODRIGUES DE SANTANA
AUTUANTE - SERGIO FERNANDES BACELAR AMARAL
ORIGEM - IFMT - DAT-SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O procedimento fiscal ultrapassou o roteiro legal estabelecido para a fiscalização de mercadoria de trânsito. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece de competência ao Agente de Tributos na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, devendo ser observadas as regras de direito formal, que determinam a quem compete a constituição do crédito, bem como os procedimentos a ele inerentes. Pelo art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente ou o lançamento efetuado com preterição do direito de defesa e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2014, exige ICMS no montante de R\$22.174,17, além da multa de 60%, em decorrência da infração descrita de forma abaixo:

"Falta de Recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal".

Consta no campo descrição dos fatos a natureza da infração: "falta de recolhimento de ICMS antecipação tributária parcial das mercadorias constantes dos Danfes do relatório - Resumo para constituição do crédito tributário - COE, provenientes de aquisições de outras unidades da federação, decorrente de verificação fiscal que identificou nesta data eventos de trânsito de mercadorias incorridos no ajuste SINIEF 05, 30/03/2012 (ciência e confirmação da operação, constantes dos Termo de Ocorrência Fiscal e Termo de Fiscalização - constatação de eventos - anexos; tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, adotando o princípio do Direito Tributário in dubio pro reu foi considerada como data da ocorrência do fato gerador, a data da constatação dos eventos conforme Danfes nº 2802, 6667, 11964, 25067, 101114, 101115, 311391, 336555, 432920, 679716, 791406, 791407, 794360, 796133, 3982729. Mandado de Fiscalização: nº 2014118.

Constam dos autos: Demonstrativo Antecipação Tributária (folha 06); Mandado de Fiscalização Monitoramento (folha 08); histórico da situação cadastral (folhas 10 e 11); lista de DANFE (folha

12); cópias dos DANFE,s (folhas 14 a 17); Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (folha 7); Resumo do Demonstrativo de Cálculo (folha 6).

A autuada apresenta impugnação (fl. 83), identificando-se como uma pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na cidade de Barreiras, com inscrição estadual nº 64.816.603, pede o cancelamento do auto de infração, mediante as razões a seguir aduzidas:

Diz que recolheu os impostos relativo aos DANFE,s descrito no referido Auto de Infração, antes da sua lavratura, fato que não foi verificado pelo autuante.

Diz ainda que o mesmo não atendeu o dispositivo previsto no art. 42 do Decreto 7.629/99, que estabelece a competência dos Agentes de Tributos e Auditores Fiscais, nas funções fiscalizadoras e, sendo o contribuinte enquadrado no regime normal de apuração, não cabe ao autuante a lavratura de Auto de Infração, em momento posterior à ocorrência dos fatos.

Ensina que a fiscalização deveria ocorrer no trânsito de mercadorias, caso o agente verificasse o não recolhimento dos impostos devidos e mediante a lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, o que não ocorreu.

O preposto fiscal designado para prestar Informação Fiscal, às fls. 131/132, pede ele mesmo a decretação da NULIDADE do auto de infração em análise pelos seguintes motivos:

Diz que o presente auto de infração foi lavrado em virtude da aquisição interestadual de mercadorias para comercialização por contribuinte que se encontrava com sua inscrição descredenciada e sem o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária. Diz ainda que o contribuinte em sua peça defensiva nega o cometimento da infração, informando já haver efetuado o pagamento dos créditos exigidos no presente PAF.

Admite, contudo, que desde a lavratura, o auto de infração está eivado de nulidades que afetam a sua legalidade, considerando o seguinte: *"Trata-se de empresa inscrita como NORMAL, portanto fora do alcance da competência funcional do agente de tributos para constituição de crédito, afastado do trânsito de mercadorias, ao teor do que dispõe o art. 107 § 2º do COTEB, como já decidiu este órgão julgador em caso semelhante"*, citando o acórdão CJF Nº 0388-12/14.

Observa a ausência dos termos exigidos pelo art. 28, IV do RPAF, não sendo aplicável ao presente caso as exceções previstas no art. 29 do mesmo diploma. Reitera as decisões do CONSEF pela nulidade, no caso. Opina pela nulidade do procedimento e o seu refazimento, a salvo de falhas.

Esse é o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação de *"Falta de Recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal"*, no valor de R\$22.174,17, com multa de 60%.

O agente fiscal que lavrou o PAF elaborou planilha com o demonstrativo de débito, juntou a Ordem de Serviço / Mandado de Fiscalização 6104529000131-2014118 oriunda da Central de Operações Estaduais - COE (08/09), Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 09), Parecer Opinativo (fl. 10), Resumo para constituição de crédito tributário. lista de DANFE (fls. 11/12), Anexo ao Termo de Fiscalização (fl. 18), cópias das notas fiscais eletrônicas (DANFES).

Contudo, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do *"due process of law"*. Cabível, portanto, o exame das formalidades legais inerentes à ação de fiscalização que estão expressamente previstas em lei e demais atos normativos.

O modelo do Auto de Infração adotado, no caso em concreto, é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e o preposto do Fisco é Agente de Tributos Estaduais, cuja

competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no RPAF/BA, art. 41, I (Decreto 7.629/99): constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

A fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão, por óbvio, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias, em situação irregular, competência para a autuação dos Agentes de Tributos Estaduais.

O que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração, próprio para as ações do trânsito, nem mesmo quando o lançamento foi efetivado pela Inspetoria Fiscal de Mercadorias em Trânsito – IFMT, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto. Verifico que, apesar de a data da lavratura do Auto de Infração constar 18.12.2014, a exigência teve origem numa ordem de serviço, documento impresso em 09.11.2014 (fl. 09), antes, portanto, do momento da ação fiscal no trânsito de mercadorias, mas já fazendo referencia aos documentos fiscais que teriam sido objeto da apreensão e a consequente autuação; o demonstrativo da base de cálculo da infração, acostado aos autos (fls. 11/12), discrimina operações ocorridas em diversos momentos, no mês anterior da autuação, incompatíveis com a situação pontual que caracteriza a fiscalização no trânsito de mercadoria.

Aliás, o próprio documento emitido pela Superintendência da Administração Tributária - Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE – Central de Operações Estaduais - Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria 217/2012, ao autorizar fiscalização no estabelecimento do autuado ou o Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 06/07), firmando expressamente que não se consegue identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias, comprovam tratar-se de Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, competência incompatível com o executor do feito.

O autuado encontra-se inscrito no cadastro normal de contribuinte do Estado da Bahia, com natureza jurídica de empresário individual, sob o número 64.816.603, desenvolvendo a atividade econômica principal de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral e não poderia ser fiscalizado por agente de tributo estadual, preposto fiscal incompetente na realização desse tipo de procedimento fiscal.

Nesses Termos, ao examinar 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 por 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.

A tarefa de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária deverá sempre pautar-se em um termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal. Na fiscalização de trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Termo de Liberação ou de Depósito objetivam documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto 7.629/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

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 (Termo de ocorrência Fiscal), mediante emissão do instrumento próprio, conforme retro mencionado.

Verifico que, apesar de constar, às fls. 3 e 4, um arremedo de “Termo de Ocorrência Fiscal”, não houve apreensão de coisa alguma, o termo não serve de prova alguma e não materializa nada. Não serve de qualquer suporte para os fatos que foram transcritos no Auto de infração e não existe no mundo jurídico. O próprio autuado fundamento pedido de ilegalidade da autuação sob argumento de *"não ter havido apreensão das mercadorias nas barreiras"* e *"não poder tal auto de infração ser lavrado por agentes de tributos"*

Portanto, no caso presente, houve vício jurídico de monta, capaz de tornar nula a exigência. A lavratura do Termo de Apreensão tem por objetivo “documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”. É através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato ocorrido no trânsito. Conseqüentemente, se não existe um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, como consta no presente PAF, de forma válida, não há prova material da infração.

A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias não pode resistir, seja pela incompetência do agente fiscal na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS; pela imprecisão material, pela mácula na formação da base de cálculo, como algo que possa dimensionar a materialidade da hipótese de incidência e as proporções reais do fato. Havendo tantos equívocos na descrição da exigência, formulação da materialidade, na base de cálculo do ICMS apurado, o resultado estará comprometido por vício insanável, bem como todos os atos subseqüentes de formação da relação jurídico-tributária, seja o lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário, a inscrição de dívida ativa, etc.

Na Informação Fiscal, um outro preposto, encarregado de prestá-la admite a imprecisão da pretensa constituição do crédito tributário e opina pela nulidade do respectivo Auto de Infração.

Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, da confusão e da incerteza gerada na lavratura do presente Auto de Infração, com amparo no art. 18, do RPAF, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Diante do exposto, julgo NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232175.1209/14-0**, lavrado contra a empresa **CARLOS RODRIGUES DE SANTANA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR