

A. I. N° - 232175.1211/14-4
AUTUADO - PEZINHO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - ME
AUTUANTE - SÉRGIO FERNANDES BACELAR AMARAL
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.11.2015

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0193-05/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA 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. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2014, reclama o valor de R\$ 8.728,98, 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, 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.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 24 a 33, diz que o Auto de Infração foi lavrado pelo Agente de Tributos Estaduais Sérgio Fernandes Bacelar Amaral, com cadastro nº 13.232175-0, vinculado à IFMT – SUL, Inspetoria Fazendária em Vitória da Conquista/BA. Afirma que o mesmo efetuou a autuação em 18 de dezembro de 2014 como servidor em exercício na Central de Operações Estaduais – COE, da Diretoria de Planejamento da Fiscalização – DPF, vinculada à Superintendência de Administração Tributária – SAT, entretanto, o referido Agente somente foi designado para atuar nessa função em 02/04/2015, pela Portaria nº 112 da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, publicada no DOE dessa mesma data, conforme se verifica pelo documento que anexou.

Assim, entende que se a lavratura do auto se deu em dezembro de 2014 e o Agente por ela responsável somente foi investido na função em abril de 2015 há patente nulidade no ato administrativo, porquanto praticado por servidor incompetente para tanto, conforme previsto no art. 18 do Decreto nº. 7.629/99, do Estado da Bahia, que transcreveu.

No mérito, após transcrever a infração e o enquadramento legal indicado, aduz que foi fixado como data da ocorrência dos fatos geradores, o dia 18/12/2014, correspondente ao dia da constatação dos eventos, por aplicação do Princípio *in dubio pro reu*, enquanto que no demonstrativo do “Parecer Opinativo – Mandado de Fiscalização” a data de emissão da NF-e mais antiga e a mais recente são 22/10/2014 e 27/11/2014.

Posssegue afirmando que com base nesses documentos a fiscalização afirma ter realizado a conciliação dos “DAEs GNREs localizados no sistema de arrecadação da SEFAZ pagos pelo

destinatário e pelos remetentes, posterior à data da emissão da NF-e mais antiga deste demonstrativo com as notas fiscais eletrônicas a que se refere o Mandado conforme Relatório DAE GNRE – Pagamentos efetuados Destinatários e Relatório DAE e GNRE – Pagamentos efetuados pelos Remetentes.” e concluiu o parecer no sentido de lavrar Termo de Ocorrência Fiscal e Auto de Infração ora combatido.

Afirma que a lavratura do Auto de infração foi equivocada pelos motivos que elenca:

Trata-se de uma pessoa jurídica que há muitos anos atua no ramo do comércio varejista de calçados no Município de Barreiras/BA, e que a fim de exercer sua atividade comercial realiza compras, em atacado, de mercadorias provenientes de outros estados, para fins de revenda direta ao consumidor. Sobre essas operações incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS, cujo recolhimento é dado uma atenção especial, em razão da necessidade de manutenção do exercício de sua atividade econômica.

As operações objeto do Auto de Infração efetivamente ocorreram, porém, ao contrário do indicado na acusação, o recolhimento do ICMS referente a todas as operações, em antecipação total ou parcial (a depender da mercadoria), foi realizado.

Esclarece que a data fixada como dia do fato gerador das operações em tela, foi 18 de dezembro de 2014. Ocorre que os recolhimentos do respectivo ICMS foram realizados em datas anteriores, a exemplo da NF's números 165.409 e 165.712, pagas em 05/11/2014; 2.377.236; paga em 07/11/2014, 313.332 e 117.452, pagas em 25/11/2014.

Enfatiza que não pode ser responsabilizada pelo equívoco cometido pela fiscalização pois não praticou nenhuma conduta – comissiva ou omissiva – contrária às normas tributárias aplicáveis ao ICMS, que pudesse gerar o Auto ora impugnado. Entendimento contrário implicaria vulneração total a vedação ao *bis in idem*, porquanto, se já houve a tributação devida, não pode ocorrer outra tributação sobre o mesmo fato gerador. Transcreve o art. 940 do CC/02 para afirmar que a cobrança de dívida já paga acarreta ao responsável pelo ato o dever de pagar o dobro do que houver exigido indevidamente.

Acrescenta ainda que, a cobrança de tributo já pago, a teor do disposto nos arts. 186, 187 e 927 do CC/02, assim como do art. 37, §6º da CF/88, pode acarretar a responsabilização do ente tributante por danos morais causados ao contribuinte.

Ressalta que o fisco estadual, por meio do Auto de Infração em tela, não apenas cobra o tributo já pago, como também exige o pagamento de multa fundada em infração que não ocorreu, pois como já informado e comprovado através de documentação anexada na peça defensiva os recolhimentos dos impostos referentes às notas fiscais elencadas no procedimento fiscal foram realizados antes da ocorrência do fato gerador, fixado como dia 18/12/2014.

Aduz que mesmo se fosse verificada alguma infração, por razoabilidade e congruência, deve a multa ser recalculada, para incidir somente sobre as infrações que realmente ocorreram, isto é, sobre o montante dos tributos pagos intempestivamente. Enfatiza ser excessiva a multa moratória no patamar de 60% pois corresponde a verdadeiro confisco, conforme já decidido por vários tribunais nacionais, a exemplo de decisões que colacionou.

Em face desses argumentos, o Estado deve declarar nula toda multa impugnada, por inocorrência das infrações geradoras. Em não havendo procedência total do pedido, deve-se recalcular a multa para aplicá-la somente às infrações efetivamente cometidas, devendo-se, nesse caso, além disso, reduzi-la ao patamar razoável de 20% (vinte por cento).

Finaliza requerendo:

- i) Seja concedido efeito suspensivo à presente defesa, a fim de que o Fisco se abstenha de dar prosseguimento ao Procedimento Administrativo antes da sua apreciação, vedando-se a inscrição do débito em dívida ativa;

- ii) Acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrada por Agente incompetente;
- iii) Em sendo superada a preliminar, julgar completamente improcedente o Auto de Infração, a fim de excluir a cobrança do imposto e da multa aplicados, ante à evidenciação do recolhimento tempestivo do tributo e da inocorrência das infrações que sustentam a sanção;
- iv) Em caso de remanescer alguma infração por suposta mora no pagamento do tributo, seja a multa recalculada para incidir somente sobre as infrações efetivamente constatadas e, nesse caso, reduzindo-a ao patamar de, no máximo, 20%.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 163/164 inicialmente afastando a preliminar de nulidade apontada pelo contribuinte, pois, no seu entendimento, a mesma demonstra o total desconhecimento da estrutura e forma de funcionamento de diversos órgãos da SEFAZ, a exemplo da COE, que distribui os mandados a diversas inspetorias para apuração dos dados coletados, cabendo aos funcionários da circunscrição do contribuinte executar a ação fiscal.

Quanto ao mérito afirma que o contribuinte não nega o cometimento da infração, alega haver efetuado o pagamento do imposto exigido, anexando documentos que comprovariam a sua alegação.

Diz que após analisar os mencionados documentos verificou tratar-se de comprovantes de agendamentos e não de pagamentos, e que após consultas por ele efetuadas afirma que nenhum agendamento se converteu em pagamento, inclusive constatou estorno de pagamentos, conforme extrato de pagamento do mês de novembro de 2014, e no seu entendimento demonstra uma prática recorrente do contribuinte.

Quanto ao percentual da multa aplicada destaca que se trata de previsão legal para a infração apontada, não estando em sua alcada decidir sobre a sua majoração ou redução, já que está adstrito aos ditames legais.

Finaliza ressaltando o acerto da autuação, vez que as alegações do contribuinte e os documentos juntados na defesa não têm o condão de afastar a exigência tributária. Requer a Procedência da autuação.

VOTO

O lançamento fiscal diz respeito à exigência do ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada no Estado da Bahia, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, "por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Consta ainda dos autos que "*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 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação), constantes do Termo de Ocorrência Fiscal e do Termo de Fiscalização - constatação de eventos - anexos; 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. 07, constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo além de não se encontrar assinado pelo autuado, *a data real da entrada das mercadorias no estado foi presumida*, conforme inserido na descrição dos fatos do Auto de Infração: *"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. 13/16, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise dos citados documentos constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 22 de outubro a 27 de novembro de 2014, 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 na presente situação. 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.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232175.1211/14-4**, lavrado contra **PEZINHO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2015.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR