

A. I. N° - 179627.0016/14-1
AUTUADO - PEDRO C C OLIVEIRA ME.
AUTUANTE - ELCIOR PIO FERREIRA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO INTERNET - 12.11.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL JURIDICAMENTE EFICAZ. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O Termo de Ocorrência Fiscal que dá início e embasa a ação fiscal, anexado às fls. 7 e 8 dos autos, não possui a assinatura do detentor das mercadorias apreendidas e nem de seu representante legal ou preposto. Também não consta que o detentor das mercadorias tivesse recusado a assinar o referido Termo. Estas ocorrências tornam o Termo de Ocorrência Fiscal ineficaz, fulminando de nulidade o procedimento fiscal, com a consequente nulidade dos atos posteriores e dele dependente, como é o caso do próprio Auto de Infração. A descrição deficiente das mercadorias apreendidas não permite que se tenha segurança quanto à base de cálculo apurada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/03/14 para exigir ICMS no valor de R\$34.000,00, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de transporte de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Ocorrência Fiscal às fls. 7 e 8 dos autos, no qual consta que “*APÓS CONFERÊNCIA FÍSICA DAS MERCADORIAS, CONSTATOU-SE DIVERSAS PARTES E COMPONENTES DE VEÍCULO AUTOMOTORES DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CONFORME RELAÇÃO EM ANEXO*”.

O autuado apresenta defesa, fls. 183 a 199, onde afirma que os efeitos da presente autuação devem ser afastados, conforme relado a seguir.

Destaca que a autuação se refere a produtos novos, porém as mercadorias que se encontravam em seu poder quando da ação fiscal constituíam “*um amontoado de peças usadas/avariadas, para as quais não encontramos legislação nem parâmetro para a estipulação de valor, muito menos a exorbitante quantia arbitrada pelo Fiscal, R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).*

Sustenta que o Auto de Infração além de não estar embasado em legislação aplicável ao tipo de mercadoria apreendida, arbitra valor de bens sem qualquer razoabilidade. Diz que não é admissível que as peças objeto da autuação tenham um valor comercial tão alto. Frisa que as fotografias acostadas ao processo deixam evidente o estado em que se encontravam as mercadorias apreendidas.

Pontua que a autuação está baseada em uma presunção, segundo a qual as mercadorias eram novas, mesmo diante da evidência do seu precário estado de conservação. Após discorrer sobre a presunção e citar doutrina, conclui que o autuante incorreu em ilegalidade, pois apenas levou em consideração indícios, deixando de efetuar todo o trabalho analítico que o caso exigia.

Menciona que, caso o autuante tivesse verificado todo o material apreendido, teria constatado que se tratava de bens avariados, inservíveis ao comércio de revenda da forma em que se

encontram, sendo que sobre eles a legislação não prevê tributação pelo ICMS. Aduz que as únicas peças servíveis são as informadas na Nota Fiscal 303326 (fls. 225 a 230), cujo ICMS foi pago.

Explica que as notas fiscais anexadas ao processo comprovam que comercializa peças automotivas avariadas e outras que só servem como sucatas. Diz que, das notas fiscais acostadas aos autos, pode-se perceber que há descontos diversos, na sua grande maioria de 60%, chegando, porém, “em certos casos a 200%”.

Ao tratar da multa de 100% indicada na autuação, diz que não houve fato gerador do imposto e, portanto, não há o que se falar em tal pena. Discorre sobre a aplicação de multa, cita doutrina e, em seguida, afirma que referida multa possui o caráter de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal. Transcreve doutrina e jurisprudência.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou que, alternativamente, seja efetuada uma redução da base de cálculo do imposto e que seja abatido o valor já pago. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 235 a 241), o autuante explica que a ação fiscal foi decorrente de uma denúncia de que o defensor estava praticando concorrência desleal, pois subfaturava as vendas e efetuava operações sem a emissão de documento fiscal. Diz que, após essa denúncia, esperou a passagem do veículo pelo posto fiscal e, ao abordá-lo e efetuar a conferência das mercadorias, contatou a veracidade da denúncia. Sustenta que não o que se falar em mercadorias usadas, pois, ao conferi-las, constatou que uma parte delas estava sem documentação fiscal.

Afirma que, após a separação das mercadorias, elaborou uma lista das que estavam em situação irregular, a qual foi assinada pelo transportador e pelo preposto fiscal (fls. 16 a 27), legitimando, assim, a ação fiscal. Diz que, posteriormente, digitou todos os produtos listados (anexo I - fls. 242 a 245) e efetuou o levantamento dos valores.

Diz que, de posse da relação das mercadorias sem documentação fiscal, foi até a Distribuidora Castro Comércio de Auto Peças Ltda., CNPJ 06926883/0001-41, e efetuou o levantamento dos preços que constam no anexo I, para apuração da base de cálculo do ICMS. Frisa que a forma de apuração da base de cálculo está às fls. 209 a 216 dos autos, conforme determina o RICMS-BA. Aduz que a base de cálculo apurada no anexo I totalizou R\$ 200.558,00 e, para fazer jus a uma conta justa, o valor foi arredondado para R\$ 200.000,00, por ser mais favorável ao contribuinte.

Destaca que durante a ação fiscal o autuado não alegou que os produtos eram usados, estavam enferrujados ou eram inservíveis. Assegura que as mercadorias constantes nas fotografias acostadas ao processo não fazem parte das que foram apreendidas pela fiscalização. Aduz que as mercadorias apreendidas, que estavam sob a guarda do posto fiscal, foram liberadas (fls. 12 e 15).

Pontua que está consignado na memória de cálculo constante nos autos a alíquota aplicada na apuração do imposto e o percentual da multa prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Salienta que a aplicação da multa não decorre de poder discricionário do autuante, mas sim da lei. Frisa que as alegações de ordem constitucional não devem ser acolhidas, pois, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, estão fora da alçada dos órgãos julgadores administrativos.

Ao finalizar, mantém a autuação em todos os seus termos.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter efetuado “transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal”. Consta na descrição dos fatos que, após a conferência física das mercadorias que estavam sendo transportadas, foi verificada a existência de diversas partes e peças de veículos automotores desacompanhadas de documentação fiscal. Para documentar a situação irregular dessas mercadorias apreendidas, respaldando, assim, o correspondente Auto de Infração, o autuante lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal que se encontra acostado às fls. 7 e 8 dos autos.

Em sua defesa, em apertada síntese, o autuado questiona a apuração da base de cálculo, sob o argumento de que as mercadorias apreendidas não eram produtos novos como considerou o

autuante, mas sim peças usadas, cujo valor era inferior ao que consta na autuação. Também questionou a multa indicada na autuação e a apropriação de créditos fiscais.

Antes de apreciar as questões arguidas na defesa, de pronto observo a existência de vícios jurídicos insanáveis que atingem a eficácia do lançamento de ofício, implicando a sua nulidade.

Por ter sido o lançamento de ofício em análise decorrente de uma ação fiscal realizada no trânsito de mercadorias, o Termo de Ocorrência Fiscal é peça fundamental no qual o Auto de Infração se respalda e para tanto é necessário que seja válido, isto é, que em sua lavratura as condições estabelecidas no RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99) tenham sido estritamente observadas. Nesse sentido, prevê o disposto no artigo 31-A desse citado Regulamento que a fiscalização estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão, as mercadorias transportadas ou encontradas sem a documentação fiscal exigível, e que o Termo de Apreensão conterá dentre outros elementos, o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar. (art. 31-A, §1º, VI, do RPAF/99).

No trânsito de mercadorias, tão grande é a importância do Termo de Ocorrência Fiscal para a constituição do crédito tributário, que a apreensão de mercadorias, bens livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato, como determina o art. 31-E do citado diploma legal.

Diante dessas disposições regulamentares, verifico que o Termo de Ocorrência Fiscal, que acompanha o Auto de Infração em lide e que deu início à ação fiscal, não possui a assinatura do detentor das mercadorias ou do autuado, nem de seu representante legal ou preposto, bem como não consta a recusa do seu recebimento. Esse vício fulmina de nulidade o procedimento fiscal, com a consequente nulidade dos atos posteriores e dele dependente, como é o caso do próprio Auto de Infração.

Além do vício acima, observo que não há segurança na determinação da base de cálculo do imposto, uma vez que relação das mercadorias apreendidas (fls. 16 a 27), elaborada pelo autuante, não contém dados que tornem possível uma perfeita identificação das mesmas, inclusive não permite que se saiba se as mercadorias apreendidas eram novas, como alega o autuante, ou usadas, como sustenta o autuado. Essa forma deficiente de discriminar os produtos apreendidos torna insegura a base de cálculo apurada, bem como afronta o disposto no art. 31-A, §1º, IV, do RPAF/99, o qual prevê que o Termo de Apreensão, dentre outros elementos, deverá discriminar as mercadorias apreendidas, *com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação*.

Em virtude do natural transcurso do tempo, os vícios citados acima são insuscetíveis de saneamento mediante diligência. Por outro lado, esses vícios trazem insegurança na determinação da infração e do montante devido. Dessa forma, nos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF/99, impõe-se a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 179627.0016/14-1, lavrado contra **PEDRO C C OLIVEIRA - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR