

PROCESSO - A. I. N° 216963.0504/14-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0020-01/16
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0070-11/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Nulo o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$76.970,05, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: 54.01.03.- *Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição de fronteira ou de percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da federação, por contribuinte descredenciado.*

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

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 de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, no valor de R\$76.970,05, além da multa de 60%.

O agente fiscal não elaborou qualquer planilha para demonstrar como apurou a base de cálculo do imposto exigido. Sequer anexou aos autos o competente Termo de Apreensão e Ocorrência Fiscal (documenta a apreensão de mercadorias ou bens, que constituam prova material de infração), Termo de Ocorrência Fiscal (documenta situação irregular de mercadorias ou bens, quando desnecessária a apreensão), conforme ensina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Anexou aos autos, no entanto, um emaranhado de documentos, tais como: Resumo para Constituição de Crédito Tributário", relacionando as notas fiscais eletrônicas e respectivas chaves de acesso exigidas no lançamento fiscal (fl. 09/15); Anexo ao Termo de Fiscalização - Constatação de eventos no trânsito de mercadorias (fls. 16/20); Relatório de NF - e canceladas ao destinatário (fls.21/22); Mensagem para Constituição do Crédito Tributário (fl. 23); um histórico do descredenciamento do contribuinte (fl. 24); Parecer opinativo - Mandado de Fiscalização (fl. 25); Relação de itens cuja base de calculo do ICMS foi a Pauta Fiscal (fls. 26/32). Todos sem o cunho de legitimidade ou legalidade para exprimir a materialidade do fato tido como infringido.

Dessa forma, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do "devido processo legal". Na presente ação de fiscalização, não foram observadas as formalidades legais expressamente previstas em lei e demais atos normativos.

De plano, observa-se que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é, de fato, o apropriado às atuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e que o autuante é Agente de Tributos Estaduais, cuja

competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no RPAF/BA (Decreto 7.629/99). A fiscalização de trânsito ocorre, contudo, 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, oportunidade em que a competência para a autuação é 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, 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, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 07.05.2014, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias. Sequer existem provas que as mercadorias constantes das notas fiscais discriminadas no demonstrativo fiscal ingressaram no estoque do autuado, que contestou, inclusive, o recebimento ou cancelamento de algumas das operações listadas pelo preposto do Fisco. Como já visto, inexistem nos autos Termo de Ocorrência ou Apreensão Fiscal, não obstante um registro de “um termo”, em 09.06.2014 (fl. 02).

Constato, assim, 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 ato vinculado, deve a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação, não lhe permitindo discricionariedades, devendo pautar sua atuação estritamente nos termos estipulados pela lei (art. 142, CTN)

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 do “registro de um Termo de Apreensão e Ocorrência”, não houve apreensão de coisa alguma, o documento acostado não documenta nada, não materializa nada e não serve de prova alguma. Não serve de suporte para os fatos que foram transcritos no Auto de Infração e não existe no mundo jurídico.

Portanto, no caso presente, houve vício jurídico de monta, capaz de tornar nula a exigência. A lavratura do Termo de Apreensão (ou de ocorrência) tem por objetivo documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato. Se não existe um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado de forma válida, como consta no presente PAF, não há prova material da infração.

Aliás, a própria descrição dos fatos provam que não existiu a operação no trânsito de mercadorias: “Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, segundo o Princípio do Direito Tributário “in dubio pro reo”, foi considerada como a data da ocorrência do fato gerador a data da constatação dos eventos”.

- 1. A confusão na presente autuação não cessa. A Informação Fiscal foi prestada por Auditor Fiscal, que não tem competência para atuar nas operações de trânsito. A legislação estabelece competência aos auditores fiscais na constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional (art. 42, I, RPAF/BA), lugar da autuação dos agentes de tributos, para constituição de créditos tributários (art. 42, II, RPAF/BA). Em verdadeira invasão de competência, demonstrando que a lavratura do presente Auto de Infração não foi procedido do mínimo cuidado, zelo; em desconformidade com o devido processo legal e sem respeito aos direitos fundamentais do contribuinte.*
- 2. Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (as operações listadas não são operações de trânsito), da confusão e falta de prova da autuação (ausência de termo de apreensão ou de Ocorrência válido), incerteza na apuração da base de cálculo do presente Auto de Infração (falta de materialidade) 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.*

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado

pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/05/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$76.970,05 (setenta e seis mil novecentos e setenta reais e cinco centavos).

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado de anular o Auto de Infração em epígrafe.

Isto porque vários foram os motivos ensejadores da Nulidade verificada pela JJF: 1) o Modelo do Auto de Infração utilizado (Modelo 04 - Trânsito) é impróprio para a constituição do presente crédito tributário; 2) *trata-se de operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, conclui-se que não se trata de uma infração constatada no trânsito de mercadorias*. 3) não constam nos autos qualquer intimação ao contribuinte, dando conta de que contra o mesmo estaria se desenvolvendo ação fiscal.

Assim, uma vez comprovado que o sujeito passivo se trata de contribuinte sob regime normal de apuração do ICMS, conforme verificado no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ, (fl. 25), como também de que não se trata de uma ação fiscal de mercadorias em trânsito, falece de competência ao autuante para a lavratura deste Auto de Infração, o que enseja a nulidade do presente auto.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar NULO o Auto de Infração, do que, conforme art. 156 do RPAF, representa-se à autoridade fiscal, INFAZ Barreiras, para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº **216963.0504/14-2**, lavrado contra **PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA**. Representa-se à autoridade fiscal, INFAZ Barreiras, para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS