

PROCESSO - A.I. 232418.1103/14-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - I C OST DE OLIVEIRA – ME (PRADO GÁS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0086-01/16
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/08/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.JF Nº 0156-11/16

EMENTA: ICMS. SELO FISCAL. FALTA DE UTILIZAÇÃO NO LACRE DO VASILHAME DE ÁGUA MINERAL NATURAL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa Fixa. O Decreto nº 15.352//14 obriga o uso do Selo Fiscal nos vasilhames de vinte litros de Água Mineral Natural envasados a partir de 01/10/14 e permite a comercialização até 31/10/14 dos vasilhames envasados antes de 01/10/14. Constam nos autos que os vasilhames relacionados na Declaração de Estoque possuíam data de fabricação de 27/09/14. Portanto, como o envasamento ocorrera antes do dia 01/10/14, de acordo com o aludido decreto, os citados vasilhames estão desobrigados do uso de Selo Fiscal no lacre sendo permitida sua comercialização até 31/10/2014. Não existem provas nos autos de que as mercadorias estariam sendo comercializadas após esta data, sem o aludido selo fiscal. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, com espeque no art. 169 do RPAF, em face da desoneração ocorrida após da decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por meio do Acórdão nº 0086-01/16, Improcedente o Auto de Infração nº 232418.1103/14-9. Ao contribuinte foram imputados o cometimento da seguinte infração, no valor histórico de R\$ 135.000,00: *"O contribuinte envasou para comercialização ou comercializou Água Mineral Natural ou Adicionada de Sais, sem a utilização do Selo Fiscal no lacre do vasilhame, em desacordo com o previsto na Legislação Tributária - aplicada penalidade por cada vasilhame"*.

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresentou sua defesa às fls. 38/52. Trouxe à baila vícios constantes no Auto de Infração por ter utilizado modelo errôneo e esgotamento do prazo para encerramento da fiscalização e que não consta assinatura da empresa no Auto de Infração. No mérito, alegou a inexistência do fato gerador por não ter comercializado vasilhames de água em desacordo com o Decreto nº 15.352/2014. Para corroborar sua tese, juntou inúmeros julgados do CONSEF sobre o mesmo tema. Ao final, pedindo seja o auto julgado nulo, ou, alternativamente, seja julgado totalmente improcedente.

Já à fl. 97 a autuante apresenta suas informações fiscais concordando com os argumentos do contribuinte e pedindo que o auto seja julgado improcedente.

Após a regular tramitação, através do Acórdão JJF nº 0086-01/16, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal reconheceu a nulidade do Auto de Infração, mas ingressou no mérito para julgar Improcedente, nos seguintes termos:

O presente Auto de Infração versa sobre a imputação fiscal de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total R\$135.000,00, sob acusação de envasamento para comercialização ou comercialização de Água Mineral sem a utilização do Selo Fiscal no lacre do Vasilhame em desacordo com o previsto no Decreto Estadual nº 15.352/2014. Preliminarmente, o autuado argúi que houve não instantaneidade no

procedimento fiscal; que o Termo de Visita Fiscal não serve de fundamento para a ação, uma vez que caberia procedimento próprio da fiscalização de estabelecimentos; que a operação foi realizada em 04.11.14 e que somente tomou conhecimento do fato em 23.10.15; que o Auto de Infração não consta a sua assinatura, tornando ilegal o procedimento. Pede a nulidade da autuação por vícios insanáveis. No mérito, argumenta que inexistiu fato gerador da obrigação tributária, uma vez que a autuação acusa de comercialização de vasilhames de água mineral, em desatenção do artigo 42, XXVII, da Lei nº 7.014/96. Analisando os elementos que compõem o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF, constato que a autuação padece de vícios insanáveis que o inquinam de nulidade, visto que não atende a formalidades inerentes a legalidade do lançamento de ofício. A instauração, o preparo, a instrução e a Decisão do processo administrativo são regidas 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 aplicável, não lhe permitindo discricionariedades, devendo pautar sua atuação estritamente nos termos estipulados pela lei (art. 142, CTN). O lançamento de ofício, na forma como foi constituído, não pode resistir, isto porque lavrado de forma defeituosa, com vício insanável que o inquinaria a nulidade, não fosse pela improcedência, também verificado para a exigência da penalidade acessória, porque descrito de forma inadequada o fato observado, em clara divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e mesmo o fundamento legal escolhido pelo agente fiscal. Verifico que o Auto de Infração em tela foi lavrado, em 14.11.2014, suportado por um Termo de Visita (fl.14) e o um registro de Termo de Apreensão e Ocorrência (fl.22). Consta no Auto de Infração e respectivo Termo de Ocorrência: "O contribuinte envasou para comercialização ou comercializou Água Mineral Natural ou Adicionada de Sais, sem a utilização do Selo Fiscal no lacre do vasilhame, em desacordo com o previsto na Legislação Tributária - aplicada penalidade por cada vasilhame". A lavratura do Auto de Infração foi feito com imperícia, desde o início, com obscuridade no fato punível e mesmo a quantidade e valor da multa aplicada. Os esclarecimentos prestados pelo Agente de Tributo Estadual (fl. 28) objetivaram explicar que a pretensão fiscal seria a imposição da multa prevista no Decreto nº 15.352/2014, no valor de R\$90,00 por vasilhame achado estocado no estabelecimento do contribuinte autuado, totalizando R\$135.000,00, em face da impossibilidade de registro do valor pela Gerência de Crédito da Secretaria da Fazenda, o que somente ocorreu em 31.08.2015. 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 o início da ação fiscal. Na fiscalização de transito 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. Apesar de constar nos autos um "Termo de Visita Fiscal", o mesmo foi emitido em 04.11.14 (fl.02), o contribuinte somente tomou conhecimento do correspondente Auto de Infração, 23.10.15. Deste modo, o valor de R\$ 141.416,46 cobrado antes do julgamento passou a ser de R\$ 10.445,17, posterior ao julgamento, pelo que, por força do art. 169 do RPAF, foi apresentado Recurso de Ofício nos presentes autos. (fl.31), quase 1 ano depois. Apesar da dispensa da lavratura dos Termos de início de Fiscalização quando da lavratura de Auto de Infração em decorrência do descumprimento de obrigação acessória (art. 29, II, RPAF BA), não pode ser considerado sequer razoável tal lapso temporal, sem ofensa aos direitos do contribuinte e ofensa ao devido processo legal. Nesse mesmo sentido, o Regulamento do Processo Fiscal estabelece que o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, sendo o caso (§ 1º do art. 28, do RPAF BA). Portanto, no caso presente, houve vícios jurídicos de monta, capazes de tornar nula a exigência. Todavia, considerada a possibilidade da decisão no mérito, em favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, conforme o parágrafo único do art. 155, RPAF BA, a exigência é improcedente, considerando que o Auto de Infração nesse sentido é improcedente. O Decreto nº 15.352/14, disciplina a comercialização neste Estado de Água Mineral Natural em vasilhames de vinte litros obrigando o uso do Selo Fiscal nos recipientes envasados a partir de 01/10/2014, permitindo, no entanto, a comercialização, neste estado, dos vasilhames envasados antes de 01/10/2014, até 31/10/2014. No exercício da atividade econômica de comércio varejista dos produtos, portanto, o autuado poderia comercializar os vasilhames de água mineral sem o selo fiscal, até 31.10.2014. A situação tributária imputada ao autuado não se observa, a partir do exame dos documentos acostados aos autos: "o contribuinte envasou para comercialização ou comercializou". O emitente das respectivas Notas Fiscais Eletrônicas nos 8.720, 8.763 ou 8.751 (fls. 15/20) é quem poderia envasar o produto; o autuante não acostou qualquer prova de que o contribuinte comercializou a água mineral sem o selo fiscal e tão somente que encontrou 1.500 unidades dos vasilhames, quantidade até mesmo contestada pelo autuado. Neste passo, a infração não se materializou. Constatamos não ter restado comprovado nos autos, que o autuado estaria comercializando ou teria comercializado os vasilhames com vinte litros de Água Mineral, sem o uso de Selo Fiscal no lacre, conforme consta da acusação fiscal, após o prazo legal de 31/10/2014.

Após o referido julgamento de piso e considerando a desoneração ocorrida, a Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em face da desoneração determinada pela 1ª JJF que considerou Improcedente o Auto de Infração em tela.

A questão posta não é nova e já tem inúmeros julgados do CONSEF no mesmo sentido.

Analisando-se tudo que consta nos autos, noto que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal concorda com a conclusão de afastar a nulidade e adentrar ao mérito da questão para julgar o auto totalmente improcedente.

No que diz respeito à nulidade ventilada no julgamento, há de se observar que o Auto de Infração foi emitido utilizando-se o modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4). Nesta situação, o fiscal autuante, deve lavrar o flagrante, apreendendo ou não as mercadorias ou documentos que comprovam a ocorrência da infração à legislação tributária. Apesar de constar nos presentes autos "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado. Nos autos ora em discussão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, pois a acusação fiscal que se discute nesses autos é de que o contribuinte envasou para comercialização água mineral natural sem a utilização de selo fiscal. Além disso, nota infringência ao art. 28 do RPAF pois o procedimento foi encerrado muito tempo depois dos 90 dias estipulados. Assim, é correto o julgamento de piso por considerar o Auto de Infração totalmente nulo.

Contudo, por permissivo expresso do RPAF, em seu artigo 155, deve o julgador adentrar o mérito da demanda quando a infração puder ser julgada improcedente, como bem fez a 1ª Junta Julgamento Fiscal.

Quanto ao mérito, o Decreto nº 15.352/14 obriga o uso do Selo Fiscal nos vasilhames de vinte litros de Água Mineral Natural envasados a partir de 01/10/14 e permite a comercialização até 31/10/14 dos vasilhames envasados antes de 01/10/14, assim sendo, exige-se a prova material de que o contribuinte efetivamente estaria comercializando ou teria comercializado os vasilhames com vinte litros de Água Mineral, sem o uso de Selo Fiscal no lacre. Some-se a isso que o DANFE de fl. 07 aponta data anterior à 31/10/14, e além disso, o emitente dessas notas fiscais é quem poderia envasar ou comercializar os vasilhames, o que reforça a inexistência da imputação, como bem apontado pela Junta.

Deste modo, entendo que não merece reparo o julgamento de piso por não ter restado comprovado nos autos a desobediência aos prazos de comercialização dos produtos sem o selo fiscal no lacre.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232418.1103/14-9**, lavrado contra **I C OST DE OLIVEIRA – ME (PRADO GÁS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS