

A.I. Nº - 216963.0504/14-2
AUTUADO - PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - MARCIO LUIZ VIANA SANTOS
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.02.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-01/16

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 e em observância às regras de direito formal. Nulo o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/05/2014, sob a seguinte acusação: "*Falta de recolhimento do 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*". Valor R\$76.970,05 e multa de 60%.

Consta ainda no campo descrição dos fatos: "*falta de recolhimento de ICMS relativo às entradas, no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais abaixo listados, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes. Operação de Circulação de Mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Confirmação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização - Anexo - Constatação de Eventos. 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.*"

O advogado do sujeito passivo apresenta impugnação, fls. 35/43, deduzindo pela nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o lançamento indevido do crédito tributário, da desconsideração dos pagamentos realizados e a existência de notas fiscais canceladas.

Aduz que a autoridade administrativa para lançar tributos deve basear sua conclusão na análise primorosa de todas as hipóteses que entendeu desconsiderar. Diz que foram canceladas as notas fiscais eletrônicas de nº 1211370 e 1211247.

Afirma que o preposto fiscal não observou os recolhimentos realizados, anexando para tanto as GNRE,s e os DAE,s, além das planilhas constando os lançamentos efetuados. Argúi que não foi intimado para apresentar tais recolhimentos, e a autuação incorreu em cerceamento do direito de defesa, causando insegurança na determinação da infração. Transcreve para respaldar sua tese decisão do CAT (Conselho Administrativo Tributário) goiano.

Argumenta que a multa é confiscatória, nos termos do ADI 551, do STF, atentando contra o patrimônio do contribuinte. Cita o Ministro Marco Aurélio, ao consignar que "*as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal*".

Diz que a multa incidente no percentual de 60% do tributo supostamente inadimplido afronta a Carta da República ao criar uma pena desproporcional ao fato tido por contrário à lei.

Finaliza, pedindo seja declarado nulo o presente Auto de Infração pela insegurança na sua determinação ou seja a autuação considerada improcedente.

A Informação Fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal José Oliveira Souza, fl. 118. Diz que foi feito o levantamento de todos os pagamentos apresentados pelo autuado, ficando comprovado que os mesmos constam no sistema de arrecadação da SEFAZ/BA, o que supre parcialmente os itens da autuação.

Sugere que a exigência seja modificada, reduzindo de R\$76.970,05 para R\$13.002,35 com a exclusão de R\$63.967,70, conforme demonstrativo juntado (fl. 119).

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 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 cálculo 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 autuações 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"*.

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.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 216963.0504/14-2**, lavrado contra **PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “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.

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de fevereiro de 2016

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR