

A. I. Nº - 232418.1103/14-9
AUTUADO - I C OST DE OLIVEIRA (PRADO GÁS) - ME
AUTUANTE - ELIALDO ANDRE DA ROCHA
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/05/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-01/16

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. Constan 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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/11/2014, exige multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$135.000,00, além da multa de 60%, em razão da irregularidade, a seguir descritas: *"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"*.

Consta ainda que foi aplicada a multa fixa sobre 1500 galões de marca Açai, sem selo fiscal, conforme consta no Termo de Visita Fiscal apensado a este auto.

O autuado apresenta defesa (fls. 36/48), através do seu advogado, com Procuração (fl. 49), alega, preliminarmente, a tempestividade das alegações e os vícios na presente autuação.

Diz que o Auto de Infração foi emitido em modelo desenvolvido na fiscalização de trânsito (modelo 4); em tal procedimento, deve o agente fiscal, constatado a conduta infracional, lavrar o flagrante, verificar a necessidade de apreender mercadorias e documentos, e por fim, impõe a exigência fiscal em relação ao ato que presenciou.

Acusa que apesar de constar um Termo de Visita Fiscal, o mesmo não pode ser utilizado para fundamentar o procedimento fiscal adotado, uma vez que caberia adoção do procedimento próprio da fiscalização de estabelecimentos, pois a acusação é que o autuado comercializou água mineral sem a utilização do selo fiscal.

Diz que não houve a instantaneidade no procedimento fiscal. A operação foi realizada em 04 de novembro de 2014 e o autuado somente tomou conhecimento em 23 de outubro de 2015; diz que o Auto de Infração não foi emitido em três vias e não consta a assinatura do autuado, o que torna ilegal o procedimento adotado na lavratura do Auto de Infração, em desacordo com o art. 44 do RPAF - 99. Transcreve em apoio a sua tese, o Acórdão nº JJF 0191.

Pede a nulidade da autuação pelos vícios acima, considerados insanáveis.

No mérito, diz que o autuado é uma microempresa, optante pelo Simples Nacional inexistente o fato gerador do fato alegado, pois o estabelecimento autuado recebeu a visita fiscal, em 04 de

novembro de 2014, sendo autuado por estar supostamente comercializando vasilhames de água mineral e em desatendimento ao artigo 42, XXVII, da Lei nº 7.014/96.

Observa que não houve a ocorrência do tipo, que enseje a multa prevista no dispositivo, qual seja, *"envasar ou comercializar água mineral sem o devido selo fiscal"*. Explica que o Decreto nº 15.352, de 08 de agosto de 2014 trouxe a obrigatoriedade do uso de selo fiscal em vasilhames de 20 litros que contenham água mineral. Contudo, considerando a burocracia e logística das empresas distribuidoras e comercializadora do referido produto, foi fornecido tempo hábil para que os vasilhames tivessem de ser envasados sem o selo antes de 01.10.2014 e aos comerciantes até o dia 31.10.2014. Defende que todos os comerciantes passariam pela situação em que adquiririam água mineral envasada até o dia 30.09.2014 sem selo fiscal e teriam até o dia 31.10.2014 para realizar as vendas desses produtos sem o selo fiscal.

Explica que a ACAÍ EMPRESAS DE MINERAÇÃO LITORANEA forneceu produtos no mês de outubro na modalidade de comodato; dessa forma, o autuado receberia o produto sem o selo fiscal e o que não fosse vendido até 31.10.2014 seriam descartados.

Diz que os produtos não foram comercializados, estavam no depósito do estabelecimento autuado, aguardando a autorização da empresa fornecedora para que fosse feito o descarte. Aduz que o próprio Auto de Infração não faz menção à comercialização ou tampouco carrega aos autos quaisquer provas, nesse sentido.

Em sentido, contrário, argumenta, que consta nos autos diversos e-mails entre o inspetor fiscal da IFTM SUL, Francisco Alberto Moraes Neto e o Gerente da SAT/DPF/GETRA, Eraldo Santana, que comprova todo o alegado de que os produtos estavam em estoque, indisponíveis pra comercialização. Transcreve trecho desse e-mail, aduzindo que o mesmo comprova que os vasilhames foram engarrafados dentro do prazo legal de até 30/11/2014 e de que os produtos estavam no estoque da empresa. Não houve menção de que os produtos tivessem sido comercializados.

Transcreve diversas decisões do CONSEF dando pela improcedência da exigência, aduzindo que não incorreu no tipo descrito na legislação.

Insiste que a quantidade de 1500 garrações de água mineral que foram autuados pelo fiscal, motivo da multa de R\$ 90,00 por cada, implicou o total de R\$ 135.000,00. Essa era a quantidade de garrações que a empresa possuía e não a quantidade de garrações cheios que existia naquele dia. Argumenta que adquire a água mineral, no Estado do Espírito Santo; de modo que tinha sempre 750 vasilhames sendo comercializados e outros 750 vasilhames em transporte para abastecimento no fornecedor. Conclui que a quantidade máxima de vasilhames que a empresa autuada poderia ter no máximo de 750, caso a fiscalização tivesse ocorrido na data do recebimento da mercadoria, o que não ocorreu.

Diz que no dia da fiscalização, 04/11/2014, a empresa possuía uma quantidade não superior a 50 unidades, conforme tabela que exhibe, mostrando que a autuada adquiriu em Outubro de 2014, 1.865 águas minerais e vendeu 1.872.

Aduz que tal fato reforça a argumentação da empresa autuada de que não houve comercialização, uma vez que, por simples lógica, impossível seria que no momento da visita fiscal, o preposto constataste a venda de 1.500 águas minerais, em especial, por tratar-se a empresa autuada de microempresa, com capital de R\$ 20.000,00 e localizada na periferia de uma cidade do interior do Sul Baiano, que auferia mensalmente valores baixíssimos.

Discorre sobre a suspensão da exigibilidade de multa desse Auto de Infração, conforme disciplina o art. 151 do CTN.

Pede a nulidade, a improcedência do Auto de Infração, pela inexistência do fato gerador; aplicação da multa sobre a quantidade real de vasilhames cheios existentes no dia da visita fiscal, qual seja, 50 unidades.

A Informação Fiscal é prestada à fl. 97. O Agente Fiscal destaca, tendo em vista argumentações, documentos e decisões do CONSEF que foram acostadas aos autos, firmou entendimento pela improcedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

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 inexistente 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 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.

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

(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. Constatado 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.

Em face de tais considerações, a exigência contida no presente Auto de Infração não subsiste e o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

É o voto

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232418.1103/14-9**, lavrado contra **I COST DE OLIVEIRA (PRADO GÁS) – ME**.

Esta Junta 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR