

A. I. Nº - 232195.1059/16-8
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO ME
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT/DAT - METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 31.10.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-06/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Termo de ocorrência inválido, não materializa fiscalização de mercadorias em trânsito. Não cumprimento do devido processo legal. Nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/04/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$29.124,36 (vinte e nove mil, cento e vinte e quatro reais e trinta e seis centavos) acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, código nº 54.05.08, decorrente da falta de recolhimento do imposto, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Em sua defesa, o sujeito passivo, por intermédio de seu procurador, documento acostado à fl. 28, apresenta defesa tempestiva, fls. 20 a 26, alegando, em preliminar, cerceamento do direito de defesa, por não ter havido cumprimento das formalidades previstas na legislação tributária estadual e que, sendo assim, faz incidir a norma prevista no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999 (RPAF).

Aduz que todas as decisões e atos administrativos que tenham repercussão na esfera de direitos do contribuinte, deverão ser comunicados de acordo com o figurino legal e, para fundamentar essa assertiva, invoca dispositivos do RPAF, quais sejam, o inciso VII do artigo 39, artigo 123 e 108. Afirma que a ausência do pressuposto processual que valide os atos seguintes ao da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento faz incidir o expediente do inciso II do art. 18 do RPAF, por sério comprometimento do direito à defesa que o contribuinte faz jus.

Dessa forma, requer, que este douto Conselho, chame o feito à ordem, para declarar nulos os atos processuais realizados sob a égide do cerceamento do direito de defesa, conforme supramencionado, ou, se assim não entender, que determine o saneamento dos autos com a reabertura do prazo de defesa, a fim de que o solicitante tome as providências legais cabíveis.

Em seguida ao pedido de reabertura do prazo de defesa, o impugnante questiona a competência legal da autuante para constituição de crédito tributário por meio de lançamento de ofício com lavratura de autos de infração. Entende tal competência, nos termos do inciso II do artigo 7º da Lei Estadual nº 8.210/02, é privativa do auditor fiscal e, assim sendo, o presente procedimento deve este ser declarado NULO, com base no art. 18, I do RPAF. Além da incompetência do agente, o defendente também alega, invocando o disposto no art. 44 do RPAF, que o preposto fiscal não

disponibilizou todos os papéis de trabalho necessários à confecção da impugnação, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa.

O impugnante continua sua peça defensiva, registrando que, se não bastam os vícios assinalados retro, também merece destaque o fato de não terem sido entregues ao contribuinte os documentos fiscais que serviram de lastro à identificação da base de cálculo. Acrescenta que não há nos autos elemento ou documentação que demonstre com exatidão os valores lançados em planilha pelo auditor autuante, não restando dúvida quanto à necessidade de aplicação do expediente previsto no inciso IV do artigo 18 do RPAF.

No mérito, aduz que, nos moldes instituídos pelo Estado da Bahia, a antecipação tributária carece de compatibilidade constitucional, pois, impõe ao contribuinte a responsabilidade pelo recolhimento de tributo de forma presumida. Destaca que a imposição tributária previa tão somente que o contribuinte recolhesse antecipadamente o ICMS para o Estado da Bahia, caso contrário, teria que recolher o respectivo tributo acrescido das multas regulamentares. O que se observa é que o contribuinte não foi oportunizado para efetuar o referido recolhimento. Entende que o regramento da antecipação tributária não é bem esclarecido na legislação e que o fisco ainda tenta frustrar as perspectivas comerciais do contribuinte, com medidas arbitrárias e inconstitucionais, isto é, a imposição de meios oblíquos em favor da arrecadação.

Acredita o autuado que sem a mudança de titularidade e sem o ingresso jurídico do bem no território estadual, impossível se falar em exigência tributária, principalmente quando se está diante de imposição concomitante de multa fiscal, já que não há clareza quanto a que “território” a legislação tributária quis se referir, se o fiscal, com o trânsito a partir da primeira barreira fiscal, ou territorial.

Em seguida, solicita o defendente que a impugnação apresentada seja integralmente acatada, mas na hipótese da nobre junta entender por manter incólume a autuação vergastada, requer a redução da multa aplicada de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Na informação fiscal, fls. 34 a 36, o autuante transcreve a infração e registra que o início da ação fiscal partiu de uma obrigação vinculada, em cumprimento do dever funcional e em respeito à determinação da Superintendência de Administração Tributária - SAT - Central de Operações Estaduais - COE, mediante Mandado de Fiscalização, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208, de 13 de novembro de 2012. Tal diploma legal dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, com base em documentos fiscais eletrônicos enviados pela COE, conforme arts. 1º e 2º que transcreve.

Aduz que a ação fiscal foi desenvolvida em obediência à determinação de um decreto do governador, que tem por escopo o combate à sonegação. Rechaça a argumentação do contribuinte de que o lançamento não é válido, asseverando que na peça vestibular está consignado, no campo próprio, a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, além da base de cálculo (que o contribuinte alega que houve vício na sua identificação) onde consta a relação dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas (DANFE) e a descrição das mercadorias objeto da autuação.

Prossegue invocando as disposições sobre o assunto contidas na Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, que atribui competência ao agente de tributos para constituição do crédito. Afirma que não houve cerceamento do direito de defesa e complementa que não é razoável o contribuinte querer impor as suas normas em detrimento das normas legais de qualquer natureza. Diz ser importante ressaltar que o autuado busca de todas as formas não pagar nada e excluir a multa, que é obrigatória, estando “amparada” no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96. Afirma que querer desconsiderar a ação fiscal seria mudar, pela vontade do contribuinte, todo o procedimento instaurado através de lei, resultando em uma verdadeira desorganização administrativa.

Conclui dizendo não haver como sustentar os argumentos do autuado, relativos à sua competência funcional para efetuar o lançamento do tributo devido, devendo o Auto de Infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

Em 25/08/16, o contribuinte protocola nova defesa nos mesmos termos da anterior, fls. 40 a 45, se insurgindo contra a autuação, afirmando novamente que houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que não foram disponibilizados todos os papéis de trabalho necessários à confecção da impugnação.

Em adicional, assevera que apesar de se tratar de Auto de Infração, Modelo 4 - Trânsito, não se pode afirmar que se trata de infração constatada no trânsito de mercadorias. Destaca que o Termo de Ocorrência Fiscal não contém assinatura do autuado e nem do detentor das mercadorias, além de não registrar a data real da entrada das mercadorias no Estado. Salienta que diferentemente do que consta no Termo de Ocorrência Fiscal, essa não se verificou no trânsito, mas em data anterior, cuja exigência fiscal deveria ocorrer mediante fiscalização realizada em estabelecimento.

Ressalta que, nos termos da legislação vigente, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu na presente situação. Por fim, reitera o pedido de que na hipótese de manutenção da presente autuação, sobre a qual solicita a total impugnação, que seja reduzida a multa aplicada de forma exorbitante.

VOTO

Verifico que o auto de infração aponta a falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, relacionadas nas Notas Fiscais Eletrônicas, cujas cópias dos Documentos Auxiliares (DANFE) estão acostadas às fls. 13 a 15. Na descrição da infração está consignado que as mercadorias foram adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no § 2º do art. 322 do Regulamento do ICMS, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mesmas no estabelecimento.

O autuado, ao argui a nulidade do presente Auto de Infração, além de questionar a competência legal do autuante para constituição de crédito tributário mediante lançamento de ofício com lavratura de auto de infração, alega cerceamento do direito de defesa, tendo em vista não lhe ter sido disponibilizado todos os papéis de trabalho necessários à elaboração de sua impugnação, bem como considera ser o procedimento adotado na ação fiscal incompatível com a fiscalização no trânsito de mercadorias. De resto, salienta que o documento intitulado “Termo de Ocorrência Fiscal”, lavrado para fundamentar o referido procedimento, além de não estar assinado pelo autuado, consta nele data diferente da real data de entrada das mercadorias no Estado.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa. Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

No caso concreto, verifico que apesar do Auto de Infração ter sido lavrado por preposto competente, nos termos da Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Verifico que, efetivamente, para legitimar a ação fiscal, a autuante acostou às fls. 05 e 06 o Termo de Ocorrência Fiscal. Entretanto, constato que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento.

Com efeito, apesar do Termo de Ocorrência Fiscal indicar o autuado como detentor das mercadorias e nomeá-lo como depositário, não se constata no documento a assinatura do

autuado, consta apenas a assinatura da autuante. Além de maculado com o vício da falta de assinatura do autuado, o referido termo apresenta inconsistência relativa à data de lavratura. Com relação a esse quesito, verifica-se que no Termo de Ocorrência, fl. 05, está registrada, como data da lavratura, a data de 30/03/2016. Já no Auto de Infração, a data registrada é 14/04/2016. Constatase aí uma divergência de quinze dias, situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se comprova nessa situação.

Entendo que a ausência de assinatura no Termo de Ocorrência Fiscal indica que não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal, o que, forçosamente, nos leva a concluir que o Auto de Infração nasceu sem qualquer respaldo legal para ter sustentação, vez que afrontou, claramente, o princípio constitucional da ampla defesa.

Desta forma, no que pese na sua informação o autuante alegar que a ação fiscal partiu de uma obrigação vinculada em cumprimento a um Mandado de Fiscalização, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208/12, verifico que a autoridade fiscalizadora não agiu, conforme se obriga, nos estritos termos da legislação e não observou a garantia constitucional do devido processo legal, umbilicalmente relacionada a todo procedimento administrativo que se procura reputar adequado.

Diante de tal constatação, considero que o lançamento é nulo, posto que, foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com observância de todas as formalidades legais, além de ter sido acostado aos autos documentos sem assinatura do autuado, que não se prestam para legitimar a ação fiscal. Ao se verificar a ocorrência de tais fatos, não se pode deixar de destacar que no desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, bem como as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Registro que, em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos JJF Nº 0079-02/15, 0083-02/15, 0099-04/15 e 0193-05/15.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas nesse CONSEF, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e, nos termos do art. 21 do RPPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.1059/16-8**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO ME**. Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR