

PROCESSO - A. I. Nº 210727.1071/16-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALEXANDRE LOPO PINTO (SNIPER ARMAS E MUNIÇÕES) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 6ª JJF nº 0093-06/16
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-12/17

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, INFAZ Varejo, para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 6ª 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\$135.597,82, Acórdão JJF Nº 0093-06/16, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

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

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 na Nota Fiscal Eletrônica, cuja cópia do Documento Auxiliar (DANFE) está acostada à fl. 07. 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 argui a nulidade do presente Auto de Infração alegando 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 o fato de o procedimento adotado na ação fiscal ser incompatível com a fiscalização no trânsito de mercadorias e, ainda, 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 o Auto de Infração 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. 04 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 entrada da mercadoria no estado. Com relação a esse quesito, verifica-se que no demonstrativo de débito, acostado à fl. 02, está registrada, como data da ocorrência, a data de 30/12/2015. Já no Auto de Infração e no Termo de Ocorrência Fiscal a data registrada é 04/03/2016. Constata-se aí uma divergência de três meses, 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. Observa-se a existência de fato pretérito em que caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a destinação das mercadorias adquiridas.

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 a 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, além de ter sido 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, observo que foram acostados aos autos documentos sem assinatura do autuado, que não se prestam para legitimar a ação fiscal. Diante 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.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 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

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 6ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: *Falta de recolhimento de ICMS referente a 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. Consta na descrição dos fatos informações complementares: Ação Fiscal originária da SAT, COE –Central de Operações Estaduais. Mandado de Fiscalização nº 2399478000161-2016131.*

O autuado argui a nulidade do presente Auto de Infração alegando 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 o fato de o procedimento adotado na ação fiscal ser incompatível com a fiscalização no trânsito de mercadorias e, ainda, 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.

Consta dos autos: Memória de Cálculo, Termo de Ocorrência Fiscal, Termo de Fiscalização,

resumo para Constituição de Crédito Tributário, Constatação de Eventos do Trânsito de Mercadorias e cópia do DANFEs de nº 302.320 (fls.07 a 18).

De plano, observa-se que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e que o preposto do Fisco é Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no RPAF BA (Decreto nº 7.629/99).

A fiscalização de trânsito ocorre 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, competência para a autuação 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. Constatou que, apesar da data da lavratura do Auto de Infração constar 04/03/2016, o demonstrativo da base de cálculo acostado aos autos (fl. 02), discrimina operação ocorrida em 30/12/2015.

Constatou que a ausência de assinatura no Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 12), indica que não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal, o que, forçosamente, 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.

Da análise dos fatos contidos nos autos presentes, comungo com o entendimento externado pelos julgadores de Primeira Instância administrativa, uma vez que os atos foram praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, gerando incerteza na lavratura do presente Auto de Infração, os quais apresentam vícios que considero insanável, impondo a nulidade da autuação, com base no art. 18, I, do RPAF/BA.

Recomendo, nos termos do Art. 21 do RPAF-BA/99, a autoridade competente, INFAZ Varejo, para análise e possibilidade de determinar a nova ação do procedimento fiscal pela fiscalização, a salvo de falhas.

Diante destes fatos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 210727.1071/16-2, lavrado contra ALEXANDRE LOPO PINTO (SNIPER ARMAS E MUNIÇÕES) – ME. Representa-se a autoridade competente, INFAZ Varejo, para análise e possibilidade de determinar a nova ação do procedimento fiscal pela fiscalização, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

MAURICIO SOUZA PASSOS- RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS