

PROCESSO - A. I. Nº 211323.1175/16-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ELÉTRICA LIDER LTDA. – ME (BARREIRAS TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA. – ME)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JF nº 0070-02/17
ORIGEM - IFTM – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0356-11/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “Fiscalização de Mercadorias em Trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV “a” do RPAF/BA. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JF, conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 03/12/2016 que exige o ICMS no valor de R\$135.326,96 mais multa de 60%, sob acusação do cometimento da seguinte infração: **54.01.03** - Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado e constando na descrição dos fatos:

“Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais Resumo para Constituição de Crédito Tributário, Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos do Trânsito das Mercadorias, em razão da Antecipação Parcial e ou Total do ICMS das operações subsequentes Operação de circulação de mercadorias constatadas nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias, preconizados no Ajuste SINIEF 05 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias e seguindo o Princípio do Direito “in dubio pro reo”, foi considerado como data da ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Relativo a Mandado nº 704496100014720161116.”

Na Decisão proferida pela Primeira Instância foi fundamento que:

Pelo que consta no Auto de Infração a acusação é de: “Infração 54.01.03 – Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.”

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal tomou por base os DANFes constantes no demonstrativo intitulado “03 ANEXO AO TERMO DE FISCALIZAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EVENTOS DO TRÂNSITO DAS MERCADORIAS”, emitido pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização – COE – Central

de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias – SEFAZ- BA (fls.07 a 85), e a ação fiscal lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal de fl.06, devidamente assinado pelo autuado.

Cabe consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Neste processo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, vislumbro que, o mesmo não se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, visto que não houve apreensão das mercadorias, e por via de consequência não foi lavrado o correspondente Termo de Apreensão.

Verifico que o modelo do Auto de Infração adotado, no caso em concreto, é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e o preposto do Fisco é Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa é delimitada em Lei Estadual e no RPAF/BA, art. 41, I (Decreto 7.629/99): constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

Ressalto que 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.

Portanto, 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, nem mesmo quando o lançamento foi efetivado pela Inspetoria Fiscal de Mercadorias em Trânsito – IFMT SUL, 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.

Ressalto que o Auto de Infração foi lavrado em 03/12/2006, enquanto que o Termo de Ocorrência Fiscal foi emitido em 05/12/2016, data em que o autuado foi cientificado do início da ação fiscal.

Verifico que, apesar de a data da lavratura do Auto de Infração constar 03/12/2016, o início da ação fiscal se deu em 05/12/2016, conforme Termo de Ocorrência Fiscal à fl.06 e documentos de fls.07 a 30, depois, portanto, do momento da ação fiscal no suposto trânsito de mercadorias; o demonstrativo da base de cálculo da infração, acostado aos autos (fls. 31 a 85), discrimina a emissão e os números dos documentos fiscais, valores, chaves operações ocorridas em diversos momentos, ou seja, em diversos meses dos anos de 2012 e 2013, incompatíveis com a situação pontual que caracteriza a fiscalização no trânsito de mercadoria, inclusive com a data de ocorrência constante do demonstrativo de débito do auto de infração (03/12/2016).

Aliás, o próprio documento emitido pela Superintendência da Administração Tributária - Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE – Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias – SEFAZ – BA., ao autorizar fiscalização no estabelecimento do autuado ou o Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 06), firmando expressamente que não se consegue identificar a data da real da entrada no Estado das citadas mercadorias, o que evidencia tratar-se de Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, apesar de contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional, e o autuante possuir competência para executar a ação fiscal.

O autuado encontra-se inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, com opção pelo regime do Simples Nacional, e poderia ser fiscalizado por agente de tributo estadual, tanto no trânsito das mercadorias como no próprio estabelecimento, sendo, portanto, competente na realização desse tipo de procedimento fiscal.

Contudo, ao examinar as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, 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 um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

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 de constar à fl.03, um “Termo de Ocorrência Fiscal”, não houve apreensão das mercadorias, e por isso, o termo não serve de prova que a ação fiscal se deu no trânsito das mercadorias, ou seja, não serve de qualquer suporte para os fatos que foram transcritos no Auto de infração e não existe no mundo jurídico.

Portanto, no caso presente, estamos diante de um vício jurídico capaz de tornar nula a exigência, ou seja, a lavratura do Termo de Apreensão tem por objetivo “documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”. É através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato ocorrido no trânsito. Conseqüentemente, se não existe um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, como consta no presente PAF, de forma válida, não há prova material da infração.

Nestas circunstâncias, considerando que a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias não pode prosperar, posto que, decorreu de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, caracterizando equívocos na descrição da exigência, formulação da materialidade, na base de cálculo do ICMS apurado, comprometendo o lançamento tributário por vício insanável, bem como todos os atos subsequentes de formação da relação jurídico-tributária, seja o lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário, a inscrição de dívida ativa, etc.

Represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, como dispõe o art. 21 do RPAF/99, em fiscalização de estabelecimento.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 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

O Auto de Infração acusa Falta de Recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme preconiza Art. 8º. § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 c/c art.332, inciso III, alínea “a” do Decreto nº 13.780/12.

Na Decisão proferida pela 2ª JJF, foi fundamento que o lançamento de ofício não preenche todas as formalidades legais, por constatar vício insanável na consecução do lançamento, em razão da utilização do Auto de Infração Modelo “4”- Trânsito, pois a infração no trânsito de mercadorias não ocorreu, visto que não houve a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias.

Pela análise dos documentos colacionados verifico que o preposto fiscal é Agente de Tributos Estaduais, portanto revestido de competência para o exercício de fiscalização de trânsito assim como nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

Contudo, no caso em tela verifico que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 03/12/2016 conforme fl. 03, em desconformidade com a ciência da autuação por parte do contribuinte, que se deu em 05/12/2016, também observo que o autuante assevera trânsito de mercadorias conforme fl. 07 a 30 onde constar “03-Anexo ao Termo de Fiscalização - Constatação de Eventos do trânsito das Mercadorias” consignando Notas Fiscais de ano calendário de 2012 até 31/12/2013, incompatível com a verdade material da autuação, inclusive no Demonstrativo do Auto de Infração ocorrido em 03/12/2016.

Verifico também, em que pese o Autuante ter competência para o desenvolvimento dos trabalhos junto ao contribuinte sob regime do Simples Nacional, inexistente clareza na apuração dos fatos geradores do crédito tributário, dados as motivações a seguir elencadas:

- a) Emissão do demonstrativo “03 ANEXO AO TERMO DE FISCALIZAÇÃO CONTRATAÇÃO DE EVENTOS DO TRÂNSITO DAS MERCADORIAS”; onde demonstra os diversos ingressos de mercadorias nos períodos de 2012 e 2013, divergindo de uma única ocorrência apontada pelo

autuante;

- b) Termo de Ocorrência Fiscal fl. 06, não demonstra qual foi a efetiva data de ingresso das mercadorias no estado;
- c) Ausência da apreensão de mercadorias consignada do Termo de Ocorrência;
- d) Incerteza quanto a data de ocorrência dos fatos alegados pelo autuante, senão vejamos em suas peças de autuação, constando no Registro do Termo de Apreensão e Ocorrências 03/12/2016 como data de Lavratura e 05/12/2016 como ciência da autuação;

Constato que autuação contém vícios que afetam a eficácia e lançamento do crédito tributário e impedem de prosperar, tendo em vista que decorreu em estabelecimento da autuada, e visível os equívocos na descrição dos fatos da exigência fiscal portanto comungo com a Decisão de Primeiro Piso.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 211323.1175/16-6, lavrado contra **ELÉTRICA LIDER LTDA. – ME (BARREIRAS TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA. – ME)**. Representação à autoridade fazendária competente para determinar a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDVALDO ALMEIDA DOS SANTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR DA PGE/PROFIS