

A. I. N° - 211323.1175/16-6
AUTUADO - ELÉTRICA LIDER LTDA. – ME (BARREIRAS TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA. – ME)
AUTUANTE - SALVADOR CATARINO DE CARVALHO JÚNIOR
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0070-02/17

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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado na IFMT Sul em 03/12/2016, 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, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e documentos às fls. 06 a 86.

Consta 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 dúvida pro reo”, foi considerado como data da ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Relativo a Mandado nº 704496100014720161116.”*

O autuado foi cientificado da autuação pessoalmente em 05/12/2016 (fl.01), e em 04/10/2012, através do Processo SIPRO n° 001305/2017-0 (fls.90 a 92), por intermédio de seu Sócio Administrador, apresentou defesa contra a autuação, solicitando a revisão dos valores apurados e cobrados no Auto de Infração; acostou às fls.94 a 107 planilhas com os cálculos de Apuração do ICMS cobrado

por Antecipação e Substituição Tributária, conforme ocorrências e quadro abaixo dos valores que entende devidos:

- I. Notas Fiscais com produtos Isentos de ICMS conforme Convênio 101/97, alterado pelo Convênio 10/2014.
- II. Notas Fiscais com ICMS Substituição Tributária, já recolhida por antecipação via GNRE.
- III. Desmembramento dos Produtos entre Antecipação Parcial e Substituição Tributária.
- IV. Aplicação de MVA correto de acordo com cada produto, utilizando o Anexo I do RIMCS/BA, conforme ano de vigência.

INFRAÇÃO 54.01.03- Icms Antecipação Parcial e ICMS ST. RECOLHIDO GNRE	R\$ 5.343,14
INFRAÇÃO 54.01.03- Icms Subst. Tributária	R\$ 4.865,40
INFRAÇÃO 54.01.03- Icms Antecipação Parcial	R\$ 24.073,98
05-RESUMO E 13 LISTA C/DANFE	R\$ 7.958,33
INFRAÇÃO 54.05.04	R\$ 5.741,82
INFRAÇÃO 54.05.08	R\$ 2.573,99
INFRAÇÃO 54.05.04 - Icms Subst. Tributária	R\$ 8.593,92
05-RESUMO E 13 LISTA C/DANFE -ICMS ST	R\$ 31,10
TOTAL	R\$ 59.181,68

Na informação fiscal à fl.85, em relação à alegação do sujeito passivo de que havia recolhido parte do ICMS cobrado, o autuante informa que, após verificação dos pagamentos junto ao Sistema de Arrecadação da SEFAZ, foi verificado que o contribuinte não recolheu o imposto devido, conforme as páginas 86, 87 e 88 dessa informação fiscal.

Aponta que em anexo à página 110 está o demonstrativo relacionando aos pagamentos efetuados pelos remetentes de mercadorias destinadas ao autuado.

Além disso, esclarece que após verificação de todos os pagamentos acostados a este processo, ficou constatado um valor total de R\$11.078,16, recolhido pelo autuado, que será descontado no valor do imposto lançado no auto de infração, conforme DEMONSTRATIVO DE PAGAMENTO, página 110 anexada a esta informação fiscal.

Diante do exposto, conclui que após análise da alegação apresentada pelo contribuinte, do exame dos documentos acostados ao presente PAF, bem como da legislação do ICMS, afirma que são parcialmente procedentes os valores apurados no presente processo, no total de R\$124.248,80 (R\$135.326,96-R\$11.078,16).

VOTO

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 inicio 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar NULO o Auto de Infração nº 211323.1175/16-6, lavrado contra **ELÉTRICA LIDER LTDA. – ME (BARREIRAS TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA. – ME)**.

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.

Representação à autoridade fazendária competente para determinar a instauração de procedimento fiscal complementar na forma consignada pelo Relator.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR