

PROCESSO - A. I. Nº 161739.0029/17-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRASKEM S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0165-05/17
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0190-12/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Foi constatado que o presente lançamento de ofício contém vícios que atingem de forma vital a sua validade, na medida em que não ficou confirmada a ação fiscal no trânsito de mercadorias, configurando a edição de ato administrativo do lançamento de ofício fora da esfera de atuação do preposto fiscal, tornando-o incompetente para a constituição do presente crédito tributário, veiculado no Auto de Infração em exame, em clara afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no RPAF/BA. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, em fiscalização de estabelecimento, a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão que julgou pela Nulidade do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/04/2017, para exigir recolhimento do imposto no valor de R\$257.099,18, bem como multa no percentual de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, pela constatação da seguinte infração: - 56.01.01 - *Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por unanimidade, com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito:

“VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, trata da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

A lide se instala com a impugnação ao lançamento de ofício, ora em tela, e exige, ainda que não arguida pelo impugnante, a análise preliminar quanto ao cumprimento do devido processo legal, necessário à validade do presente processo administrativo tributário. Tal exame envolve, inicialmente, a análise da competência do agente, a forma, motivo, objeto e finalidade do ato administrativo do lançamento de ofício, pertinentes a atuação deste Contencioso Administrativo Tributário, quando efetua a etapa, sob sua competência, do controle da legalidade.

Ao iniciar o exame pontual dos elementos de validade do ato administrativo em tela, verifico a existência de vício insanável no lançamento de ofício, na medida em que foi materializado através de um Auto de Infração, Modelo “4” – que é utilizado no trânsito de mercadorias. A ação fiscal, contudo, não se confirmou ter corrido no trânsito da mercadoria ou em estabelecimento enquadrado no SIMPLES NACIONAL, o que torna a edição do presente ato administrativo do lançamento de ofício fora da esfera de atuação do preposto fiscal.

O preposto fiscal é Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no RPAF/BA, art. 41, I do Decreto 7.629/99, competindo a esse apenas a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

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, que, uma vez em situação irregular, cabe 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, nem mesmo quando o lançamento foi efetivado pela Inspeção Fiscal de Mercadorias em Trânsito – IFMT METRO, 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 por falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro, imputação que não se ajusta ao constante no Termo de Ocorrência e ao imposto reclamado, visto que a exigência tributária corresponde ao recolhimento a menos, conforme consta do demonstrativo à fl. 08 dos autos e DAE à fl. 09, alvo da dedução no cálculo do imposto devido pelo autuante do efetivamente recolhido, revelando que a apuração da infração ocorreu em momento diferente ao apontado pela fiscalização, bem como o imposto exigido não corresponde à infração imputada ao sujeito passivo.

Verifico, inclusive, que, apesar da exigência tributária efetivamente ter ocorrido em relação à diferença entre o imposto calculado pela fiscalização e o recolhido pelo autuado, o DAE, constante à fl. 09, foi pago pelo contribuinte em 24/03/2017, às 15h06min, via Sispag, enquanto que, mesmo sem validade, conforme veremos, o Termo de Ocorrência Fiscal foi emitido na mesma data às 10h50min, portanto, antes mesmo do pagamento realizado pela empresa, apesar do Termo de Ocorrência já computar o imposto pago pela empresa, para efeito de cálculo do quanto reclamado.

Assim, conforme indica o aludido termo, a infração, relativa ao recolhimento a menos, teria sido constatada, antes mesmo de sua ocorrência, na medida em que a empresa ainda não havia pago o imposto que fora deduzido para efeito de apuração dos fatos registrados no Termo de Ocorrência: “DIFERENÇA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NA IMPORTAÇÃO DE BENS DO EXTERIOR, CUJO EXPORTADOR É CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA, APURADO CONFORME DESMONSTRATIVO E DOCUMENTOS EM ANEXO.”.

Já o Auto de Infração foi lavrado em 03/04/2017, sem a assinatura do preposto fiscal, Carlos Antonio dos Santos Rocha, inclusive no demonstrativo de débito à fl. 02, imputa ao autuado a falta de recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro. A única assinatura que existe no Auto de Infração é do Supervisor Washington Bahia.

O autuado obteve a ciência do Auto de Infração em 30.05.2017, através de AR, à fl. 17, bem como o mesmo foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4). Assim, teria, necessariamente, de ser precedido da lavratura de Termo de Apreensão - Termo de ocorrência Fiscal.

Ocorre que, apesar de constar, às fls. 04 a 07 dos autos, um “Termo de Ocorrência Fiscal” que registrou o pagamento do imposto que ainda não tinha ocorrido, o mesmo não traz a assinatura do autuante, do autuado ou mesmo do depositário, tornando o aludido termo totalmente inválido, portanto, sem utilidade como prova de que a ação fiscal se deu no trânsito das mercadorias, ou seja, não serve para comprovar os fatos que foram imputados ao sujeito passivo no Auto de Infração, evidenciando, inclusive, que os procedimentos fiscais que apuraram a infração não ocorreram no momento em que se dava o trânsito da mercadoria.

Com efeito, quando da 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 do art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA, Decreto 7.629/99.

É através dos termos, lavrados na ação fiscal do trânsito, que se fundamentará o Auto de Infração, servido, portanto, como elemento probatório dos fatos nele imputados ao sujeito passivo, que inclui o aspecto temporal e espacial do fato gerador e da ação fiscal que apurou a infração.

Diante da constatação de que o Auto de Infração não foi assinado pelo autuante, bem como não existe, de forma válida um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, conforme constatado no presente PAF, se conclui que não há prova de que a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias e que os fatos constantes do Auto de Infração efetivamente estão fundamentados.

Destarte, diante de um vício formal dessa natureza, é nula a exigência tributária em lume, ou seja, foi constatado que o presente lançamento de ofício contém vícios que atingem de forma vital a sua validade, na medida em que não ficou confirmada a ação fiscal no trânsito de mercadorias ou em estabelecimento enquadrado no SIMPLES NACIONAL, configurando a edição de ato administrativo do lançamento de ofício, conforme dispositivo legal alinhado, fora da esfera de atuação do preposto fiscal, tornando-o incompetente para a constituição do presente crédito tributário, veiculado no Auto de Infração em exame, em clara afronta às normas contidas na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no RPAF/BA.

Face ao acima alinhado, voto pela NULIDADE do Auto de Infração com base no art. 18, I, do RPAF/BA.

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.”

A 5ª JJF recorreu de ofício da referida 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.

O Autuado apresentou manifestação (fls. 101 a 112), que denominou de Contrarrazões ao Recurso de Ofício, na qual alegou que, conforme pontuado pela 5ª JJF, não há prova de que a ação fiscal se deu no trânsito de mercadorias ou em estabelecimento enquadrado no Simples Nacional, diante dos equívocos verificados na lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, quais sejam: (i) ausência de assinatura pelo Autuante, Autuado ou mesmo pelo depositário; (ii) registro da infração antes mesmo de sua própria ocorrência.

Explicou que o suposto recolhimento a menor não poderia ser verificado antes do seu efetivo recolhimento, sob pena de violação da estrita legalidade tributária, o que tornou o referido Termo de Ocorrência Fiscal totalmente inválido, sendo que tais vícios insanáveis restaram materializados equivocadamente mediante um Auto de Infração Modelo 4, utilizado no trânsito de mercadorias.

Afirmou que se valeu, não obstante o reconhecimento de nulidade, do princípio da eventualidade para demonstrar que o lançamento é improcedente, já que efetuou o cálculo do imposto, o qual detalhou, de acordo com planilha em formato “*excel*” fornecida pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme mensagem de e-mail que acostou.

Discorreu sobre o instituto da redução de base de cálculo e o princípio da anterioridade e requereu o não provimento do Recurso de Ofício, ou a improcedência do lançamento, ou ainda, com fundamento no Art. 100, parágrafo único do CTN, a exclusão dos acessórios, quais sejam: a imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

VOTO

Observe que a decisão da 5ª JJF desonerou o Autuado, extinguindo o crédito tributário de R\$257.099,18, mais multa de 60%, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reanálise nesta corte, restando cabível o presente Recurso de Ofício.

Constato que o Auto de Infração, o Demonstrativo de Débito, o Termo de Ocorrência Fiscal e o Demonstrativo de Cálculo do ICMS Importação não estão assinados pelo Autuante (fls. 01 a 08), o que já os tornam inválidos para os fins a que se destinam.

Além disso, verifico também que o Termo de Ocorrência Fiscal foi emitido antes do pagamento, apesar de já computar o imposto pago pelo Autuado, para efeito de cálculo do quanto reclamado, considerando que a exigência tributária decorreu da diferença entre o imposto calculado pela fiscalização e o recolhido pelo Autuado. Ou seja, o DAE foi pago pelo contribuinte em 24/03/2017, às 15h06min, via SISPAG (fl. 09), enquanto que, mesmo sem validade, o Termo de Ocorrência Fiscal foi emitido na mesma data às 10h50min (fls. 04 a 07), portanto, antes mesmo do pagamento realizado.

Diante do exposto, não restou provado que a ação fiscal se deu no trânsito de mercadorias, quando teria competência o Autuante, já que não está correto o momento da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal.

Assim, restou acertada a Decisão recorrida ao anular o Auto de Infração, tendo em vista os vícios insanáveis apontados.

Portanto, reitero a recomendação para a autoridade fazendária da circunscrição fiscal do Autuado determinar o refazimento da Ação Fiscal, em fiscalização de estabelecimento, se entender

pertinente, a salvo das falhas apontadas, observando o prazo decadencial.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter 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 interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **161739.0029/17-1**, lavrado contra **BRASKEM S/A**. Recomenda-se a autoridade fazendária da circunscrição fiscal do autuado para o refazimento da ação fiscal, em fiscalização de estabelecimento, a salvo das falhas apontadas, observando o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS