

PROCESSO - A. I. Nº 232340.0047/17-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ GLEISIVALDO BOIA DE SOUZA - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0177-01/17
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0199-12/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/04/2017, para exigir ICMS no valor de R\$62.583,97, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 – 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS 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, referente ao Mandado de Fiscalização nº 26354702000167-2017, em 27/03/2017, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, às fls. 21 e 29, apresentou sua defesa administrativa, para explicar que o imposto ora lançado já havia sido pago no dia 24/04/2017, data esta anterior a lavratura do auto de infração e da ciência do processo, bem como para alegar que o cálculo da antecipação tributária parcial apresentado pelo autuante estava equivocado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 32 e 33, informando que o recolhimento foi intempestivo. Explicou que por esta razão, a multa não poderia ter sido desprezada, assim como não caberia a redução prevista no Art. 273 do RICMS/BA, já que para gozo desse benefício os contribuintes devem efetuar o recolhimento do imposto no prazo regulamentar, o que não ocorreu no presente caso.

Nessa toada, a instrução foi concluída, tendo sido o Auto de Infração julgado Nulo pela 1ª JJF, com decisão abaixo transcrita:

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação de “falta de recolhimento de ICMS 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”.

A autuação, todavia, não pode prosperar, em face das várias irregularidades observadas, em todo o procedimento fiscal, inclusive na lavratura do respectivo Auto de Infração.

De início, o próprio lapso temporal entre as datas da ocorrência dos fatos (27/03/2017), lavratura do Auto de Infração (27/04/2017) e intimação ao contribuinte (26/05/2017), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

O Termo de Ocorrência Fiscal, acostado aos autos (fls. 04 e 05), que deveria documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, quando desnecessária a apreensão, nas operações de trânsito, conforme estabelece o Art. 28, IV-A, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tenta cumprir apenas uma formalidade, não documenta nada. O Autuado dele sequer conheceu.

Foram anexados aos autos, ainda, os documentos Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fls. 07 e 08) e Lista de DANFE indicados para a constituição de Crédito Tributário (fl. 12), os quais reforçam a conclusão que não se trata de operação ocorrida no trânsito de mercadorias e sem compor a materialidade do fato tido como infringido.

Observe que o modelo de Auto de Infração adotado, no caso em concreto, é, de fato, o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e que o Autuante é um Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no Art. 42, II, do RPAF/99, para a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nesse sentido, 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/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

A fiscalização de trânsito ocorre, contudo, 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, oportunidade em que a competência para a autuação é dos Agentes de Tributos Estaduais.

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato da 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 o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto, posto que, apesar da data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração como 27/03/2017, data da emissão da nota fiscal, não ocorreram quaisquer ações no trânsito de mercadorias nessa data. Um Mandado de Fiscalização para a verificação do Agente de Tributos, no estabelecimento do autuado, foi expedido em 13/04/2017, conforme consta nos documentos referenciados.

Em não se tratando de ocorrência pontual no trânsito de mercadorias e sendo o contribuinte autuado inscrito no cadastro de contribuinte com apuração do imposto por conta corrente fiscal, não poderia o respectivo Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, a teor da Lei nº 11.470/09, além do RPAF/99.

A legislação estabelece competência aos Auditores Fiscais na constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional (Art. 42, I, do RPAF/99), lugar da autuação dos agentes de tributos, para constituição de créditos tributários (Art. 42, II, do RPAF/99). Constata-se, então, verdadeira invasão de competência, demonstrando que a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em desconformidade com o devido processo legal.

Dessa forma, em face do ato ter sido praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (as operações listadas não são operações de trânsito), e da falta de documentos essenciais (ausência do Termo de Ocorrência válido), com amparo no Art. 18, do RPAF, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é NULO.

Como a exoneração do imposto atualizado, mais multa, foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 1ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

O Conselheiro Marcelo Mattedi estava impedido de participar deste julgamento, em razão de ter participado como Relator do Processo em primeira instância.

VOTO

A Decisão recorrida e demonstrada através do Acórdão JF nº 0177-01/17, julgou NULO o Auto de Infração em epígrafe e, em consequência, a 1ª JF interpôs Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Examinando as peças que integram os autos entendo que a Decisão final está perfeita quanto ao seu resultado final.

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. O Inciso II do Art. 42 do RPAF/BA é claro quando diz apenas os agentes de tributos são competentes para constituir créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito.

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), todavia, 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.

De acordo com o Art. 31-F do RPAF/BA, as mercadorias apreendidas em trânsito são depositadas, no ato da apreensão, em repartição pública ou, a juízo Agente de Tributos, em poder do transportador, do estabelecimento de origem, do proprietário das mercadorias ou de terceiro designado pelo Fisco, mediante a lavratura de Termo de Depósito.

O que restou claro registrou nesse lançamento de ofício é que não houve a apreensão alguma da mercadoria. O sujeito passivo passou a ser monitorado pela Central de Operações Estaduais – COE pelo fato de na época dos fatos, está descredenciado para o pagamento da antecipação parcial. Isso fica claro no documento de “monitoramento viés de risco de sonegação fiscal” anexado à fl. 7 do PAF.

Sendo assim, não caberia no trânsito de mercadorias, a apuração de supostas irregularidades, posto que somente uma fiscalização nos estabelecimentos envolvidos na operação poderia constatar a irregularidade apontada no presente processo.

Portanto, recomendo, nos termos do Art. 21 do RPAF-BA/99, a autoridade competente, INFAZ ATACADO, 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 interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232340.0047/17-8**, lavrado contra **JOSÉ GLEISIVALDO BOIA DE SOUZA - ME**. Recomenda-se, nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, a autoridade competente, INFAZ ATACADO, para análise e possibilidade de determinar a nova ação do procedimento fiscal pela fiscalização, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS