

PROCESSO - A. I. Nº 213080.1151/16-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 4ª JJF nº 0233-04/17
ORIGEM - IEMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0316-12/18

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 contra Decisão que julgou NULO o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2016, reclama o valor de R\$131.182,22, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela Nulidade do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais, por estar descredenciado.

Na defesa apresentada o autuado dentre outras arguições suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias apesar de ter sido lavrado por agente de tributos estaduais, em modelo próprio para fiscalização de trânsito de mercadorias. Acrescenta que apesar de ter sido anexado um Termo de Ocorrência Fiscal o mesmo não contém a sua assinatura, tampouco do detentor das mercadorias, aliado ao fato de que o DANFE, objeto da exigência foi emitido em data anterior, com grande lapso de tempo entre a saída das mercadorias e a suposta apreensão das mercadorias.

Examinando 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 pelos 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.

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 ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que à fl. 07, foi anexado um comprovante de Registro do Termo de Apreensão e Ocorrências – TAO,

assinado apenas pelo autuante, informando que o TAO de nº 213080.1016/16-8 fora lavrado em 15/12/2016 e registrado nesta mesma data, entretanto, não existe nos autos o mencionado Termo de Apreensão.

É de se ressaltar que de acordo com a “Memória de Cálculo” anexada à fl. 04, a exigência diz respeito a nota fiscal nº 366967, cuja fotocópia encontra-se anexada à fl.05. Da análise do citado documento constata-se que a mesma foi emitida em 30/10/2016, enquanto que a data de ocorrência do fato gerador, inserida no auto de infração, é de 15/12/2016, decorrido portanto, mais de 40 dias após a emissão do referido documento fiscal.

Assim, resta comprovado que se trata de fato pretérito, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu na presente situação. No caso em questão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Fiscal para documentar situação irregular de mercadorias, ou outro elemento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Ademais, caso fosse ultrapassada esta irregularidade fica claro que este Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Apreensão válido, bem como de Termo de Ocorrência Art. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA, que transcrevo:

Art. 26. *Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

I - *apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*
(...)

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

(...)

IV - *Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para 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;*

IV-A - *Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;*

Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO

Objetiva o presente Recurso de Ofício, 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, rever a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2016, para reclamar o valor de R\$131.182,22, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por Contribuinte descredenciado.

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois restou comprovado que o Auto de Infração em comento foi lavrado irregularmente, tendo em vista que restou constatado a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento.

Eis que, o julgador de piso, verificando que, *in verbis*: “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 ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio”, julgou o lançamento

NULO, por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Destaco, ainda, que deverá ser devidamente considerada a recomendação do Julgador *a quo*, no sentido de que a autoridade competente analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do sujeito passivo do presente Auto de Infração, a salvo de falhas.

Pelo exposto, por concordar integralmente com a Decisão recorrida, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **213080.1151/16-2**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO ME**. Recomenda-se para que o procedimento fiscal seja renovado a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS