

A. I. Nº - 152701.0233/17-1
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME
AUTUANTE - ELENILTON DE JESUS SOARES
ORIGEM - IFMT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-02/18

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Afastada alegação de cerceamento de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 11/06/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$37.211,27, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10 – Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Referente ao mês de junho de 2017.

Constata-se, que tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 17 a 22, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Explica que o auto de infração decorreu do lançamento lavrado pela fiscalização de trânsito de mercadorias, no qual foi imputando ao contribuinte responsabilidade tributária, conforme infração que lhe foi imputada a qual reproduz.

Afirma que houve cerceamento do direito de sua defesa porque o preposto fiscal não disponibilizou ao contribuinte todos os papeis de trabalho necessários à confecção da impugnação, e que esse fato macula todo o procedimento fiscal por cerceamento do direito de defesa, mesmo tendo enviado ao contribuinte planilha com relatório e cálculos que serviram de sustentação ao AI.

Diz que foram suprimidas informações imprescindíveis ao exercício regular da ampla defesa, a exemplo dos demonstrativos de cálculo, as chaves de acesso dos DANFE's, data de emissão das respectivas Notas Fiscais, e ainda, os termos de ocorrência e de apreensão de mercadorias para justificar a lavratura formalizada pela fiscalização de trânsito. E nesse sentido evoca o artigo 44 do RPAF/BA, e reproduz o seu teor.

Explana que o autuado recebeu o presente AI mais de 60 dias após a lavratura da presente Notificação Fiscal de Lançamento, e em vista disso, afirma que, apesar de se tratar de AI, Modelo "4" — Trânsito, não se pode afirmar que se trata de "uma infração constatada no trânsito de mercadorias".

Registra que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta a presente autuação, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias.

Assevera que a luz dos elementos acima não lhe resta dúvida que se trata de um AI lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, visto que dos documentos apresentados pela fiscalização, emitidos pela Superintendência da Administração Tributária-Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE — Central de Operações Estaduais - Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria nº 217/2012, versa que "*As unidades fiscalização de mercadorias em trânsito da*

Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pela COE, bem como prestar todas as informações solicitadas", onde designa prepostos fiscais para realizarem monitoramento através de Regime Sumário de Apuração do ICMS no âmbito da IFMT-METRO, especificando, ainda, o estabelecimento autuado.

Diante dessa explicação, e, também, em confronto com os dados constantes nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, entende a defesa que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram bem antes da lavratura, e não na data indicada pela autuante.

E ao seu entender isto significa que as ocorrências, diferentemente do que consta no "Termo de Ocorrência Fiscal", não se verificou no trânsito de mercadorias, e sim em datas anteriores, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, através de fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Assevera que da forma como ocorreu não é possível se presumir uma data de ocorrência de fatos, diante da existência de documentos que possibilitam este procedimento.

Salienta que há outro vício que diz ser de substancial importância que aponta como o fato da ocorrência não se tratar de uma operação ocorrida no trânsito de mercadorias e, sim, decorrente de uma investigação fiscal relacionada a apuração de fatos pretéritos, e que por isso deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no estabelecimento do autuado, cujo procedimento deve observar às normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Destaca que, 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.

Aduz que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, e sendo assim a autoridade fiscalizadora deve agir nos estritos termos da legislação. Por isso conclui que no presente caso, como o AI foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, conforme determina a legislação tributária de regência, e ainda, ter sido executado de forma imediata e contemporânea ao trânsito de mercadorias.

Ressalta que, apesar de constar um Termo de Ocorrência Fiscal, *“o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo além de não se encontrar assinado pelo autuado, a data real da entrada das mercadorias no estado foi ignorada, conforme se extrai dos autos”*.

Complementa que de acordo com os documentos que se extraem dos autos, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados, e que da análise dos citados documentos constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas em período longínquo, portanto, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador, e consequentemente a lavratura de Notificação Fiscal de Lançamento no modelo empregado, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea.

Assevera que nas ocorrências do trânsito de mercadorias, 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”*.

Acrescenta que nos termos em que rege a legislação, não é compatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu na presente situação.

Assevera que no caso em tela, 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 AI em lide.

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

Afirma qu o Decreto nº 14.208/12 dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos, e entende que o decreto é técnico e juridicamente perfeito, mas que resta ser cumprido.

Explica que o decreto não manda que autoridades incompetentes executem atos com desvio de função. Ressalta que em nenhum momento o decreto se refere à lavratura de AI.

Assevera que a disciplina da lavratura de Autos de Infração, Notificação Fiscal de Lançamento e da competência para lavrá-los constitui objeto do RPAF e do COTEB, e que sendo assim o vício que aponta é gravíssimo, pois afeta a legalidade do lançamento.

Aduz que esse vício não admite contemporização, haja vista que diz respeito à inobservância do devido procedimento fiscal, e o lançamento tributário é um ato vinculado, regrado por lei, de modo que deve ser feito como a lei manda, não dando margem a discricionariedade.

Pede alternativamente que caso se entenda por manter incólume a autuação, seja a multa aplicada reduzida, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Ao final, requer que seja a presente defesa integralmente acatada, julgando-se o Auto de Infração totalmente improcedente, nos termos dos fundamentos acima.

O Autuante emite sua informação fiscal as fls. 29 a 31, diz que a infração apurada foi a falta do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial que incide sobre aquisição de mercadorias para comercialização em operação interestadual quando realizada por contribuinte descredenciado.

Destaca que a impugnação se mostra equivocada, pois, se trata de defesa apresentada em impugnação a lançamento de notificação fiscal realizada em cumprimento de mandado do COE, o que em nada guarda correlação com o tema tratado pela Impugnante, causando dificuldade ao contraditório, já que traz argumentos que não guardam coerência com a acusação fiscal.

Diz que as preliminares apresentadas pelo contribuinte não se sustentam. A alegação de cerceamento de defesa se baseia na falta de disponibilização dos papéis de trabalho, porém as peças que compõem o auto de infração, que foram disponibilizadas ao contribuinte contêm todos os documentos necessários para plena compreensão da infração cometida, tais como, o DANFE a que se refere a infração, demonstrativo de base de cálculo, termo de ocorrência fiscal e exigências legais para que se aperfeiçoe o lançamento.

Afirma que consta da intimação de fls. 13, que fora enviada ao autuado cópia do demonstrativo de débito, a única peça confeccionada pelo autuante como papel de trabalho.

Assevera que quanto ao alegado vício na identificação da base de cálculo, este também não se sustenta em vista do demonstrativo de débito constante das fls. 12, explicitando a apuração do imposto, documento este que foi disponibilizado ao contribuinte.

Ressalta que na questão meritória, a peça defensiva se mostra confusa e dissociada dos fatos tratados no presente processo, sem guardar qualquer relação com a infração imputada e os fatos tratados na acusação fiscal.

Diz que a peça defensiva em sua questão meritória trata de lançamento efetuado em operação do COE, o que em nada se coaduna com o lançamento aqui tratado, não se aplicando a argumentação defensiva eleita.

Reitera que a operação interestadual existiu como comprova o DANFE anexado, teve como

destinatário a autuada, que na época dos fatos estava com sua inscrição descredenciada, como faz prova o documento de fls. 08, sem que esta fizesse o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, na forma exigida na legislação.

Remata que foram atendidos todos os requisitos formais e materiais para o lançamento, e que consta dos autos todas as provas necessária para o embasamento da acusação fiscal, não merecendo qualquer reparo o auto de infração. Pede pela procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Trata o Auto de Infração em tela, lavrado no trânsito de mercadorias, e refere-se a exigência fiscal por falta de recolhimento do ICMS, e conforme se pode observar da peça vestibular, referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Referente ao mês de junho de 2017. Todavia, verifico dos autos e da informação fiscal empreendida pelo Autuante, que de fato tratou-se de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial.

Inicialmente se faz *mister* registrar que não houve arguição quanto ao mérito, sendo que as arguições concentram-se em atacar a nulidade, e sendo assim, passando a analisar, verifico a *prima facie* que não cabe a alegação defensiva de que houve cerceamento do direito de sua defesa.

Do exame das peças processuais posso afiançar que o preposto fiscal disponibilizou ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da sua defesa, sendo o que se constata das fls. 13 e 14, onde se pode averiguar a existência do termo de intimação (fls. 13) em que se discrimina que todos os elementos do levantamento fiscal foram remetidos ao Impugnante conforme documento dos correios às fls. 14, inclusive o demonstrativo de cálculo constante das folhas 12.

Cabe registrar, inclusive, que a autuação teve por base uma única nota fiscal e um único tipo de mercadorias, e que os dados constantes da peça acusatória que contem como base de cálculo o valor da mercadoria conforme consta do documento fiscal e que foi aplicada a alíquota regulamentar aplicada de 40%, e após a dedução do valor do ICMS referente ao crédito fiscal, resultou no valor lançado em tela, tudo conforme demonstrativo do débito fiscal às fls. 01.

Portanto, não há que se falar em supressão de informações imprescindíveis ao exercício da ampla defesa, pois o demonstrativo de cálculo, a chaves de acesso do DANFE, data de emissão da respectiva Nota Fiscal, e ainda, os termos de ocorrência e de apreensão de mercadorias para justificar a lavratura formalizada pela fiscalização de trânsito, foram devidamente remetidos ao Impugnante. Assim, afasto o pedido de nulidade sob o argumento de cerceamento de defesa.

Afasto também a afirmativa de que da forma como se processou a autuação não se pode afirmar que se trata de uma infração constatada no trânsito de mercadorias, pois constam dos autos todos os elementos que caracterizam uma ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias: Houve a apreensão da carga conforme termo de ocorrências às fls. 03 e 04, e a apreensão em questão resultou no presente auto de infração objeto desta demanda administrativa.

A alegação de que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta a presente autuação, não

contém a assinatura do autuado, procede, mas não tem o condão de combater a autuação, pois ao contrario do que afirma a defesa há no referido documento a assinatura do detentor das mercadorias no flagrante da autuação, Sr. Antônio Oliveira de Abreu, que se trata do motorista que conduzia o veículo que transportava a mercadoria objeto da autuação. Portanto, afasto mais esa alegação de nulidade.

Afasto também a alegação de que a ocorrência não se verificou no trânsito de mercadorias, e sim em datas anteriores, pois o documento utilizado para configurar a acusação fiscal, o termo de ocorrência, foi lavrado no momento da constatação da infração.

Assim, não há que se falar que a autuação decorreu de investigação fiscal relacionada a apuração de fatos pretéritos, e que por isso deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no estabelecimento do autuado, cujo procedimento deveria observar às normas estabelecidas pelo RPAF/BA. A julgar pelos documentos constantes dos autos, o procedimento fiscal ocorreu no Posto Fiscal Benito Gama, portanto no trânsito de mercadorias.

Em relação ao pedido de que a multa aplicada seja reduzida, este pedido não pode ser avaliado em função do impedimento regulamentar previsto no art. 158 do RPAF.

Destarte, voto pela procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152701.0233/17-1**, lavrado contra a empresa **ALEXANDRE LOBO PINTO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.211,27**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso, II alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR