

A. I. Nº - 1635400015/18-4
AUTUADO - DISTRIBUIDORA ANDAIA LTDA.
AUTUANTE - WOLFGANG ALVES LONGO MOITINHO
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-02/18

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 19/04/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$49.268,50, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária antes da entrada no território deste estado, incidente sobre mercadorias procedentes de outras unidade da federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação. Referente ao período de abril/2018.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 38 a 47, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a sua tempestividade diz que antes de discutir o mérito da lide, o sujeito passivo demonstrará logo a seguir a existência de diversos vícios insanáveis neste processo. Vícios estes que, implicam na nulidade da infração nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em relação ao título “1- FALTA DE COMPETENCIA LEGAL, PARA AGENTE DE TRIBUTO LEVANTAR CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, NO CASO DE FISCALIZAÇÃO.” Afirma que o agente da SEFAZ, pertence à Inspetoria de Trânsito de Mercadorias que deveria acompanhar o processo na entrada das mercadorias em território da Bahia, mas que o processo da auto de infração se formou sem as devidas intimações.

Pontua a competência legal para lavrar Autos de Infração e proceder à constituição de créditos tributários no caso em tela, conforme prevê o artigo 42 do RPAF, compete aos Auditores Fiscais. Além disso, acrescenta que o auto de infração foi assinado pelo Agente de Tributo e não tem assinatura do Inspetor Fazendário. Cita o ACÓRDÃO JJF N. 0197-05-14.

Assevera que as notas fiscais de entradas, objeto do auto de infração, foram emitidas nas datas 12/12/2017 Nº007 e 008, e ainda Nº 009 e 010 em 18/12/2017, nº011 e 012 em 19/12/2017 e que a lavratura do auto de infração ocorreu em 19/04/2018, fato que entende provar que o presente auto de infração não pertence propriamente ao transito de mercadoria, o que configura vício na

constituição do feito pelo fisco, onde este atuou além da sua competência funcional.

Diz ainda que o fisco estadual por questão do gerenciamento do tributo, para conferir o respectivo recolhimento por parte do contribuinte, teria que lavrar o termo de intimação fiscal, o que não foi feito.

Observa que *“embora o preposto da Sefaz faz parte do fisco de transito, sobretudo, o transito de mercadoria ocorre no percurso em que o fornecedor da mercadoria dá saída dos produtos até o destino final que é a entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente, e esse interstício ocorreu sem qualquer intervenção do fisco estadual, não podendo o preposto em momento posterior fiscalizar e levantar crédito tributário, mesmo assim infundado.”*

Ao tratar do tópico “2- DA FALTA DE SANEAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO” reclama que o auto de infração sequer foi saneado em conformidade com o RPAF/99, e que por isso não pode prosperar, pois a autoridade competente da circunscrição fiscal não assinou o auto de infração pois falta assinatura do Inspetor Fazendário.

Em relação ao título “3- DA FALTA DE DESCRIÇÃO, PELO FATO DE NÃO TER SIDO APONTADA COM CLAREZA NEM PRECISÃO A SUPOSTA IRREGULARIDADE FISCAL”, assevera que o auto de infração não está alicerçado em planilhas de apuração, de forma que a autuada não pode conferir as supostas infrações que foi lhe apresentada. Afirma que o Autuante não apresentou cópias das notas fiscais para que pudessem conferir seu feito, pois não configurou a infração na conformidade com o RPAF/99.

Aponta que a suposta infração não faz referência a qualquer planilha auxiliar, como também a fundamentação normativa da mesma, para dizer como se chegou aos valores apresentados em seu auto de infração.

Denuncia que a autuada não conseguiu entender o feito, e em contrapartida não teve como se defender das autuações que lhe foram apresentadas, citando e reproduzindo os artigos 28, §4º, II, c/c art. 18, II e IV, a, do RPAF/99, logo abaixo transcritos.

Discorrendo sobre o título “DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL, INSERIDO EXPRESSAMENTE NO ART. 2º DO RPAF/99 E NO ART.º 2º DO REGIMENTO INTERNO DESTE CONSEF” aduz que o princípio da Verdade Material encontra albergue na redação do art. 2º, in fine, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, bem como no art. 2º RPAF, aprovado pelo Decreto de nº 7.629/99.

Afirma que no processo administrativo fiscal – PAF, predomina o Princípio da Verdade Material, no sentido de que, nele, busca-se descobrir se realmente ocorreu, ou não, o fato gerador do tributo. Para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Lembra que o Conselho de Fazenda, tem por hábito converter processos em diligência (ou perícia) fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito.

Ressalta que na busca da verdade material, se tem como regra basilar que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, pois a ele cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo.

E que somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressas de norma legal neste sentido. Discorrendo sobre o título “ARGUMENTO QUANTO AO MÉRITO I” afirma que a autuada discorda com o procedimento fiscalizatório do preposto da SEFAZ-BA, pois entende que está em total desacordo com o RPAF, bem como as decisões já pacificadas nas juntas e Câmara de julgamentos do Estado da Bahia.

Explica que nas planilhas de apuração além do fisco cobrar o valor do imposto da antecipação parcial sem considerar que a autuada já vendera as mercadorias e sem informar qual a razão e fundamentação legal de tal procedimento da SEFAZ, e finaliza dizendo que *“a autuada solicita inominadamente cancelamento desta infração”*.

Ao tratar do tópico “ARGUMENTO QUANTO AO MÉRITO II” diz achar estranho que quase todos os

produtos objetos desse auto de infração se referem a "Charque", que tem alíquota efetiva de 12% nas operações internas, conforme o Art. 268, LI do RICMS que reproduziu.

Explica que as mercadorias objeto da auto de infração, tiveram origem do Estado de Sergipe com destaques do ICMS alíquota em 12%, sobretudo, esse produto tem alíquota interna efetiva de 12%, portanto não tem o que se falar de diferença de ICMS de antecipação parcial, e que o ônus do imposto foi suportado pelo adquirente no momento da aquisição no preço do produto. (anexo-III).

Acrescenta que a autuada reclama pela inconstitucionalidade em face do procedimento do Autuante em não garantir o crédito do ICMS, reproduzindo o art. 155, II e §2º, I da CF.

Assevera que a "não cumulatividade do ICMS é um princípio constitucional consignado pela lei basilar do direito tributário que não requer emendas por decreto do executivo cessar tal disposição. Por outro lado as alíquotas aplicáveis as operações interestaduais são disciplinadas pela resolução do senado Federal nº22/89 em conformidade com o disposto constitucional a seguir indicados:" (...)

Requer, ao final, seja reconhecida a NULIDADE e a IMPROCEDÊNCIA das infrações ora defendidas, nos exatos termos presentes nesta Impugnação.

E ainda que caso esta JJF visualize situação de nulidade que, não obstante o reconhecimento desta, os nobres julgadores decidam pela IMPROCEDÊNCIA das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do AUTO DE INFRAÇÃO/99.

Pondera que decidindo esta JJF nos termos solicitados, certamente estará evitando um futuro prejuízo para o Estado, em relação ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo, caso esta lide tenha continuidade no Poder Judiciário.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

O Autuante se pronuncia às fls. 81 e 82 e informa que:

1. preliminarmente afirma que o preposto fiscal está devidamente credenciado para realizar Notificações e Auto de Infração de acordo com a legislação RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99;
2. diz que o processo em questão iniciou com a INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS, (pag. 3), lavrada em 05/04/2018, em razão da empresa se encontrar em situação irregular e não proceder ao recolhimento do imposto devido, tempestivamente;
3. aduz haver verificado que a autuada não recolheu espontaneamente o tributo devido aos cofres públicos;
4. quanto a alegação de falta da "assinatura da autoridade competente da circunscrição", atestando o saneamento do Auto de Infração assevera comprovar que este procedimento, dito como não cumprido, se encontra bem definido na via original deste processo;
5. lembra que constam da peça original "a descrição dos fatos" e os fundamentos legais para a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO, além de todos os formulários pertinentes ao citado AUTO DE INFRAÇÃO, os quais foram entregues ao preposto da empresa, de sorte a não impedir um direito inalienável de ampla defesa, direito este consolidado na democracia deste país, do qual o RPAF, absorveu no seu no Art. 28, do decreto n.º 7.629/99.
6. Remata que PROCEDE a lavratura do AUTO de INFRAÇÃO.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal refere-se a aplicação de multa pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária na modalidade antecipação parcial, antes da entrada no território deste estado, incidente sobre mercadorias procedentes de outras unidade da federação, tendo em vistas a acusação de que o contribuinte não preenchia os requisitos previstos na legislação.

Preliminarmente, analisando a alegação de falta de competência legal para agente de tributo lançar créditos tributários, esclareço que segundo a legislação do Estado da Bahia o inciso II do art. 42 do RPAF determina que a função fiscalizadora seja exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que segundo este dispositivo regulamentar compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários apenas quando decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e quando em estabelecimentos comerciais apenas naqueles inscritos como microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Deste modo, ainda que se considere que o presente lançamento do crédito tributário refira-se ao trânsito de mercadorias, conforme o Decreto nº 14.208/12 que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, posto que realizado com base em documentos fiscais eletrônicos, e ainda que considere-se o fato de que a presente autuação se deu através da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – TRÂNSITO DE MERCADORIAS – SEFAZ-BA – COE, responsável pelo monitoramento eletrônico centralizado, que executa análises e cruzamentos prévios das informações em conformidade com o art. 1º do decreto supramencionado, resta claro que o roteiro de auditoria aplicado em nada se coaduna com as características de ação fiscal em trânsito de mercadorias, pois além de não estar alinhada com o espaço tempo da efetiva ocorrência do fato gerador, característica intrínseca do trânsito de mercadorias, o roteiro da auditoria fiscal aplicada não se coaduna sequer com o escopo do decreto aventado acima, pois o roteiro (ANTECIPAÇÃO PARCIAL), maiormente a opção pela aplicação da multa pelo não recolhimento do ICMS na entrada das mercadorias, requer a verificação da escrituração fiscal da Impugnante para a certificação de que houve recolhimento do ICMS nas operações subsequentes da autuada, e assim justificar a opção pela exigência da multa em tela, em detrimento da exigência do imposto.

Considere-se ainda que o lapso temporal observado entre a detecção da aquisição da mercadoria e a lavratura deste Auto de Infração, não autorizaria adotar a suposição de que o ICMS teria sido recolhido, pois não existe previsão legal para esta presunção, ademais a certeza quanto ao recolhimento ou não do ICMS por ocasião das saídas da mercadoria só mesmo seria obtida com uma auditoria em estabelecimento.

Decorre ainda mais um impedimento para o agente fiscal, pois a Auditoria em empresas inscritas como normais, como é o caso da Impugnante, está restrita aos Auditores Fiscais, portanto o fato de que o Autuante foi um Agente de Tributos Estaduais, denota uma anomalia intransponível que cumula às demais ocorrências na direção da nulidade da presente exação fiscal.

Macula o feito também, o fato de que as notas fiscais tenham sido emitidas nas datas 12/12/2017 Nº007 e 008, e ainda Nº009 e 010 em 18/12/2017, nº011 e 012 em 19/12/2017, quando o presente auto de infração só tenha sido lavrado em 19/04/2018, quatro meses após as ocorrências, o que desnatura claramente a ocorrência como típica de trânsito de mercadorias.

Sendo assim, para corroborar com os argumentos postos acima evoco o voto exarado no ACORDÃO JJF Nº 0177-01/17, confirmado pela decisão da câmara nº *CJF Nº 0199-12/18*, conforme reproduzo a seguir:

ACORDÃO JJF Nº 0177-01/17

“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.

Observo 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.”

Voto, destarte, pela nulidade do presente auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **1635400015/18-4**, lavrado contra a empresa **DISTRIBUIDORA ANDAIA LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADOR