

A. I. Nº - 210551.0010/18-9
AUTUADO - JOAQUIM MANOEL MULATO
AUTUANTE - SUZANA REGINA RODRIGUES LIMA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-02/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Termo de ocorrência inválido, não materializa fiscalização de mercadorias em trânsito. Não cumprimento do devido processo legal. É nulo o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração (AI) em lide, lavrado em 22/01/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$ 26.814,51 (vinte e seis mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta e um centavos) acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, código nº 54.05.08, 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 que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Em sua defesa, o sujeito passivo, por intermédio de seu advogado, documento acostado à fl. 28, apresenta defesa tempestiva, fls. 22 a 25, solicitando a nulidade do AI. Argumenta que foi criada pessoa jurídica em seu nome de forma fraudulenta, utilizando-se de seus dados pessoais (RG e CPF) sem a devida autorização. Alega que sempre foi lavrador e laborou na zona rural, sendo dependente de sua esposa na declaração de imposto de renda desta por não possuir renda própria.

Ademais, afirma o defendente que informou a autoridade policial da existência da fraude arguida, conforme BO nº 18-00805, fls. 35 e 36. Salienta que esse tipo de fraude vem ocorrendo de forma comum no Brasil diante da simplicidade do processo de abertura de microempreendedor (MEI) individual. Nesse citado processo, a inscrição pode ser feita por meio eletrônico, sendo dispensáveis, conforme o §5º do art. 968 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o uso da firma com a respectiva assinatura autografa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas à nacionalidade, estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM (Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios), o que corrobora a assertiva acerca da facilidade de abertura do MEI.

Na informação fiscal, a autuante, fls. 40 e 41, rechaça a argumentação do contribuinte afirmando que o fato de o autuado ser lavrador ou produtor rural não impede que seja contribuinte do ICMS ou que constitua empresa. Aduz que o Boletim de Ocorrência citado foi lavrado após o recebimento do PAF, não tendo sido em nenhum momento alegado que houve extravio dos documentos pessoais para que outro constituísse a empresa em nome do autuado. Dessa forma, o preposto fiscal não acata os argumentos da defesa, solicitando o julgamento pela Junta.

VOTO

Verifico que o auto de infração aponta a falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, relacionadas nas Notas Fiscais Eletrônicas, cujas cópias dos Documentos Auxiliares (DANFE) estão acostadas às fls. 09 a 11. As mercadorias foram adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no § 2º do art. 322 do Regulamento do ICMS, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mesmas no estabelecimento.

O autuado, por meio do advogado, requer a nulidade do presente Auto de Infração sob o argumento de que utilizaram seus dados pessoais sem sua autorização criando pessoa jurídica em seu nome de forma fraudulenta e que a autoridade policial foi informada da fraude mediante registro em Boletim de Ocorrência. A tese defensiva não é acatada pela autuante.

Da análise dos fatos descritos, entendo pertinente registrar, em preliminar, que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado. A autoridade fiscalizadora deve sempre agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

No caso concreto, verifico que apesar do Auto de Infração ter sido lavrado por preposto competente, nos termos da Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Nessa hipótese, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Constatado que, efetivamente, para legitimar a ação fiscal, a autuante acostou à fl. 04 o Termo de Ocorrência Fiscal. Entretanto, observo que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento.

O Termo de Ocorrência Fiscal em epígrafe, que deve ser utilizado para documentar situação irregular de mercadorias no trânsito, foi lavrado, entretanto, para solicitar que o responsável pelo estabelecimento ou qualquer pessoa física ou jurídica relacionada com as operações descritas nos documentos fiscais que lastreiam a autuação, declarasse sua ocorrência ou não, mediante registro de um dos eventos indicados na cláusula primeira do ajuste SINIEF 05/2012. Observo também que, no citado termo, não consta a assinatura do autuado, apenas a assinatura da autuante. Além de maculado com o vício da falta de assinatura do autuado, o referido termo não apresenta data de lavratura.

Uma outra constatação que macula o presente auto é a existência de lapso temporal entre as datas da lavratura do Auto de Infração (22/01/2018), da data de emissão dos documentos fiscais (19/09/2017) e da intimação do contribuinte para conhecimento do PAF (08/02/2018), bem como a existência de Mandado de Fiscalização (fl. 03). Todos esses dados indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Assim, observo que apesar de se tratar de Auto de Infração, Modelo 4 - Trânsito, não há como afirmar que se trata de infração lavrada nessa situação. Os dados apontados reforçam que a ocorrência não se verificou no trânsito, mas em data anterior, cuja exigência fiscal deveria se materializar mediante fiscalização realizada em estabelecimento. Por óbvio, uma vez que a ação fiscal no trânsito de mercadorias ocorre ao se surpreender o efetivo trânsito dessas em situação irregular, sendo uma ação flagrante, conclui-se incompatível com a operação de trânsito, a apuração de imposto lastreado em fato pretérito.

Diante de tal constatação, considero que o lançamento é nulo, posto que, foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com observância de todas as formalidades legais.

Além disso, verifico que foram acostados aos autos documentos sem assinatura do autuado, que não se prestam para legitimar a ação fiscal.

Frente a tais fatos, não se pode deixar de destacar que no desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, bem como as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Registro que, em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos JJF N°s 0079-02/15, 0099-04/15, 0223-03/16 e 0233-04/17.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas nesse CONSEF, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 210551.0010/18-9**, lavrado contra **JOAQUIM MANOEL MULATO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR