

A.I. Nº - 118505.0093/14-3
AUTUADO - JT COMÉRCIO INDÚSTRIA DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - LAURENICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT/METRO
PUBLICAÇÃO – INTERNET 10.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-02/18

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. O ato administrativo de lançamento tributário deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Procedimentos de fiscalização típicos de auditoria fiscal de estabelecimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 24/01/2014, exige crédito tributário de ICMS no valor histórico de R\$71.643,12, acrescido da multa de 100%, em razão da seguinte acusação:

INFRAÇÃO 01 – 51.01.04 – Operação realizada sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal, que com este possa se confundir e substituí-lo, em flagrante desrespeito às disposições da legislação tributária.

Consta na descrição dos fatos que: “*Em data e hora acima indicado, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: operações com saídas de mercadorias: brincos códigos B1 até B5, anéis código A1 até A6, pulseiras código P1 até P5, pingentes código N1 até N5, correntes códigos C1 até C5, tornozeleiras códigos T1 até T3, alianças, anel/corrente código AC e outros modelos diversos, tudo em ouro 18 “quilates”, vendidos sem emissão de NOTA FISCAL, tudo, comercializado por meio de PEDIDOS, constatado na diligência feita, no dia dois de janeiro de 2014, para apurar a denúncia cadastrada contra a empresa JT Comércio e Indústria de Metais Ltda., sob nº 25873/13, obrigada a emitir NF-e, desde 2011. Sem ECF, sem talonário DOC.FVC-D1. A denunciada, comercializa exclusivamente produtos em ouro, há muitos anos, reafirmo, sem contudo emitir DOC. FISCAL, utilizando PEDIDOS, manual (doc. Extrafiscal). Após a constatação dos fatos, na presença da Sra. Crispina Cândido da Silva RG nº 349942544, funcionária da empresa e do sócio proprietário, Sr. José de Oliveira Terce, que foi intimado para apresentar Doc. Fiscais de saída (não apresentados) e regularizar outras pendências; assinou todos os documentos relativos a esta acusação, conforme Termo de Ocorrência Fiscal, Intimação Fiscal, Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, relação cód. dos Produtos PLANILHA DE CÁLCULO, e outros doc. apensos. Este Termo de Ocorrência Fiscal substitui o TAO Manuscrito nº 118505001/14, lavrado em 02/01/2014. A Base de Cálculo foi apurada através dos valores descritos nos Pedidos anexos. Denúncia Nº 25873/13.”.*

O autuado impugna o lançamento, fls. 138 a 146, mediante advogado, cujo arrazoado da defesa relato a seguir.

Inicialmente reproduz a imputação e os fatos descritos na acusação.

Declara atua no mercado, encontra-se regularmente inscrito, é estabelecida em endereço fixo e optante pelo Simples Nacional.

Afirma que os documentos que serviram de base para a autuação não são suficientes para comprovar, com segurança, a ausência de emissão de documentos fiscais, apesar de não ter localizado os documentos que comprovam a regularidade das saídas de mercadorias no dia da autuação.

Argui nulidade do lançamento em virtude da ausência de documentação e provas para lastrear o auto de infração, cita e copia o art. 18, inc. IV do RPAF/99, reforçando que são nulos os lançamentos quando as provas, para embasar a autuação, não são suficientemente seguras.

Diz que o agente fiscal arbitrou a base de cálculo do imposto e que não existem documentos que comprovem o fato, em razão da autuação decorrer de uma única visita do agente fiscal ao estabelecimento, sem reunir elementos materiais para comprovar a acusação.

Assevera que o fisco ao deixar de aplicar outros roteiros de fiscalização, por exemplo a auditoria de caixa, se valeu de presunções para a proceder ao lançamento.

Transcreve trecho do Acórdão CJF nº 0324-11/09, relativo a recurso ao julgamento do auto de infração nº 206952.0286/07-1 onde destaca: *“Caberia à administração valer-se de outras formas para constatação da prática dos atos que se quer ver provados, dentro dos parâmetros legais estabelecidos, dado não ser juridicamente lógico intentar a violação de direitos tendo por base presunções.”*.

Cita e translata o art. 112 do CTN para destacar que a lei tributária, ao aplicar sanções ao contribuinte, deve adotar a interpretação mais favorável a este. Deduz então, que não havendo provas contundentes acerca da alegação do fisco, a exação decorre de conclusões subjetivas.

Volta a citar decisões do CONSEF, desta vez destaca o Acórdão CJF Nº 0011-11/08 (1ª Câmara de Julgamento Fiscal) como referência e subsídio para requerer a nulidade do auto de infração.

Passando a discutir a alíquota aplicada na autuação, afirma que a Autuada é optante pelo Simples Nacional, conforme certidão anexada aos autos (Doc. 02), situação que determina que a alíquota a aplicada seria 5,47%, nos termos do Anexo I da Lei Complementar nº 123/2006. Dessa forma, a Autuante se equivocou ao aplicar a alíquota de 27%.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, pela nulidade e requer a redução da alíquota de 27% para 5,47%, caso se decida pela procedência do lançamento.

A Autuante presta a informação fiscal às fls. 150 a 151 afirmando que a defesa apenas alega arbitramento, enquanto a autuação comprovou de forma incontestável a prática de irregularidade descrita nos autos, com base em denúncia e documentos apresentados pelo denunciante que compareceu a Inspetoria para entrega dos mesmos.

Diz que a defesa não verificou, tampouco mencionou que a base de cálculo foi apurada através dos valores descritos nos próprios pedidos anexos aos autos, emitidos pelo próprio contribuinte.

Afirma entender que o servidor fiscal deve cumprir o que determina a Lei e que caberá a outro setor investigar se a omissão de receita é motivo para exclusão do contribuinte do Simples Nacional quando estará submetido as regras de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Cita e transcreve os artigos 84 e 85 da Resolução CGSN nº 94/2011, destacando que constitui infração a inobservância das normas do regime de tributação simplificado, pelo contribuinte optante pelo sistema já que a omissão de receitas é considerada infração.

Observa que o lançamento tem como base os documentos extrafiscais emitidos pelo Autuado, com carimbos e valores apostos pelo mesmo. Estes documentos constituem elementos formais que não podem ter sua existência questionada.

Aduz que a defesa discute apenas a base de cálculo e a redução da alíquota e pede pela improcedência do auto de infração sem nenhum amparo legal.

Declara que atuou em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/2012, ao exigir o ICMS na sua totalidade sem observar a forma de enquadramento e apuração do imposto e que a multa não pode ser desprezada face a disposição do art. 42, inc. IV, alínea “b” da citada Lei.

Conclui pedindo pela ratificação da autuação.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento, utilizando o Auto de Infração – modelo 4, acusa o sujeito passivo – Empresa de Pequeno Porte, optante pelo Simples Nacional, de realizar operação de circulação de mercadorias sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo, em flagrante desrespeito às disposições da legislação tributária, exigindo o ICMS no valor histórico de R\$ R\$71.643,12, acrescido da multa de 100%, como relatado.

É cediço que a autoridade administrativa tem obrigação de atuar dentro, na forma, nos limites e para os fins contidos na lei. Desnecessário então lembrar quanto importante é o princípio da legalidade para a atividade administrativa. Afinal, o administrador público – diferentemente do que ocorre com os particulares – só pode atuar quando a lei assim o autorizar.

O princípio da legalidade, aplicado ao processo administrativo, tem dupla incidência, portanto: obriga que sejam respeitadas as normas regentes do processo e aplicáveis ao ato que se busca praticar e impõe que o administrador só utilize do processo para a prática de atos que se justifiquem à luz da lei.

O lançamento tributário essencialmente é um ato administrativo vinculado e portanto regido na estrita observância da Lei o que impõe ao ato sua execução restrita à moldura legal, sem margem à discricionariedade por parte do agente fiscalizador.

Por sua vez, o julgamento administrativo do contencioso tributário tem como dever observar o rigoroso cumprimento da legalidade no lançamento fiscal.

Ao examinar os elementos que compõe os autos, constato a existência vícios procedimentais que comprometem a legalidade do lançamento.

Verifico a existência dois fatos a serem observados: um refere-se a inobservância do procedimento fiscal e outro, a falta de provas que garantem a verdade material para a sustentação da acusação fiscal.

A primeira questão se refere ao fato de se ter utilizado para o lançamento, o Auto de Infração – modelo 4, destinado às ações da fiscalização de mercadorias em trânsito, executada por agentes fiscais atuando no trânsito de mercadorias.

Friso que é importante observar que as ações da fiscalização de mercadorias em trânsito, tem sua própria dinâmica e ocorrem quando as mercadorias, estando transitando, caso o agente fiscal constata no instante, alguma ocorrência de infração à legislação, atua tempestivamente procedendo ao lançamento de ofício.

Ressalto que a fiscalização de mercadorias em trânsito se caracteriza pelo fato de estarem as mercadorias, objeto da apuração de possíveis irregularidades, transitando e não pelo fato da autoridade fiscal está lotada no órgão responsável pela fiscalização de mercadorias em trânsito.

É evidente que mercadorias não se encontrando em trânsito, no momento da ação fiscalizadora, a forma de se apurar alguma irregularidade ou infração, fica ao cargo das autoridades fiscalizadoras encarregadas de atuarem na fiscalização de estabelecimentos, que deverá apurar possíveis ilícitos, aplicando critérios próprios e roteiros de auditoria adequados para as diversas situações.

No caso em lide, a ação da Autuante, lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Diretoria Metropolitana de Salvador é incompatível com a apuração das irregularidades possivelmente ocorridas no estabelecimento, sendo assim, considero o roteiro aplicado inadequado na apuração do ilícito tributário.

Outro aspecto a ser observado, refere-se as provas do ilícito tributário, motivo do lançamento. A constatação da existência de documentos extrafiscais não é prova suficientemente robusta para assegurar que a Autuada praticava operações de venda de mercadorias sem a emissão de documento fiscal a que está obrigada. É necessário e imprescindível que se demonstre de forma inequívoca a relação entre os documentos extrafiscais apresentados e apensados aos autos e a

efetiva saída de mercadorias sem a exigida documentação fiscal, tecendo assim a amarração entre a observação e a ocorrência do fato. Dessa forma, o procedimento fiscal não deixa dúvidas acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal.

Registro que a Autuante deixou de aplicar, por exemplo, o roteiro de contagem de caixa, procedimento fiscal útil e hábil para a constatação da ocorrência descrita. Este roteiro implica em comparar os valores e numerários em caixa, *versus* documentos fiscais emitidos naquele dia, e resultaria na prova do cometimento da regularidade, ou não. Assim não procedeu a fiscalização, portanto, não comprovando a existência, em caixa, de numerário sem amparo documental, o fato da existência de documentos extrafiscais, não é prova suficiente para sustentar a exação.

Nestes termos, recomendo ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuintes, que verifique o cumprimento de obrigações tributárias do sujeito passivo, em novo procedimento de fiscalização que não contenha os vícios acima enumerados.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do 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 **118805.0093/14-3**, lavrado contra **JT COMÉRCIO INDÚSTRIA DE METAIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR