

A. I. N° - 210436.0280/17-0
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/11/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0157-01/18

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; os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, fulminam de materialidade a exigência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2017, exige ICMS no valor de R\$111.524,00, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em razão da irregularidade descrita a seguir: *“falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, ocorrido em 13/12/2017.”*

Consta ainda no campo descrição dos fatos: *“falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial/total sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedente de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado. Apuração feita pela Central de Operações Estaduais – COE, Mandado de Fiscalização nº 02399478000161-20171213, em consonância com o Decreto nº 14.208/13.”*

O autuado apresentou defesa das fls. 39 a 46. Disse que os documentos e planilhas fornecidos não comprovam com efetividade a natureza e a matéria tributável, por estarem ausentes os canhotos das notas fiscais, conhecimento de transporte e/ou registro de trânsito de mercadorias.

Alegou que houve ocultação da data de emissão dos DANFE's, no intuito de encobrir o fato de que a fiscalização operada se deu fora das atribuições regimentais da fiscalização de trânsito. Concluiu que o que se extrai dos autos é de que ocorreu uma verdadeira fiscalização de estabelecimento executada por preposto fazendário com atribuições da fiscalização de trânsito, portanto, incompetente regimentalmente para executar o múnus proposto no presente PAF. Assim, requereu a nulidade do auto de infração, pois a autuação não se deu de forma contemporânea e imediata aos fatos geradores.

Acrescentou que não foi lavrado o termo de apreensão de mercadorias, descaracterizando por completo a natureza da fiscalização própria da IFMT/METRO. Além disso, destacou que existiu um hiato desarrazoado de dias entre os fatos geradores demonstrados nos DANFE's e a data da lavratura do presente auto de infração, o que evidencia a ausência de contemporaneidade da autuação.

Ressaltou que o Auto de Infração também é nulo porque foi lavrado por agente incompetente, isto é, Agente de Tributos que, nos termos do inciso II, do artigo 7º da Lei Estadual nº 8.210/2002,

possui atribuição de executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, sob coordenação do auditor fiscal.

Acrescentou que o preposto fiscal não disponibilizou ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da Impugnação, o que maculou todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa. Disse que foram apresentadas as Notas Fiscais que serviram de supedâneo à autuação, que permitisse ao contribuinte exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, impondo a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II, do artigo 18 do RPAF/BA.

Assim, concluiu que ficou evidente a nulidade suscitada, devendo este CONSEF/BA declarar nulo o Auto de Infração, por vício insanável, em vista do flagrante cerceamento do direito de defesa, já que faltam informações relativas à base de cálculo, chave de acesso à NF-E/DANFE, ausentes também os termos de ocorrência fiscal e de apreensão, de modo a justificar o procedimento fazendário, maculando todo o procedimento impugnado.

Reiterou que os DANFEs objeto do presente Auto de Infração foram emitidos em datas que não coincidem com a sistemática do trânsito de mercadorias. Alegou que recebeu o presente Auto de Infração em desconexão ao elemento temporal que deve circundar circunstancialmente o Auto de Infração próprio do trânsito de mercadorias. Alertou que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta o presente Auto de Infração, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias, ou sequer, informações sobre o transporte das mesmas.

Concluiu que as operações que ensejaram a presente autuação ocorreram bem antes da lavratura e não na data indicada pela autuante. Ou seja, as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, não se verificaram 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.

Reiterou que, como o Auto de Infração 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.

Entretanto, argumentou 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.

Requeru ainda, que caso essa nobre junta entenda por manter incólume a autuação vergastada, seja reduzida a multa aplicada de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Na informação fiscal prestada (fls. 53 e 54), a autuante disse que o início da ação fiscal partiu de uma obrigação vinculada no cumprimento do dever funcional e em respeito à determinação da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, através Ordem de Serviço Mandado de Fiscalização, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208, de 13 de novembro de 2012, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, com base em documentos fiscais eletrônicos, enviados pela Central de Operações Estaduais. Destacou que, se a ação fiscal ocorreu com apenas um documento fiscal (anexado ao processo), como poderia haver fornecimento de outros documentos.

VOTO

A autuação 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 lavratura do Auto de Infração (26.12.2017), da data de emissão dos documentos fiscais (fl. 04) e da intimação do contribuinte (06/02/2018) (fl. 37), além da existência de Mandado de Fiscalização (fl. 05), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Inexiste nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal 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 BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 05); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 04); quinze DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão entre 27 de novembro e 11 de dezembro de 2017 (fls. 20 a 34); todos, em contrário, comprovam que não se trata de operação ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo ainda, 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/BA, 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 transito 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/BA – Decreto nº 7.629/99). 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 de a 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, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a investigação, o que efetivamente não ocorreu no caso em concreto, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 13/12/2017, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias, nessa data. Um Mandado de Fiscalização para o comparecimento do Agente de Tributo no estabelecimento do autuado foi expedido na mesma data, conforme consta nos documentos retro referenciados. Respectivo Auto de Infração somente foi lavrado, no dia 26/12/2017. Verifico ainda que a intimação regular ao contribuinte somente ocorreu em 06/02/2017 (fl. 37), constituindo-se um atraso considerável na apuração do suposto ilícito tributário, simplesmente pela falta de observação do rito legal próprio.

Em não se tratando de ocorrência pontual no trânsito de mercadorias e sendo o contribuinte autuado inscrito no cadastro de contribuinte na condição de normal, não poderia o respectivo Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, consoante à Lei nº 11.470/09, além do RPAF BA.

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, RPAF/BA), lugar da autuação dos agentes de tributos, para constituição de créditos tributários (art. 42, II, RPAF/BA).

Ademais, o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado através de análises e cruzamentos prévios das informações, mediante critérios de relevância e risco da mercadoria, do contribuinte e do transportador. O monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como de risco de sonegação. Em momento algum este decreto buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria, para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário e, ainda assim, continuarem a ser consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (as operações listadas não são operações de trânsito) e ausência do Termo de Ocorrência, 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 todo exposto, o presente Auto de infração é NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210436.0280/17-0**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR