

A. I. Nº - 210765.0739/18-8
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO (SUPER ARMAS E MUNIÇÕES)
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-01/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE PAGAMENTO NA ENTRADA DO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acolhidos os argumentos defensivos concernentes à nulidade do lançamento, uma vez que foram atendidas as determinações legais e regulamentares. No mérito, restando comprovado o descredenciamento do autuado, a exigência do imposto por antecipação parcial encontra amparo nas disposições do art. 332, III, "b" do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Mantida a multa aplicada. Incompetência dos órgãos julgadores administrativos para apreciar questão relacionada à constitucionalidade da legislação tributária. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/11/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$103.808,54, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Falta de recolhimento do 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.*

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere a mercadorias (armas e munições) acobertadas pelos DANFEs nºs 547609, 547837, 547485, 548482, 548548, 548626 e 550033, procedentes de outras unidades da Federação e destinadas para comercialização a Contribuinte neste estado com inscrição estadual descredenciada no CAD-ICMS/BA.

O autuado apresentou defesa (fls.30 a 36). Alega que apesar de a autuante ter apresentado demonstrativo de cálculo e planilha com informações concernentes à autuação, os documentos e planilhas que lhe foram fornecidos não comprovam com efetividade a natureza e a matéria tributável, por estarem ausentes elementos necessários ao desenvolvimento regular da ampla-defesa, haja vista que inexiste canhoto das notas fiscais, conhecimento de transporte e/ou registro de trânsito de mercadorias.

Registra como importante que houve ocultação da data de emissão dos DANFEs, segundo diz, talvez de forma proposital, no intuito de encobrir o fato de que a fiscalização operada se deu fora das atribuições regimentais da fiscalização de trânsito.

Salienta que a fiscalização de trânsito deve se ater à contemporaneidade e imediata relação jurídica tributária. Diz que o que se extrai dos autos foi uma verdadeira fiscalização de estabelecimento realizada por preposto fazendário com atribuições da fiscalização de trânsito, portanto, incompetente regimentalmente para executar o múnus proposto no presente PAF.

Afirma que existe demonstração concisa de que a autuação não se deu de forma contemporânea e imediata aos fatos geradores, reforçando a tese defensiva quanto à nulidade absoluta do presente Auto de Infração.

Registra, ainda, a falta de termo de apreensão de mercadorias, descaracterizando por completo a natureza da fiscalização própria da IFMT/METRO., situação que se perpetua e se constata pelo modelo utilizado do Auto de Infração, próprio de fiscalização de trânsito de mercadorias, quando, na verdade, a autuação é proveniente de procedimento Mandado de Fiscalização emitido pelo COE.

Prosseguindo, alega a incompetência do agente.

Observa que requisito essencial à validade do ato administrativo diz respeito à capacidade e competência do agente para praticá-lo, a exemplo do presente lançamento de ofício.

Assevera que o Auto de Infração em lide foi lavrado por agente incompetente, no caso Agente de Tributos, pois, 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 a coordenação do Auditor Fiscal.

Acrescenta que a referida lei também prevê que são atribuições privativas do Auditor Fiscal constituir privativamente créditos tributários por meio de lançamento de ofício com lavratura de autos de infração.

Diz que o caso em exame admite conclusão no sentido de que todo o ato hostilizado está maculado pela ausência de agente competente, por se tratar de Auto de Infração que não é decorrente da fiscalização de trânsito, e ainda, não ter sido coordenado por Auditor Fiscal, na forma preconizada pela legislação tributária do Estado da Bahia.

Sustenta que desse modo, a incompetência do agente somada à ausência de subscrição por parte de Auditor Fiscal Coordenador, avulta todo o procedimento devendo este ser declarado nulo, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPAF/BA.

Continuando, alega cerceamento do direito de defesa.

Consigna que a autuante não lhe disponibilizou todos os papeis de trabalho necessários à confecção da peça defensiva, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa. Neste sentido, invoca e reproduz o artigo 44 do RPAF/BA/99.

Afirma que a ausência dos pressupostos previstos nos dispositivos invocados geram inúmeras consequências que inviabilizam o exercício regular do direito de defesa do Contribuinte, já que não teria à sua disposição todos os documentos necessários para impugnar com precisão os itens pontuados pela autuante. Ou seja, o fato de não terem sido entregues todos os papeis de trabalho, a exemplo das Notas Fiscais que serviram de supedâneo à autuação, que permitisse exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, previsto no artigo 2º do RPAF/BA, impõe a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II do artigo 18 do RPAF/BA. Reproduz o referido dispositivo regulamentar processual.

Conclusivamente, diz que resta evidente a nulidade arguida do Auto de Infração.

No mérito, consigna que da análise dos documentos constantes nos autos, é possível extrair que o Auto de Infração foi lavrado por Agente de tributos Estaduais em modelo próprio, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias.

Afirma que certo é que recebeu o Auto de Infração em lide em desconexão ao elemento temporal que deve circundar circunstancialmente o Auto de Infração próprio do trânsito de mercadorias. Alega que apesar de se tratar de Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, não se pode afirmar que se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, em vista dessa extemporaneidade.

Destaca que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta a autuação, não contém a assinatura

do autuado, tampouco do detentor das mercadorias, ou sequer, informações sobre o transporte das mesmas.

Diz que não resta dúvida que se trata de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, haja vista 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.

Afirma que dessa forma, diante dos fatos aqui delineados, e, também, em confronto com os dados constantes nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, verifica-se que as operações que ensejaram a presente autuação, ou seja, o transito da mercadoria se deu em momento dispare daquele indicado pelo preposto fazendário. Acrescenta que significa dizer que as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, não se verificaram no trânsito de mercadorias, mas sim em datas desconexas, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, mediante fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Acrescenta que outro vício de substancial importância presente nos autos é que, por não se tratar de uma operação ocorrida no trânsito de mercadorias e, sim, relacionada a apuração de fatos desconectados, deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no seu estabelecimento, cujo procedimento deve observar às normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Salienta que examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, há de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento.

Consigna que nesse ponto, 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.

Observa que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. No presente caso, 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.

Alega que é possível notar 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 extraí dos autos.

Ressalta que de acordo com os documentos que se extraem dos autos, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Diz que da análise dos citados documentos constata-se que se trata 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 Auto de Infração no modelo empregado, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se trata de fatos pretéritos, enquanto a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea.

Salienta que nessa situação, o preposto fiscal, 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.

Assevera que nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu na presente situação. No caso em questão, 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. Sustenta que dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Acrescenta que o Decreto nº 14.208/12 dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos. O decreto é técnica e juridicamente perfeito. Resta ser cumprido. O decreto não manda que autoridades incompetentes executem atos com desvio de função. Em nenhum momento o decreto se refere à lavratura de AI. 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, o víncio assinalado gravíssimo, pois afeta a legalidade do lançamento, não admitindo 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.

Consigna que apenas por amor ao debate, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda por manter a autuação vergastada, requer a redução da multa imposta de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 52 a 58). Discorre sobre a conduta que deve ser seguida tanto pela administração pública quanto pelo administrado. Neste sentido invoca e reproduz o art. 8º e seus incisos da Lei nº 12.209/2011. Afirma que o impugnante em momento algum questionou a motivação da autuação onde constam as circunstâncias de fato e de direito, sendo incontroverso que o Contribuinte descredenciado adquiriu mercadoria tributada de outra unidade da Federação. Diz que a defesa apresentada limita-se a apontar suposto víncio de incompetência, bem como inexistência dos motivos justificadores do ato administrativo. Assevera que a pretensão defensiva contraria os próprios documentos acostados aos autos.

Contesta a arguição defensiva de nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa. Afirma que o Auto de Infração (fls.1/2); o Demonstrativo de Cálculo (fl. 3); e o Termo de Apreensão (fls.4/5) - esse que incorpora o Termo de Fiel Depositário -, foi assinado por pessoa autorizada pelo próprio representante (fl.21) que subscreve a peça defensiva.

Ressalta que a ação fiscal ocorreu no dia 05/11/2018 quando o condutor do veículo placa DJF 6660 (fl. 20) e ASM 4565 (fl. 17) apresentou dos documentos que acobertavam a circulação física das mercadorias no Posto Fiscal Benito Gama.

Diz que salta aos olhos que a ação fiscal ocorreu antes da previsão de chegada das mercadorias no estabelecimento do autuado, sendo de uma claridade solar que as mercadorias estavam circulando. Acrescenta que os fatos comprovados por documentos são inegáveis, inexistindo víncio quanto a indicação ou não dos motivos justificadores da autuação.

Consigna que o impugnante alegou, ainda, suposto víncio de incompetência do agente, em virtude de o ato de lançamento não se incluir nas atribuições legais da autuante. Reproduz citações do impugnante.

Assevera que os fatos e documentos que compõem o presente Auto de Infração se contrapõem aos argumentos defensivos. Diz que causa espécie o impugnante não mencionar qualquer documento que pudesse comprovar suas alegações.

Explica: diz inexistir nos autos qualquer menção a Mandado de Fiscalização pelo COE, ao revés, conforme fls. 1 a 5 dos autos, toda a ação fiscal e consequente lavratura do Termo de Apreensão/Termo de Depositário Fiel, assim como o Auto de Infração ocorreu no Posto Fiscal

Benito Gama, situado a 530 km do destino das mercadorias, e, obviamente, sem qualquer ligação com a IFMT/METRO. Acrescenta que o Termo de Depósito (fl. 5) nomeia o Posto Fiscal Benito Gama como repartição fazendária responsável para dirimir as dúvidas, mencionando o endereço de Vitória da Conquista, além da IFMT/SUL, situado no mesmo município.

Acrescenta que nos documentos de fls. 7/8 constam carimbo da expedição do estabelecimento emitente com data de saída de 29/10/2018, em momento em que foram as mercadorias coletadas pela transportadora. Observa que esses DANFEs foram emitidos entre 26 e 29 de outubro de 2018. Já os DANFEs de fls. 10 a 13 foram emitidos entre 25 e 30 de outubro e coletados, conforme carimbo, em 30/10/2018. O DANFE de fl. 15, emitido em 03/10/2018, coletado em 01/11/2018.

Observa que todos os DANFEs apontam no campo “Transportador” a empresa RPA Transportes e Logística Ltda. EP, situada no município de São Paulo, empresa esta emitente dos DACTEs de fls. 9, 14 e 16. Registra que em todos os DACTEs constam datas de previsão de entrega posteriores à ação fiscal e, por consequência, a autuação. Acrescenta que em todos os DACTEs consta no campo “Observações” a mesma seguradora, no caso CHUBB SEGUROS BRASIL S.A., bem como a mesma Apólice de Seguro de nº 17211000698614 para o transporte.

Salienta que o próprio advogado do autuado que assinou a peça defensiva (fl.47) enviou *e-mail* com documentos de representação anexados (fls. 21 a 25) no dia 25/11/2018, data da autuação, autorizando, em nome do autuado, que o condutor das mercadorias assinasse o Termo de Depósito, ...*das mercadorias descritas, conforme Auto de Infração nº. 210765.0739/18-8.*

Ressalta que até por consulta pública ao Portal da Nota Fiscal eletrônica é possível confirmar que a tentativa do impugnante de elidir a autuação não pode prosperar. Observa que a consulta pública é acessível a qualquer interessado.

Frisa que por respeito ao princípio da busca da verdade real realizou essas consultas anexadas aos autos, onde restou comprovado que todos os DANFEs foram acobertados por Manifesto de Documentos Fiscais (MDF-e) emitidos em 03/11/2018, com registros de passagens automáticos nos Estados de São Paulo e Minas Gerais nesta mesma data e no Estado Bahia em 05/11/2018, mesma data da autuação no Posto Fiscal Benito Gama.

Assinala que o autuado se encontra descredenciado por existência de crédito tributário inscrito em dívida ativa e que a regularidade fiscal do Contribuinte é condição indispensável para o seu funcionamento, mesmo porque o não pagamento de tributos permite grande vantagem competitiva no mercado às empresas inadimplentes.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame cuida do cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual descredenciada no Cadastro de Contribuintes do ICMS/BA.

Incialmente cumpre observar que o lançamento de ofício em exame foi efetuado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente o seu art. 39.

Claramente a descrição da conduta infracional imputada ao autuado encontra-se consignada no Auto de Infração, inclusive com complementação no campo “Descrição dos Fatos”, sendo possível identificar-se o sujeito passivo, a data de ocorrência, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o montante do débito.

Verifica-se que o direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte foi preservado, inclusive com a entrega dos elementos elaborados pela Fiscalização, inexistindo vícios ou falhas capazes de inquinar de nulidade o ato de lançamento, portanto, inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art.18 do RPAF/99.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida por cerceamento do direito de defesa.

Quanto à nulidade arguida por incompetência do agente, também não há como prosperar a pretensão defensiva.

Alega o impugnante que o Auto de Infração é nulo, haja vista que lavrado por Agente de Tributos Estaduais como se a conduta infracional imputada tivesse ocorrido no trânsito de mercadorias, contudo, sustenta que o fato não teria ocorrido no Posto Fiscal Benito Gama, mas sim em momento posterior, o que exige que a ação fiscal ocorra por meio de fiscalização de estabelecimento, fato este que enquadra a Agente de Tributos autuante como autoridade incompetente.

A análise dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que não há como se declarar a nulidade arguida pelo impugnante por incompetência do agente, haja vista que, claramente, a conduta infracional imputada ao autuado ocorreu no trânsito de mercadorias, conforme explanação abaixo:

- a ação fiscal ocorreu no dia 05/11/2018 quando o condutor do veículo placa DJF 6660 (fl.20) e ASM 4565 (fl.17) apresentou os documentos que acobertavam a operação de circulação física das mercadorias no Posto Fiscal Benito Gama;
- os DANFEs nºs 547609, 547837, 547485, 548482, 548548, 548626 e 550033, cujas cópias se encontram acostadas às fls. 7, 8, 10, 11, 12, 13 e 15, foram todos emitidos no mês de outubro;
- todos os DANFEs registram no campo “Transportador” a empresa RPA Transportes e Logística Ltda. EP, situada no município de São Paulo, empresa emitente dos DACTEs de fls. 9, 14 e 16;
- todos DACTEs constam datas de previsão de entrega posteriores à data da ação fiscal, portanto, da autuação;
- em todos os DACTEs consta no campo “Observações” a mesma seguradora, no caso CHUBB SEGUROS BRASIL S.A., bem como a mesma Apólice de Seguro de nº 17211000698614 para o transporte;
- todos os DANFEs foram acobertados por Manifesto de Documentos Fiscais (MDF-e) emitidos em 03/11/2018, com registros de passagens automáticos nos Estados de São Paulo e Minas Gerais nesta mesma data e no Estado Bahia em 05/11/2018, mesma data da autuação no Posto Fiscal Benito Gama, conforme consulta pública realizada pela autuante no Portal da Nota Fiscal eletrônica.

Diante da explanação acima resta claro que a autuante, na condição de Agente de Tributos Estaduais é competente para lavrar o Auto de Infração em lide, conforme estabelecido na Lei nº 11.470/2009.

A alegação defensiva de que não houve a comprovação do registro do trânsito das mercadorias, ausência de CTRC e falta de assinatura do canhoto da nota fiscal, também, não merece prosperar.

Isso porque a operação objeto da autuação se deu por meio de Notas Fiscais eletrônicas, sendo que os DACTEs estão acostados aos autos, assim como cópia do documento do veículo da empresa transportadora, e da carteira de habilitação do motorista, documentos estes que certamente comprovam a ocorrência da operação.

No que denominou de “questões de mérito”, o impugnante alega que o Termo de Ocorrência Fiscal que fundamenta o Auto de Infração em lide não contém a assinatura do autuado. Tal

alegação também não procede. Claramente constata-se a assinatura no campo próprio do referido termo.

Do mesmo modo, não procede à alegação defensiva atinente ao Mandado de Fiscalização COE. Inexiste nos autos qualquer indicação referente ao Mandado de Fiscalização COE aduzido pelo impugnante.

Vale reiterar que a ação fiscal ocorreu no Posto Fiscal Benito Gama, conforme se comprova com os elementos elaborados pela autuante, no caso Termo de Apreensão/Termo de Depositário Fiel e Auto de Infração.

É certo que o autuado se encontrava descredenciado para efeito de postergação do pagamento do ICMS antecipação parcial, conforme documento de fl. 18 acostado pela autuante, portanto, correta a exigência fiscal quanto do ingresso das mercadorias no território deste Estado em conformidade com o art. 332, inciso III, "b" do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12.

Por derradeiro, quanto à alegação defensiva atinente a multa aplicada, cumpre consignar que esta penalidade tem previsão na Lei nº 7.014/96, portanto, fica mantida, mesmo porque falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para reduzir penalidade por descumprimento de obrigação principal. Além disso, cabe também observar que o art. 167, I do RPAF/BA, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1047/18-2**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO (SUPER ARMAS E MUNIÇÕES)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.808,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR