

A. I. Nº - 213090.0058/19-5
AUTUADO - AROMA COFFEE COM. IMP E EXP. DE CAFÉ EIRELI
AUTUANTE - JORGE FAUSTINO DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-04/20-VD

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FLAGRANTE DE ENTREGA EM LOCAL DIVERSO DO DOCUMENTO FISCAL. Não configura auditoria de estabelecimento o flagrante realizado por preposto fiscal da IFMT em estabelecimento comercial. Confirmado se tratar de operação do trânsito de mercadorias, não há falar em incompetência do servidor para o lançamento do crédito tributário em desfavor de em estabelecimento inscrito como contribuinte normal. Afastada a nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O AUTO DE INFRAÇÃO objeto deste relatório foi lavrado em 08/11/2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$33.750,00, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 53.01.04 – Entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos: “Veículo de placa policial IUM 3035 estava descarregando 20 BAGS contendo 30.000 Kg de café Conilon em grãos acompanhada do DANFE 6369 – CHAVE 3219.1118.4050.4700.0109.5500.1000.0063.6910.0636.9149 emitida por empresa do ESPÍRITO SANTO (18.405.047/0001-09), tendo como destino empresa do CEARÁ (63.310.411/0001-01)”.

A autuada apresentou sua defesa nas páginas de fls. 16 a 31, nos seguintes termos:

Ao tratar do tópico “1 – DOS FATOS”, descreveu a infração que lhe foi imputada e fez as seguintes considerações para defender a sua tese:

“1 – O sujeito passivo não pertence ao regime do Simples Nacional, pois apura o ICMS pelo regime normal, ou seja, pela conta corrente fiscal (doc. 04), portanto, falta-lhe competência legal para exigência do tributo, uma vez que a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento, conforme consta no endereço do autuado e não contra a empresa transportadora;

2 – A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento e não no transito de mercadorias, e, portanto faltando o atendimento as formalidades inerentes à fiscalização de estabelecimento, a exemplo de intimado ou termo de inicio de fiscalização, como o CONSEF já decidiu:

ACORDAO JJF Nº 0143-04/15. EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL REALIZADO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO, NAO COMPATIVEL COM A FISCALIZAÇÃO DESENVOLVIDA NO TRANSITO DE MERCADORIAS, FALTANDO O ATENDIMENTO AS FORIVIALIDADES INERENTES A FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO, A EXEMPLO DE INTIMAÇÃO OU TERMO DE INICIO DE FISCALIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. DECISAO UNANIME.

ACORDAO JJF NP- 0134-03/15. EMENTA: ICMS. SUBSTITUIRii° TRIBUTARIA. FALTA DE RETEKAO DO IMPOSTO. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL REALIZADO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO, NAO COMPATIVEL COM A FISCALIZAW DESENVOLVIDA NO TRANSITO DE MERCADORIAS, FALTANDO O ATENDIMENTO AS FORMALIDADES INERENTES A FISCALIZAÇA

DE ESTABELECIMENTO, A EXEMPLO DE INTIMAÇÃO OU TERMO DE INICIO DE FISCALIZACAO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. DECISAO UNANIME.

3 - Incorre em ilegitimidade passiva, pois se a ação fiscal fosse realmente desenvolvida no transito, não deveria (faltar o termo de ocorrencia, e deveria ser atribuida responsabilidade solidaria ao transportador jamais ao contribuinte autuado)."

Asseverou que ocorreram muitos equívocos na ação fiscal em exame, uns decorrentes de materia de fato, outros de direito, culminando na lavratura do auto de infração em debate. Por esta razão, pleiteiou a nulidade ou a improcedência total da ação fiscal.

Em seguida, tratou do tópico "2 – DO DIREITO", fazendo conjecturas sobre a atividade vinculada do servidor público e sua limitação quando do exercício da função, buscando albergue na Constituição Federal e na doutrina.

Afirmou ao final que a ação da autoridade fiscal possui vários vícios, motivo pelo qual pleiteia a decretação de sua nulidade, pelos motivos que expôs logo em sequência, vejamos:

Iniciou em seguida, o tópico "II.1 - DAS PRELIMINARES, II.1.A - DA INCOMPETÊNCIA DO AGENTE FISCAL". Explicou que o sujeito passivo autuado é empresa inscrita como contribuinte NORMAL e optante pelo sistema de apuracao via conta corrente fiscal, com base no cotejamento entre os debitos e creditos fiscais. E não se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte, adstrita ao regime juridico conhecido coma "Simples Nacional".

Deste modo, asseverou que faltaria competência ao Autuante por ser este Agente de Tributos Estaduais como determina o disposto no art. 7º inciso III da Lei 8.210/2002, que delimita a competência deste profissional às ações do transito de mercadorias e em auditoria de estabelecimentos em microempresas optante do Simples Nacional, tendo citado também os dispositivos art. 42, II do RPAF e art. 107, §3º do COTEB, todos reproduzidos.

Pontuou que tal vício, acarretaria a nulidade do procedimento, porque está a empresa cadastrada como contriuinte normal. Neste sentido, a nulidade do auto de infração vem sacramentada pela disposicao do art 18, I do RPAF-BA:

"Art. 18. Sao nulos: I - os atos praticadas por autoridade, orgao ou servidor incompetente; II - as atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; III – as decisões não fundamentadas; IV – O lançamento de oficio; a) que nao contiver elementos suficientes para se determinar, corn seguranca, a infração e o infrator;[...]"

Destacou ainda os seguintes escólios: ACÓRDÃOS: JJF N20175-01/15, JJF N° 0115-02/15 E JJF N° 0044-02/15 e JJF N° 0181-05/17.

Rematou ser pacífico junto ao CONSEF que a constituição do crédito fiscal é de competência exclusiva dos Auditores Fiscais, exceto quando se tratar de operações do trâncisto de mercadorias e auditoria de estabelecimento junto a empresas optantes do Simples Nacional. E que o lançamento em tela, em vista do exposto, está prejudicado por este vício insanável da incompetência do servidor que praticou o ato.

Adentrando ao tópico II.1.B – DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, reiterou que a incompetência do servidor que procedeu o lançamento em tela comprometeu o princípio do devido processo legal, pois defende que a operação que resultou na presente exação, decorreu de uma auditoria de estabelecimento, porém transcorreu sobre o protocolo de auditoria do trânsito de mercadorias. Ou seja, nas palavras da defesa:

"Srs. Conselheiros, como se constata no corpo do auto de infração em apreço, o nobre autuante desenvolve ação fiscal de trânsito no estabelecimento do sujeito passivo. Tal assertiva encontra-se comprovada na nota fiscal nº 6369 (Doc.05), que acoberta a circulação das mercadorias, ou seja, procede fiscalização típica de auditoria fiscal de trânsito no estbelecimento da empresa baiana AROMA COFFEE COM. IMP E EXP. DE CAFÉ EIRELI. Porque se assim não fosse, e se efetivamente a mercadoria estivesse sendo entregue a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, a atuação deveria recair sobre o transportador da mercadorias, jamais sob o estabelecimento autuado.

O que se verifica é que o AUTO DE INFRAÇÃO MODELO 4, ESPECÍFICO PARA FISCALIZAÇÃO DO TRÂNSITO DE MERCADORIAS, foi lavrado para alcançar operações de comércio, deixando de observar

aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício como a lavratura de ‘TERMO DE OCORRÊNCIA’ que materializa a fiscalização de mercadorias em trânsito.”

Citou e reproduziu ementas de diversos acórdãos deste CONSEF que disse corroborar com a sua tese.

Passando ao tópico *II.2 –DO MÉRITO/ DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTUADA*, reproduziu a descrição dos fatos conforme consta do auto de infração em tela e afirmou que a Impugnante não é empresa do ramo de transportes, não sendo, portanto, responsável pela entrega das mercadorias objeto da autuação.

Asseverou que no caso é flagrante a ilegitimidade passiva da Impugnante, pois esta não teria relação jurídica nem com a emitente da nota fiscal empresa do ESPÍRITO SANTO (18.405.047/0001-09), bem como a destinatária, empresa do CEARÁ (63.310.411/0001-01). Salientou que nem mesmo solidariamente poderia ser alcançada haja vista o art. 125 do CTN.

Pede pela nulidade e subsidiariamente pela improcedência do presente auto de infração.

O autuante apresentou a sua informação fiscal às fls. 55 a 56, e explicou que mesmo a operação acontecendo dentro do estabelecimento da empresa autuada/impugnante, não se tratou de fiscalização de comércio e sim de trânsito.

Afirmou que fora constatado que o contribuinte estava realizando operação simultânea de carga e descarga de mercadoria (café conilon) utilizando documento fiscal de outra empresa (DANFE 6369, fl. 06). Disse que tudo pode ser observado na mídia “fotos e vídeo” em anexo à fl. 58.

Asseverou que a ação fiscal não se deu após a entrada da mercadoria. Ressaltou não se tratar de fiscalização de fato gerador pretérito. Que a ação fiscal se deu durante operação simultânea de carga e descarga de mercadoria (café conilon) utilizando documento fiscal de outra empresa (DANFE 6369, fl. 06), no momento da ocorrência do fato gerador.

Salientou que o processo preenche todos os requisitos previstos na legislação que regulamenta a matéria RPAF/Ba. Art. 39. Termo de apreensão e ocorrência as folhas 04.

Disse não haver porque se falar em responsabilidade do transportador. Que a autuada/impugnante, utilizando documento fiscal de outra empresa, estava carregando e descarregando mercadoria (café conilon) no seu estabelecimento.

Reitera não restar dúvida de que o sujeito passivo da obrigação tributária é a Impugnante. Apontou que o § 3º o Art. 6º da Lei 7014/96 estabelece que: “*A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos*”.

Ressalta que os dados do transportador, motorista e placa do caminhão destacado no DANF 6369 (fl. 06) não batem com os documentos apresentados pelo motorista durante a ação fiscal (fl. 09 e 10).

Ao final, ratificou os fatos e fundamentos constantes da autuação (fls.01/09), requer, em princípio, que esse Colendo Conselho de Fazenda não acate a preliminar arguida e no mérito, que o presente Auto de Infração sob nº 2130900058/19-5 seja julgado totalmente PROCEDENTE.

A defesa voltou a se pronunciar às fls. 65 a 66 e apenas repetiu os argumentos da defesa original.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e cálculo do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Quanto a alegação da defesa quando sustentou pela nulidade, arguindo incompetência do preposto fiscal para efetuar o lançamento, por entender que a ação fiscal não se passou no

trânsito de mercadorias, posto que o flagrante ocorreu dentro do seu estabelecimento, considero insubsistente, pois o que caracteriza a ação do trânsito de mercadorias é o fato da interceptação em tempo real do fato econômico que enseje o fato gerador do imposto.

Portanto, não resta dúvidas de que o presente lançamento decorreu de um flagrante de ilícito tributário o qual jamais poderia ser detectado em auditoria de estabelecimento, posto que só passível de detecção se for objeto de interceptação no momento de sua ocorrência, como está efetivamente caracterizado nos autos, através do termo de visita fiscal à fl. 03, termo de apreensão e ocorrências às fls. 04 e 05.

Ademais, foi exemplarmente cuidadoso o servidor do fisco estadual, pois além dos documentos já mencionados, suficientes para caracterizar o ilícito, acrescentou aos autos à fl. 58, fotos e vídeos esclarecedores do ocorrido. De modo que, restou afastada, peremptoriamente, a nulidade alegada.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração contém uma única infração elencada que diz respeito ao flagrante de entrada de mercadoria em estabelecimento diverso do indicado no documento fiscal, devidamente registrado.

Entendo descaber a alegada ilegitimidade passiva da Impugnante, sob argumento de que não teria relação jurídica nem com a emitente da nota fiscal empresa do ESPÍRITO SANTO (18.405.047/0001-09), bem como a destinatária, empresa do CEARÁ (63.310.411/0001-01). Tendo salientado que nem mesmo solidariamente poderia ser alcançada haja vista o art. 125 do CTN.

É que a infração foi fartamente comprovada, por isso não há falar em ilegitimidade passiva, posto que as mercadorias objeto da autuação fora flagrada sendo receptada pela Impugnante, através de documento fiscal inidôneo, haja vista que previa como destinatário das mesmas outro estabelecimento.

Também não há falar em incompetência do Autuante, posto se tratar a ação fiscal de inequívoco procedimento de auditoria do transito de mercadorias, e por isso, também não há falar em inobservância do devido processo legal.

Destarte, voto pela procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213090.0058/19-5**, lavrado contra a empresa **AROMA COFFEE COM. IMP E EXP. DE CAFÉ EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.750,00**, acrescido da multa de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR