

A. I. Nº - 213090.0057/19-9
AUTUADO - AROMA COFFEE COM. IMP. E EXP. DE CAFÉ EIRELI
AUTUANTE - JORGE FAUSTINO DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-04/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS IDÔNEOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Documentos anexados ao auto de infração comprovam a realização de operação sem emissão de documento fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/11/2019, reclama o valor de R\$22.500,00, acrescido da multa de 100%, sob a seguinte acusação: “*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 confundir-se e substituí-lo, em flagrante desrespeito às disposições da Legislação tributárias*”.

Consta ainda na descrição dos fatos a seguinte informação: “*Veículo de placa policial IUM 3035 carregando na empresa autuada com 20BAGS contendo 30.0000 kg de Café Conilon em grãos, acompanhada do DANF 6369- CHAVE 3219.1118.4050.4700.0109.5500.1000.0063.6910.0636.9149 emitida por empresa do ESPIRITO SANTO (18.405.047/0001-09) tendo como destino empresa do CEARA (63.310.411/0001-01)*”.

O sujeito passivo através de advogado legalmente habilitado apresenta defesa às fls. 16 a 36. Inicialmente pede que todas as intimações sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da empresa autuada, no endereço indicado, sob pena de nulidade.

Após uma síntese dos fatos diz que a ação fiscal não merece prosperar pelos motivos que passa a expor:

1 - O sujeito passivo não pertence ao regime do Simples Nacional, pois apura o ICMS pelo regime normal, portanto falta competência legal ao autuante para exigência do tributo, uma que a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento, conforme consta do endereço do autuado, e não contra a empresa transportadora.

2 - A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento e não no trânsito de mercadorias, e, portanto, faltando o atendimento das formalidades legais inerentes à fiscalização de estabelecimento, a exemplo de intimação ou termo de início de fiscalização, como o CONSEF já decidiu, conforme Ementas que transcreve.

3 - Ilegitimidade passiva, pois se a ação realmente fosse desenvolvida no trânsito, não deveria faltar o Termo de ocorrência, e deveria ser atribuída responsabilidade solidária ao transportador, jamais ao contribuinte.

Assevera que foram muitos os equívocos cometidos na ação fiscal, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, razão pela qual este Órgão julgador se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente consoante as razões que informa irá expor.

Após fala sobre a ação da autoridade fiscal e função administrativa tributária, que deve ser exercida pela autoridade fiscal que exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em

que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da mais estrita legalidade e em seguida afirma que o caso “sub examine”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua NULIDADE.

Em seguida, apresenta as seguintes arguições de nulidade ao lançamento fiscal.

INCOMPETENCIA DO AGENTE FISCAL – afirma que não se trata de microempresa ou empresa de pequeno porte na empresa adstrita ao regime jurídico do Simples Nacional, portanto, não poderia sofrer a cobrança por parte do agente fiscal autuante, por falta de competência legal para fazê-lo consoante determina expressamente, nos termos do inciso III do art. 7º da Lei Estadual nº 8.210/2002, com redação modificada pela Lei nº 11.470/2009, comando replicado no art. 42, II do RPAF-BA, e igual disposição contida no art. 107§ 3º do COTEB, cujas redações transcreve.

Tal vício de forma, acarreta a nulidade do procedimento porque a empresa está cadastrada como normal, neste sentido, a nulidade do auto de infração vem sacramentada pela disposição do art. 18, I do RPAF-BA, cujo teor transcreveu, assim como decisões deste Conselho.

Tendo em vista as irregularidades procedimentais elencadas, entende que a autuação está inquinada de vício no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização, que deveria ter sido por auditor fiscal, uma vez que o art. 18, inciso I e IV “a” do RPAF/BA, dispõe serem inválidos os atos praticados por agente incompetente.

2 - INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - Informa que de acordo com o descrito no auto de infração o autuante desenvolve ação fiscal de trânsito no estabelecimento do sujeito passivo. Tal assertiva encontra-se comprovada na Nota Fiscal nº 6369, que acoberta a circulação das mercadorias, ou seja, procede fiscalização típica de auditoria fiscal de trânsito no estabelecimento da empresa 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 autuação deveria recair sobre o transportador da mercadoria, jamais sob o estabelecimento autuado.

Frisa que o Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização de 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, evidenciando ofensa ao art. 18, incisos I e IV “a” do RPAF/BA.

Reafirma que o autuante desenvolveu a ação fiscal no estabelecimento da empresa e não no trânsito, e neste caso, a irregularidade ensejaria a lavratura de Auto de Infração modelo 3, e por dever de ofício, deveria seguir com total obediência todo o procedimento legal definido no RPAF/BA, sob pena de não ter qualquer validade jurídica seguindo todos.

Entende que se observa na constituição da acusação, vícios formais e materiais de procedimentos que inquinam de nulidade a ação fiscal, por inobservância do devido processo legal, quando se verifica que o autuante desenvolveu ação fiscal no estabelecimento da empresa, e não no trânsito.

Corroborando com tal situação, informa que a própria Secretaria da Fazenda determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, modelo 3, por Agentes Fiscais autuando em estabelecimento de empresas; modelo 4, por Agentes Fiscais em atividade de trânsito de mercadorias.

Ratificando tal entendimento, transcreve Ementas deste Conselho Administrativo e assevera que o lançamento de ofício deve ser declarado nulo, por inobservância do devido processo legal.

No mérito, assevera que a autuada não se encontra condição transportador das mercadorias, portanto, não é responsável pela suposta entrega das mercadorias em local conflitante nos documentos fiscais indicados, isto porque a Lei nº 7.014/96 em seu artigo 6º, inciso III atribui ao transportador a responsabilidade pelo pagamento do imposto, até porque a existência do DACTE

nº24425; do DAMDFE nº 8121 e do pedido de venda provam que a mercadoria detinha destinatário certo.

Ressalva a ilegitimidade do sujeito passivo para a exigência do imposto, posto que independentemente da relação jurídica existente entre o emitente da nota fiscal, estabelecida no Espírito Santo e a destinatária localizada no Ceará, o transportador é responsável solidariamente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, conforme se depreende do art. 67.014/96, III, da Lei.

Esclarece que a responsabilidade solidária tributária é tratada no artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) e no art. 125 do mesmo dispositivo legal são determinados os efeitos da solidariedade, e neste sentido este Conselho tem decidido, através de Ementas transcritas.

Finaliza pedindo a Nulidade Total do Auto de Infração, e não sendo este o entendimento postula à sua Improcedência.

Requer ainda que todas as intimações sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da empresa autuada, no endereço indicado, sob pena de nulidade.

Em sua Informação Fiscal às fls. 55 a 56, o autuante diz que a apresentou defesa alegando:

1. Incompetência do agente fiscal. Alega tratar-se de fiscalização de estabelecimento de competência de Auditor Fiscal.
2. Inobservância do devido processo legal. Alega falta de lavratura do termo de ocorrência que materialize a fiscalização de mercadorias em transito.
3. Ilegitimidade passiva da autuada. Atribui ao transportador a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Em seguida passa a se manifestar esclarecendo em relação ao tópico primeiro que mesmo a operação acontecendo dentro do estabelecimento da empresa autuada/impugnante, não se trata de fiscalização de comércio e sim de trânsito. Foi constatando que o contribuinte estava realizando operação simultânea de carga e descarga de mercadoria (café Conilon) utilizando documento fiscal de outra empresa (DANFE nº 6369, fl. 06), o que pode ser observado através da mídia “fotos e vídeo”, que informa estar anexando.

Acrescenta que diferentemente do que alega a Autuada/Impugnante, a ação fiscal não se deu após a entrada da mercadoria. Não se trata aqui de fiscalização de fato gerador pretérito. A ação fiscal se deu durante operação simultânea de carga e descarga de mercadoria (café Conilon) utilizando documento fiscal de outra empresa (DANFE nº 6369, fl. 06) Ou seja, no momento da ocorrência do fato gerador.

No que diz respeito ao item 2 diz 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.

Quanto ao item 3 entende que não há porque se falar em responsabilidade do transportador. A autuada/impugnante, utilizando documento fiscal de outra empresa, estava carregando e descarregando mercadoria (café Conilon) no seu estabelecimento. Não restando dúvida do sujeito passivo da obrigação tributária. Ademais o § 3º o Art. 6 da Lei nº 7014/96 afirma 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 nº 6369 (fl. 06) não batem com os documentos apresentados pelo motorista durante a ação fiscal (fls. 09 e 10).

Finaliza ratificando os fatos e fundamentos constantes da autuação (fls. 01/09), requer, em princípio, que esse Conselho de Fazenda não acate a preliminar argüida e no mérito, que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente Procedente.

O autuado foi cientificado e se manifesta às fls. 65 a 66 e após fazer um resumo dos pedidos de nulidade expostos na inicial requer a Nulidade total do Auto de Infração e não sendo este o entendimento postula pela Improcedência da Infração.

Na Informação Fiscal à fl. 69 o autuante mantém integralmente a acusação ressaltando que o contribuinte não trouxe nenhum fato novo ao processo, nem se manifestou a respeito da mídia anexada ao processo, fl. 158.

VOTO

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

O ato infracional imputado ao autuado, diz respeito à utilização de documentação extra fiscal com denominação ou apresentação iguais ou semelhantes às dos documentos fiscais legais.

Na complementação descritiva da infração, a Fiscalização consignou que:

“Veículo de placa policial IUM 3035 carregando na empresa autuada com 20BAGS contendo 30.0000 kg de Café Conilon em grãos, acompanhada do DANF 6369- CHAVE 3219.1118.4050.4700.0109.5500.1000.0063.6910.0636.9149 emitida por empresa do ESPIRITO SANTO (18.405.047/0001-09) tendo como destino empresa 534 do CEARA (63.310.411/0001-01).”

O impugnante argui preliminares de nulidade à ação fiscal, as quais, neste momento, se analisa.

AGENTE INCOMPETENTE – diz que a autuada é optante pelo sistema de apuração via conta corrente fiscal, portanto, não poderia sofrer a cobrança por parte do agente fiscal autuante, pois a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa, e não no trânsito.

Assevera que nos termos do art. 7º, III da Lei Estadual nº 8.210/2002, o Agente de Tributos possui atribuição de executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, e nas empresas optantes pelo Simples Nacional.

De fato, de acordo com a citada legislação, a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio e/ou indústria é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração, mesmo que o contribuinte seja uma microempresa ou mesmo empresa de pequeno porte, que tenha feita a opção de não se enquadrar no Simples Nacional.

Ocorre que no presente caso, restou caracterizado que apesar da irregularidade ter sido detectada no estabelecimento da empresa autuada, conforme atesta o “Termo de visita Fiscal”, fl. 03, trata-se de uma ação fiscal típica de trânsito de mercadorias, onde o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavrou o flagrante, impondo a exigência fiscal em relação ao ato que presenciou.

Na situação presente, constato que a fiscalização flagrou o contribuinte carregando no veículo de placa policial IUM 3035, mercadorias acobertadas com o DANFE nº 6.369, cópia à fl. 06, emitido por sua Matriz, CNPJ 18.405.047/0001-09, localizada no Estado do Espírito Santo, tendo como destinatária empresa localizada no Estado do Ceará. Tal documento foi considerado inidôneo, para aquela operação.

As mercadorias foram apreendidas pela fiscalização, conforme atesta o Termo de Apreensão e Ocorrência Fiscal, fls. 04 a 05, assinado em 15/09/2015, pela autoridade Fiscal, que exerce o cargo de Agente de Tributos Estaduais e pelo detentor da mercadoria.

Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

A Lei Estadual nº 11.470/09, que alterou o Código Tributário deste Estado, determina:

Art. 1º Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. (grifo não original)

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais 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.

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

I - compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

II - compete aos Agentes de Tributos Estaduais 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.

E a Lei nº 11.470/09, de igual forma, ainda alterou dispositivos da Lei nº 8210/2002, especificadamente os incisos II e III do seu art. 7º (atribuições do agente de tributos estaduais), que passou a ter a seguinte redação:

Art. 2º Ficam alterados dispositivos da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, na forma a seguir:

I

...

II - incisos II e III do art. 7º:

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

Da leitura dos dispositivos legais acima expostos, verifica-se que a competência para a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias de trânsito, é da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, razão pela qual, não há que se falar em vício do ato por incompetência do agente preposto autuante.

INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - Assevera que a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento e não no trânsito de mercadorias, e, portanto, não foram obedecidas às formalidades legais inerentes à fiscalização de estabelecimento, a exemplo de intimação ou termo de início de fiscalização.

Mais uma vez, não assiste razão ao impugnante. Conforme análise e indicação das provas feita no item anterior, este argumento não pode ser recepcionado por este Colegiado, pois restou comprovado que a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias, e para fundamentar o procedimento fiscal adotado, foi emitido o Termo de Apreensão e Ocorrência, que constitui prova material da infração, conforme disposto no art. 28, inciso IV do RPAF/BA, portanto, foram obedecidas todas as formalidades legais.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), e em

conformidade com os arts. 38 a 41 e 44 do RPAF/BA. O método de fiscalização encontra-se perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu já que neles está respaldado, não havendo que se falar em inobservância do devido processo legal.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTUADA - Argumenta que a tipificação da exigência fiscal, tem por fundamento a “entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal”, de modo que, acaso subsistente, a acusação deveria ser dirigida à empresa transportadora.

Ora, como esclarecido anteriormente, o presente Auto de Infração tem por fulcro a existência de mercadorias em trânsito desacompanhadas de documentação fiscal, em razão da constatação de carga e descarga de mercadorias utilizando documento fiscal de outra empresa. Em tal caso, é passível de responsabilidade pelo imposto o detentor ou transportador das mercadorias em situação irregular. No entanto, como as mercadorias se encontravam no estabelecimento do autuado, neste caso a autuação deve ser feita em nome do detentor, ou seja, em nome da pessoa em cujo poder se encontravam no momento da ação fiscal, no caso o autuado, como comprova o Termo de Apreensão e Ocorrências, fls. 04 a 05, assinado pelo representante legal da empresa.

Assim, não vislumbrando inobservâncias formais, nem mesmo materiais, que conduzam à nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, rejeito os pedidos formulados pelo impugnante.

No mérito, observo que o sujeito passivo apenas nega o cometimento da infração, entretanto, a mera negativa do cometimento do ilícito, não desonera o sujeito passivo tributário de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme comando do art. 143 do RPAF/BA.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213090.0057/19-9**, lavrado contra **AROMA COFFEE COM. IMP. E EXP. DE CAFÉ EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.500,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR