

PROCESSO - A. I. N° 210727.0003/21-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0085-06/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/01/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0519-02/24-VD**

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Mantida a decisão de primeiro grau. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluíra pela nulidade da autuação ao reconhecer, conforme aduzira o Autuado em anuência em parte o Autuante, que o ato administrativo em que se aperfeiçoou o lançamento tributário padece de falhas.

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado ao tempo da prolação da decisão do montante de R\$ 230.695,47 (fl. 66).

O Auto de Infração fora lavrado em 06/01/2021 e notificado ao Autuado em 26/04/2021 (fl. 25). A única acusação de que o mesmo cuida, atinente a um evento ocorrido em 05/01/2021, foi a seguinte:

Infração 01 - 54.05.10 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. [...] **Enquadramento Legal:** Alíneas “a” e “d” do Inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º; § 6º do art. 23; art.32 e art. 40 da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** 60%

Afirmou a 6ª JJF que, com efeito, a autuação padece de nulidade e deve ser renovada a ação fiscal a salvo de falhas, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

O auto de infração em lide exige ICMS no valor histórico de R\$ 120.827,26 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99 (...) Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966 (...) Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. 2 ACÓRDÃO JFJ Nº 0085-06/24-VD Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (...)”

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99 (...) Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (...)”

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

O auto de Infração resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito DAT METRO, para verificar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, DA CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE de nº 32649778000112202114, emitido em 04/01/2021 (fl.07), como está especificado na capa “Monitoramento Viés de Risco Soneração Fiscal” e determina que “as unidades de fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pelo COE”, ou seja, os relatórios gerados pelo COE não são documentos que sirvam por si só, como prova da soneração do contribuinte, e tão somente um relatório base de indícios de soneração, necessitando invariavelmente que o Agente Fiscal realize as diligências necessárias para comprovar o ilícito tributário por parte do contribuinte.

Consta também, dentre outros documentos: 03 – Resumo de Demonstrativo Cálculo – de Antecipação Total (fls. 14 a 15) e também, listas de DANFE's, para a constituição deste Auto de Infração com os documentos fiscais (NF-e), acrescidos de suas cópias, de nºs 015915, 015916, 16546, 16547, 15548, 16549, 16550, 16551 e 16552, (fls. 16 a 23).

Cotejando-se as datas do Mandado de Fiscalização; do relatório supracitado; dos DANFEs constantes neste processo, com a data da lavratura do Auto, constata-se a existência de divergência cronológica, que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal.

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito ou a utilização de Auto de Infração para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito. Há de se afirmar com extrema exatidão que não se trata fiscalização de trânsito de mercadorias com base no exame das peças inseridas no processo.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide. Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do autuado que analise a possibilidade 3 ACÓRDÃO JFJ Nº 0085-06/24-VD de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Auto de Infração.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 03/11/2024, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 09/12/2024, para julgamento.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 6ª JJF ao enxergar nulidade da autuação, uma vez que formalizada em desconformidade com os preceitos da legislação.

Com efeito, comungo do entendimento do órgão julgador *a quo*. Ao cotejar as datas do Mandado de Fiscalização, do relatório e dos DANFES com a data da lavratura do Auto, constata-se a existência de divergência cronológica, que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito.

A fiscalização de trânsito é instantânea, de modo que a ação subsequente ao trânsito não é de trânsito, e portanto, não se encontra na esfera de competência de agente cometido à fiscalização de trânsito (mormente quando se trata de agente de categoria funcional que está impedida de realizar fiscalização de estabelecimentos, salvo em caso de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional - inteligência dos §§ 2º e 3º, do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11/12/1981 - COTEB).

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito ou a utilização de Auto de Infração para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

Portanto, concordo com o órgão de piso: há de se afirmar com extrema exatidão que não se trata fiscalização de trânsito de mercadorias com base no exame das peças inseridas no processo.

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **210727.0003/21-0**, lavrada contra **CS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, em nova ação fiscal por servidor competente, em fiscalização de estabelecimento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2024.

EDUARDO RAMOS SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS