

PROCESSO - A. I. Nº 117926.0001/13-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JAN DE NUL DO BRASIL DRAGAGEM LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0225-01/13
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 09/07/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0157-11/14

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VÍCIO DE AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO FUNCIONAL. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência funcional. A lavratura de “Termo de Ocorrência” inválido não materializa a “fiscalização de mercadorias em trânsito”. A auditoria que se destinou à verificação do valor de ICMS devido por anterior operação de importação de 01 DRAGA DE SUCCÃO AUTO TRANSPORTADORA DE ARRASTO (Declaração de Importação 10/132116-5), sob o regime de Admissão Temporária, nos termos da Instrução Normativa nº 285/03, é atividade concernente ao cargo de Auditor Fiscal, posto que tal ação fiscal extrapola o limite da competência funcional atribuída aos Agentes de Tributos Estaduais, nos termos da Lei nº 11.470/09, que diz respeito ao Auto de Infração lavrado na fiscalização ao efetivo trânsito de mercadorias, ou a operações de circulação de mercadorias praticadas por contribuintes optantes pelo regime denominado Simples Nacional. É nulo o Auto de Infração lavrado por servidor fiscal fora do limite legal de competência funcional. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício para reexame da Decisão de base que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/01/2013. Na ação fiscal em análise foi exigido ICMS no valor histórico total de R\$1.096.342,97, acrescido da multa de 60%, tendo em vista o recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias e ou bens procedentes do exterior.

Consta, na descrição dos fatos do Auto de Infração: “A empresa JAN DE NUL DO BRASIL DRAGAGEM LTDA, CNPJ nº 08.651.815/0001-42, estabelecida à Avenida das Américas, 700, BL 01, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro - RJ, efetuou a importação de 01 Draga de sucção auto-transportadora de arrasto através da DI nº 10/1323116-5, registrada em 03/08/2010 e desembarçada em 10/08/2010, momento em que ocorreu o fato gerador. Para acobertar a operação foi emitida a NF de entrada nº 341, tendo como destino físico do bem a cidade de Salvador, Estado da Bahia (Sujeito Ativo da Obrigação Tributária), onde a referida máquina permaneceu para que o importador executasse a sua atividade econômica.

O desembarço aduaneiro ocorreu no Porto de Salvador, bairro do Comércio, na Capital baiana, sob Regime de Admissão Temporária para Utilização Econômica por um período total de 08 meses, sendo informado inicialmente à Receita Federal uma permanência por 05 meses, segundo informado no campo dos Dados Complementares da Declaração de Importação (folha 12), que em seguida foi prorrogado por prazo adicional de mais 03 meses,

conforme Despacho Decisório nº 005/2011 da Alfândega RFB do Porto de Salvador (anexo).

A base de cálculo integral anotada perfaz o valor de R\$ 174.929.714,32. Assim, o Contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS-Importação para o Estado da Bahia, destino físico do bem, através de GNRE, tendo recolhido em 20/09/2010 a quantia de R\$ 801.645,20 e mais R\$ 481.055,94 em 10/01/2011 totalizando o montante de R\$ 1.282.701,14. Contudo, após conferência desses cálculos constatou-se que o ICMS-Importação devido foi recolhido a menor.

Com base no Convênio ICMS 58/99, que trata do Regime Especial de Admissão Temporária, a inteligência do Art. 87, XII, "a" do Decreto 6.284/1997, do RICMS/BA, determina a redução da base de cálculo de modo que a carga tributária aplicada ao ICMS-Importação seja na mesma proporção percentual cobrada pela União aos impostos federais, que é de 1% (um por cento) para cada mês de permanência no país. No caso em tela a carga tributária é de 8% (oito por cento) do total ICMS-Importação para o período de permanência de 8 meses, conforme preceitua o Art. 373, § 2º, do Decreto Federal nº 6.759/2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

Desta forma, em valores históricos, a base de cálculo já reduzida em 92% é de R\$ 13.994.377,15; e o ICMS-Importação total devido, também em valores históricos, é de R\$ 2.379.044,07, ou seja, 17% da base de cálculo já reduzida. Com o abatimento dos créditos referente ao ICMS-Importação já recolhidos e citados acima, resta a complementação do ICMS-Importação no valor de R\$1.096.342,97."

O autuado apresentou impugnação às fls. 57 a 76.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 226 a 242 contestando as alegações impugnatórias e mantendo a ação fiscal.

O julgamento unânime em Primeira Instância julgou nulo o Auto de Infração. Em seu voto assim se exprime o Relator de base:

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 1.096.342,97, decorrente de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias e ou bens procedentes do exterior.

Consta ainda dos autos que o contribuinte autuado, JAN DE NUL DO BRASIL DRAGAGEM LTDA, estabelecido à Avenida das Américas, 700, BL 01, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro - RJ, efetuou a importação de 01 Draga de sucção auto-transportadora de arrasto, através da DI nº 10/1323116-5, registrada em 03/08/2010 e desembarçada em 10/08/2010. Para acobertar a operação foi emitida a NF de entrada nº 341, tendo como destino físico do bem importado a cidade de Salvador, nesse Estado, local de permanência do equipamento para execução de atividade econômica.

O autuado argüindo acerca dos fatos ocorridos, diz que firmou contrato com a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República - SEP/PR para a realização de serviço de dragagem de aprofundamento no leito marinho das bacias de evolução e canais de acesso aquaviários dos portos de Salvador - BA e Aratu - BA. Para execução da empreitada procedeu à importação da "Draga de sucção auto-transportadora de arrasto", tendo celebrando contrato de afretamento da referida draga com a TOA (LUX) S.A, proprietária da referida embarcação, na condição de arrendatário.

Explica que a importação se deu mediante regime especial aduaneiro de admissão temporária e, em se tratando de importação de máquina para utilização econômica, em caráter temporário, subsume-se ao disposto nos artigos 2º e 6º da IN/SRF nº 285/2003. Nessa hipótese de importação, não ocorreu a mudança de titularidade, não houve operação de mercancia, não se legitima a cobrança de ICMS pelo Estado da Bahia.

Formalmente, assevera que a data da ocorrência do fato gerador que enseje a cobrança do ICMS, nos moldes do art. 4º, IX do RICMS, é o momento do desembarço aduaneiro da mercadoria, não considerada na autuação (04.01.2013), o que faz insubsistente o respectivo Auto de Infração.

Auto de Infração fundado em embasamento legal equivocado: art. 434, § único do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), publicado no Diário Oficial do Estado em 17/03/2012, para um fato gerador que se deu em 10/08/2010 (despacho e desembarço da Draga). Erro de direito que viola a ampla defesa e direito ao contraditório.

Aduz que apenas intermediou a importação da Draga para execução dos serviços; que o bem chegou ao Porto de Salvador, em 03/08/2010, com desembarço aduaneiro, sob o Regime de Admissão Temporária, em 10/08/2010, sendo, pois, ilegítimo passivo. Completa que o Estado da Bahia é ilegítimo para cobrança do ICMS, porque a prestação de serviço de dragagem é hipótese de incidência de ISS (lista anexa à LC nº 116/2003, item 7.16).

Pede a nulidade do Auto de Infração, pois, em desconformidade com o art. 39, IV, RPAF.

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. 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. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

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 trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Liberação ou Depósito, para 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, e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto 7.629/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão (Termo de ocorrência Fiscal), mediante emissão do instrumento próprio, conforme retro mencionado.

Verifico que, apesar de constar, às fls. 7/8, um “Termo de Ocorrência Fiscal”, não houve apreensão de coisa alguma, não serve de prova alguma e não materializa nada. Não contém a assinatura do detentor dos bens, nem do depositário, e o contribuinte autuado sequer tomou conhecimento de sua existência. Apesar de descrever os fatos que foram transcritos para o Auto de Infração em debate, tal termo não existe no mundo jurídico.

Portanto, no caso presente, houve vício jurídico de monta, capaz de tornar nula a exigência. A lavratura do Termo de Apreensão tem por objetivo “documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”. É através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato. Consequentemente, se não existe um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, como consta no presente PAF, de forma válida, não há prova material da infração.

Por outro lado, verifico que este Auto de Infração foi lavrado para exigir diferença de ICMS relativo à importação de 1 DRAGA DE SUCÇÃO AUTO TRANSPORTADORA DE ARRASTO (Declaração de Importação 10/132116-5) proveniente do exportador TOA (LUX), em Luxemburgo, sob o regime de Admissão Temporária, nos termos da Instrução Normativa nº 285/03.

Consta no campo descrição dos fatos do próprio Auto de Infração que “o desembaraço ocorreu no Porto de Salvador, sob Regime de Admissão Temporária para Utilização Econômica por um período total de 08 meses; que a base de cálculo perfaz o valor de R\$ 174.929.714,32; o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS – importação, através de GNRE para o Estado da Bahia, em 20/09/2010, no valor de R\$ 801.645,20 e mais R\$ 481.055,94 em 10/01/2011 totalizando R\$ 1.282.701,14”. Informam os autuantes que, após a conferência, constatou-se que o ICMS importação foi recolhido a menor.

Dizem que com base no Convênio ICMS 58/99 (Regime Especial de Admissão Temporária), art. 87, XII, RICMS/BA (Decreto 6.284/1997) restou estabelecida a redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária aplicada seja na mesma proporção ao cobrado pela União para os impostos federais, que é de 1% para cada mês de permanência no país. Deduzem que, no caso, a carga tributária é de 8% do total ICMS importação para o período de permanência de 8 meses, conforme preceitua o art. 373, § 2º do Decreto Federal nº 6.759/2009, que dispõe sobre a administração das atividades aduaneiras, fiscalização, controle e tributação das operações de comércio exterior.

Elaborado demonstrativo da base de cálculo com as reduções previstas (fls. 07/08), importou R\$ 13.994.377,15, que aplicada a alíquota de 17% totalizou R\$ 2.379.044,11, subtraindo-se como crédito fiscal as importâncias pagas anteriormente, R\$ 1.282.701,14, implicou R\$ 1.096.342,97, valor que se exige no presente PAF.

Ocorre que a presente ação fiscal é típica da fiscalização dos estabelecimentos, já que não há nenhuma mercadoria “em trânsito”. O Termo de Ocorrência Fiscal acostado aos autos não foi lavrado de forma válida e não materializa qualquer situação fática.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em obediência às regras de direito material e formal. Sendo assim, o lançamento de ofício somente poderia ser elaborado por prepostos fiscais que exerçam atividades na fiscalização de estabelecimentos.

É cediço que o lançamento tributário é um ato administrativo. No dizer de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2000) “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. Para ser

válido, então, deve possuir determinadas condições, elementos ou requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto, adquirindo o atributo da presunção de legitimidade de que gozam os atos da administração.

No PAF em análise, todavia, vislumbro ainda outro vício de ordem formal/material que atinge elemento de validade do ato administrativo, compromete ao devido processo legal e impõe a sua nulidade absoluta. Trata-se de um Auto de Infração lavrado por Agentes de Tributos, prepostos fiscais incompetentes, nos termos da Lei nº 11.470/09.

Nesse sentido, a competência legal, no Estado da Bahia, para que Agentes de Tributos pudessem fazer lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09, com vigência a partir de 1º de julho de 2009, que transferiu parcela da atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, conforme a seguir transcrito:

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.

§ 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.

Ao Agente de Tributo Estadual, então, foi atribuída a prerrogativa de lavrar Auto de Infração, constituindo crédito tributário, somente quando na fiscalização de mercadorias em trânsito ou quando em estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. A competência da função fiscalizadora nos estabelecimentos, excetuados aqueles designados aos Agentes de Tributos, será exercida exclusivamente por Auditores Fiscais (art. 1º, § 2º da Lei 11.470/09).

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais.

O lançamento tributário, como qualquer ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais e dos pressupostos para sua validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de um “termo de ocorrência”, como vimos, de forma inválida, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta essa qualidade e, tampouco, tem o condão de transmutar a competência dos agentes de tributos,

O presente Auto de Infração, assim, não poderia ser lavrado por Agente de Tributos por carência de competência. A auditoria que se destine a verificação do valor de ICMS relativo à importação de 1 DRAGA DE SUCCÃO AUTO TRANSPORTADORA DE ARRASTO (Declaração de Importação 10/132116-5), sob o regime de Admissão Temporária, nos termos da Instrução Normativa nº 285/03, é atividade típica concernente aos Auditores Fiscais, agentes públicos, estritamente vinculados ao Princípio da Legalidade. Esse mesmo princípio, limitador da competência dada aos Agentes de Tributos Estaduais, cuja autuação procedida pelos mesmos, na aferição dos fatos ocorridos no presente PAF, constitui extrapolação dessa competência.

Ante o exposto, resta caracterizado que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal incompetente, em desacordo com as disposições da Lei nº 11.470/09, devendo ser decretada a nulidade do procedimento por cerceamento do direito de defesa e por inobservância do devido processo legal. Em virtude de vício jurídico insuperável, não produz os efeitos que lhe sejam próprios, sendo, pois, inexistente. Voto pela NULIDADE da autuação, em face das razões aludidas.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Consoante documento de fls. 269 e 270, em assentada de julgamento na 3ª CJF foi proposto, acolhido por esta Relatora, que a integrava, e assim aprovado por unanimidade, o envio do processo em diligência à PGE/PROFIS solicitando Parecer técnico-jurídico acerca da competência funcional dos agentes fiscais para a lavratura do Auto de Infração em julgamento. Anotava-se ali que, se superada esta questão, solicitava-se Parecer técnico-jurídico sobre o mérito da ação fiscal.

Em atendimento, a representante da PGE/PROFIS, Procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, emitiu Parecer às fls. 273 a 275 expondo que o processo trata de Recurso de Ofício contra a Decisão exarada pela 1ª JF, Acórdão nº 0225-01/13, que por Decisão unânime julgou Nulo o Auto de Infração.

Que o contribuinte foi devidamente intimado do teor da Decisão prolatada pela 1ª Instância administrativa e os autos foram encaminhados para uma das CJF deste CONSEF para a regular apreciação do Recurso de Ofício.

Que o cerne do lançamento consiste no recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias e ou bens procedentes do exterior.

Que a 3ª CJF, às fls. 269 e 270, converteu o feito em diligência à PGE/PROFIS, para emissão de parecer jurídico acerca da competência funcional dos agentes fiscais para a lavratura do Auto de Infração sob apreço.

Que em sede de impugnação inicial o sujeito passivo aduziu os seguintes argumentos: incorreto embasamento legal; nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa ao tornar obscura a base de cálculo tributada; inexistência de fato gerador do ICMS no Estado da Bahia; ilegitimidade do Estado da Bahia para cobrança do ICMS; legitimidade do Estado do Rio de Janeiro.

A Procuradora prossegue expondo que a análise dos elementos essenciais à perfeição do lançamento tributário é tarefa inerente aos Julgadores, que deverão investigar os aspectos material, pessoal, temporal, espacial e quantificador.

Que, na hipótese em tela, o Auto de Infração fora lavrado para exigir diferença de ICMS relativo à importação de "Draga de Sucção Auto Transportadora de Arrasto" (Declaração de Importação 10/132116-5) proveniente do exportador TOA (LUX), em Luxemburgo, sob o regime de admissão temporária, nos termos da Instrução Normativa nº 285/03, e a descrição dos fatos revela que *"o desembarço ocorreu no Porto de Salvador, sob Regime de Admissão Temporária para Utilização Econômica por um período total de 08 meses; que a base de cálculo fez o valor de R\$ 174.929. 714,32; o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS — importação, através de GNRE para o Estado da Bahia, em 20/09/2010, no valor de R\$ 801.645,20 e mais R\$ 481.055,94 em 10/01/2011 totalizando R\$ 1.282.701,14"*.

A representante da PGE/Profis aduz que o lançamento do crédito tributário reside em atividade administrativa vinculada, cabendo à autoridade fiscal agir nos estritos termos previstos na lei. Que, no presente processo, os autuantes, Agentes de Tributos Estaduais, realizaram o ato de lançamento em modelo apropriado para as ações fiscais desenvolvidas no trânsito de mercadorias (Modelo 4). Que assim sendo, uma vez que o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais no trânsito de mercadorias, teria obrigatoriamente de ser precedido, da lavratura de Termo de Apreensão, mediante emissão do instrumento próprio.

Que, todavia, inexistem nos autos o Termo de Apreensão de Mercadorias, que afirma ser típico das operações de trânsito, e cujo objetivo reside em documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato, e que o Termo de Ocorrência Fiscal lavrado, acostado às fls. 05 e 06, falece de validade jurídica, porquanto não contém a assinatura do contribuinte e nem do detentor das mercadorias. Que nas operações de trânsito o Termo de Ocorrência Fiscal, Liberação ou Depósito destina-se a documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material da infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, em consonância com os termos do art. 28, IV, e § 40, do RICMS/BA c/c o art. 29 do RPAF/99.

A Procuradora afirma que se não fossem os vícios que delineou suficientes para invalidar o procedimento fiscal, a motivação da exigência fiscal descrita na autuação, exigência de diferença de ICMS, não é compatível com o modelo de fiscalização de trânsito, adotado pelos fiscais, uma

vez que não há mercadoria “em trânsito”, e o lançamento tributário sob apreço é típico da operação de fiscalização no estabelecimento, cuja agente competente à lavratura é o Auditor Fiscal, nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 11.470/09.

Assevera que o Agente de Tributo Estadual detém a prerrogativa legal de exercer a função fiscalizadora e constituir validamente o crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, e a competência da função fiscalizadora nos estabelecimentos, excetuados aqueles designados aos Agentes de Tributos, será exercida exclusivamente por Auditores Fiscais, *ex vi* do art. 1º, § 2, da Lei nº 11.470/09.

Que, assim, o Auto de Infração em foco foi lavrado por agentes sem competência legal, porque os Agentes de Tributos Estaduais não poderão exercer atividade fiscalizatória típica dos Auditores Fiscais, sob pena de violação ao princípio da legalidade, e a lavratura de um “termo de ocorrência fiscal”, não tem o condão de materializar uma operação de “fiscalização de mercadorias em trânsito”. Que resta incontroverso a natureza distinta da operação concreta, qual seja, a cobrança do valor de ICMS relativo à importação.

A Procuradora conclui aduzindo que, ante o exposto, comunga do entendimento no sentido de que o presente lançamento tributário está contaminado por vício insanável relativo à ausência de competência funcional dos Agentes de Tributos Estaduais, sendo cabível recomendar o imediato refazimento da ação fiscal, por agente competente, ou seja, por Auditor Fiscal, caso seja o entendimento adotado por esta Câmara de Julgamento Fiscal.

Na assentada de julgamento, em sustentação oral o autuante cita que a lavratura do Auto de Infração decorreu de Decisão da administração tributária estadual, no sentido de que fosse realizado o lançamento de ofício que resultou de minucioso trabalho da equipe constituída para esta atividade de fiscalização, da qual faz parte. Que a empresa autuada não tem inscrição no cadastro de contribuintes de ICMS da Bahia, e por isto a Fiscalização não teria como ir ao estabelecimento da empresa cobrar a diferença de imposto. Que, assim, o problema é estabelecer o que é trânsito e o que é comércio, para efeito de ação fiscal.

Que este Auto de Infração foi lavrado porque o Fisco detectou que houvera o recolhimento a menor de imposto, dois anos depois do desembaraço. Que não havia como o fato ser fiscalizado no estabelecimento, e que não há definição de linha rígida entre o que é ação fiscal de trânsito e de comércio, e por isto a situação em lide é limítrofe entre estes dois tipos de fiscalização. Que é preciso que se estude qual é o critério para se estabelecer o que é Auto de Infração de Trânsito de Auto de Infração de Comércio. Que quanto ao "Termo de Apreensão" não seria possível apreender uma draga. Que também não foi possível lavrar o Termo de Ocorrência com a data do desembaraço aduaneiro porque o sistema informatizado desta SEFAZ não o permitia, mas que este problema já foi resolvido.

A Representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento aduz que, em relação à afirmativa de que se poderia ir a outro Estado para fiscalizar a empresa então isto confirmaria que se trata de fiscalização em estabelecimento.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício.

Não merece reparo a Decisão de base.

Data maxima venia, divirjo do entendimento esposado pelos autuantes, em relação à competência funcional para a execução da ação fiscal ora em foco, e neste ponto comungo do quanto exposto pelas Representantes da PGE/PROFIS, no Parecer exarado nos autos deste processo e em pronunciamento em sessão.

Na minuciosa e bem elaborada descrição dos fatos constante do Auto de Infração o Fisco informa que o fato gerador ocorreu no exercício de 2010, tendo sido recolhido o ICMS a menor. O Auto de Infração foi lavrado em 2013. Portanto, não se trata de fiscalização ao trânsito de mercadorias. Estar em trânsito significa que ainda não ocorreu a chegada ao destino. Uma vez que a importação ocorreu em 2010, naquele momento se configurou o elemento temporal do fato gerador. A mercadoria chegou ao seu destino final, e inclusive já estava em uso, conforme se depreende da leitura dos demais documentos anexados ao processo, inclusive daqueles anexados ao Auto de Infração, e do teor da Informação Fiscal.

Por outro aspecto, da exposição do autuante em sessão percebe-se com clareza que ação fiscal inicialmente foi de fato desenvolvida na fiscalização ao trânsito de mercadorias, quando os prepostos da Inspetoria de Fiscalização ao Trânsito de Mercadorias detectaram o desembaraço aduaneiro e, já anos depois, caberia ao setor que abarca a fiscalização do comércio de mercadorias verificar o correto pagamento do imposto devido e, em caso de inadimplência, lavrar o Auto de Infração.

Penso que cabe à Secretaria da Fazenda, a critério dos gestores da administração tributária estadual, delimitar as ações dos Agentes de Tributos e dos Auditores Fiscais.

Embora o exaustivo trabalho fiscal tenha sido realizado com cuidado e denodo, a atribuição da realização da ação fiscal não poderia ter sido cometida a servidor público que não detinha a imprescindível previsão legal de competência funcional para tanto.

A análise de mérito da autuação, por este Colegiado, restou prejudicada em face da insolubilidade do vício jurídico que se apresenta neste processo.

Assim, resta-me votar pela manutenção da Decisão de base no sentido da NULIDADE do Auto de Infração. Recomendo nova ação fiscal, a salvo de falhas, para a verificação do recolhimento do imposto devido na operação objeto da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **117926.0001/13-5**, lavrado contra a empresa **JAN DE NUL DO BRASIL DRAGAGEM LTDA**. Recomenda-se nova ação fiscal, a salvo de falhas, para a verificação do recolhimento do imposto devido na operação objeto da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS