

PROCESSO - A. I. Nº 2104250002/12-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0175-02-14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 04/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0369-11/14

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO DE TRÂNSITO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Perda de eficácia do Termo de Ocorrência Fiscal em razão do decurso do prazo para lavratura do Auto de Infração correspondente. Necessidade de instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do sujeito passivo. Operação de competência dos auditores fiscais a teor do artigo 42 do RPAF. Reconhecimento da nulidade formal que se impõe. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de novo Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF interposto com fulcro no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, em face da desoneração dos valores exigidos através do Auto de Infração em referência, lavrado em 04/12/12, mediante o qual foi imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS incidente na importação de bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no valor histórico de R\$ 373.541,84, acrescido da multa de 60%.

Concluída a instrução do feito, os autos foram submetidos à apreciação por parte da 2ª JJF que, na assentada de julgamento datada de 05/11/2013, entendeu por bem julgar Nulo o lançamento de ofício.

No entendimento externado no voto condutor do acórdão o Termo de Ocorrência e Apreensão de n.º 210425.0002/12-4, datado de 05/12/2012, não poderia subsidiar a lavratura do Auto de Infração uma vez que lavrado 87 (oitenta e sete) dias após a ocorrência da ação fiscal, fora do prazo, portanto, previsto na legislação de regência.

Contra a Decisão que proferiu, os membros integrantes da 2ª JJF interpuseram o competente Recurso de Ofício, tendo esta CJF dado Provimento através do Acórdão de nº CJF 0116/11-14.

Conforme se depreende da análise do citado acórdão (fls. 219 /221), esta Câmara afastou a nulidade do lançamento a teor do que dispõe o §2º do artigo 18 do RPAF, por entender que, embora o segundo Termo de Ocorrência tenha sido lavrado de forma extemporânea, constituiu prova material da ocorrência do fato gerador e cumpriu as formalidades previstas no artigo 28 do RPAF, pois dele o contribuinte tomou ciência e exerceu o seu direito de defesa, restando imaculado o devido processo legal.

Em decorrência do Provimento do Recurso de Ofício então interposto, esta CJF determinou o retorno dos autos à primeira instância de modo que o mérito fosse apreciado.

Diante de tal determinação, em 02/09/2014, a 2ª JJF proferiu novo julgamento, cujos termos são a seguir reproduzidos:

VOTO

Trata-se de novo julgamento do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4 em tela, tendo em vista que a 1ª Câmara,

através do Acórdão CJF Nº 0116-11/14, em sessão do dia 10/04/2014, julgou nula a Decisão desta 2ª Junta de Julgamento de primeira instância expresso pelo Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, por entender que embora o primeiro Termo de Ocorrência (TOF Nº 110020.0004/09-5), datado de 17/09/2012 (fl. 8), tenha perdido a sua eficácia, o Termo de Ocorrência Fiscal (TOF Nº 210425.0002/12-4), datado de 04/12/2012 (fl. 3), que foi assinado pelo representante legal da empresa, diz constituir prova material do fato apurado, para comprovação efetiva da ocorrência do fato gerador e cumpre as formalidades do lançamento tributário, nos termos do art. 28 do RPAF-BA, obedecendo ao devido processo legal. Portanto restou comprovado a validade do Termo de Ocorrência Fiscal que fundamenta o Auto de Infração em análise.

Voltando a análise do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4 em tela, à luz da determinação da 1ª Câmara, preliminarmente consigno que cabe ao julgador, ao analisar um processo, antes de entrar no mérito, debruçar sob o mesmo em relação ao aspecto formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice de natureza formal que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Isto posto, em que pese a Decisão de segunda instância, expressada pelo Acórdão CJF Nº 0116-11/14, em sessão do dia 10/04/2014 ter sido de prover o Recurso de Ofício e declarar Nula a Decisão do Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, determinando essa junta a apreciar as questões de mérito do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4 em tela, há de ressaltar que, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo ainda apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, MODELO “4” – Trânsito, vislumbro que, não se pode afirmar tratar-se de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, quando da emissão do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF Nº 210425.0002/12-4), datado de 04/12/2012 (fl. 3), fato indutor da Decisão de segunda instância.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal diz respeito, conforme consta da descrição dos fatos, que a empresa efetuou a importação indireta de um Caminhão Guindaste, marca LIEBHERR, modelo LTM-1090-4.1, Ano/Modelo 2011/2012, conforme descrito na Declaração de Importação, DI nº 12/1658741-0 (fl. 20), em que o desembaraço aduaneiro ocorreu no Terminal Vila Velha (ES), tendo o importador, a empresa SERTRADING BR LTDA., CNPJ nº 04.626.426/0001-06, domiciliada no Estado do Espírito Santo, com a intermediação financeira realizada pela BRADESCO LEASING S.A., CNPJ nº 47.509.120/0001-82, localizada no Estado de São Paulo, na condição de adquirente da mercadoria importada, em que teve como o destino físico o Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal Eletrônica nº 13.923 (fl. 16), emitida pela SERTRADING BR LTDA., tendo como destinatário da mercadoria a VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA., CNPJ nº 03.479.246/0001-86, I.E. 52.078.071, tudo conforme o Termo de Ocorrência Fiscal nº 110020.0004/09-5, acostado à fl. 8 dos autos, datado de 17/09/2012, quando de fato ocorreu a apreensão da mercadoria, dando causa ao Auto de Infração nº 210425.0002/12-4, MODELO 4, objeto do presente julgamento.

Embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no MODELO 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata mais de Auto de Infração de trânsito, e sim de uma ação fiscal de estabelecimento na forma do art. 38, combinado com o inciso I, do art. 42 do mesmo diploma legal, em que tal ação fiscalizadora deve ser exercida por Agentes Fiscais do comércio.

Assim, tratando-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), falece de competência ao Agente de Tributos a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comerciais, com exceção dos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional, que não é o caso objeto em análise.

Embora a 1ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0116-11/14, em sessão do dia 10/04/2014, ter julgado nula a Decisão de primeira instância expressa pelo Acórdão JJF Nº 0244-02/13, expedido em 05/11/2013, recomendando a apreciação das questões de mérito, observo ainda a existência de vício insanável na lavratura do Auto de Infração nº 210425.0002/12-4, lavrado em 04/12/2012, decorrente de uma ação fiscal do trânsito de mercadoria ocorrida em 17/09/2012, em razão do Agente Fiscal não representar à autoridade competente para a renovação da ação fiscal em análise, dado que a renovação fiscal dar-se no estabelecimento do autuado, inscrito no Cadastro da SEFAZ/BA (fl. 10) na condição de normal, restando, in casu, comprovada nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento for praticado por autoridade ou servidor incompetente.

Diante do exposto, dado o evidente descumprimento do devido processo legal, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento fiscal, na forma do inciso I, art. 18, do RPAF-BA/99, em que represento à autoridade fazendária competente para a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal.

Do exposto, voto NULO o Auto de Infração.

Conforme se pode constatar da leitura do voto acima reproduzido, os membros integrantes da 2ª

JJF vislumbraram novo vício que macula de nulidade o lançamento de ofício, desta feita, relacionado à incompetência funcional do Agente de Tributos para proceder à lavratura de Auto de Infração, decorrente de ação fiscal levada a efeito no estabelecimento de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto.

Isto porque, tendo o primeiro Termo de Ocorrência e Apreensão perdido eficácia, em razão do decurso do prazo de 30 dias previsto no parágrafo único do artigo 31 do RPAF, necessário concluir que o lançamento não mais decorreu de uma ação de trânsito e sim de ação em estabelecimento a ser exercida, exclusivamente, por Agentes Fiscais do comércio.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Recurso de Ofício interposto em razão da nova desoneração havida quando da realização do segundo julgamento por parte da 2ª JJF, realizado em 02/09/2104.

Naquela assentada, antes de adentrar no mérito da exigência, tal como determinado por esta Câmara, o órgão julgador *a quo* vislumbrou novo vício que aniquila de nulidade o lançamento de ofício, relacionado, a seu turno, com a falta de competência funcional do Agente de Tributos.

Com efeito, assim dispõe o artigo 42 do RPAF:

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.

Como se vê, nos termos do dispositivo legal reproduzido, a competência funcional do agente de Tributos para a constituição de crédito tributário é restrita às operações de trânsito e nos estabelecimentos de micro empresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional.

Pois bem! A fiscalização de trânsito tem como característica peculiar a instantaneidade da operação. Nestas situações, o preposto autuante, 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. Este procedimento deve ser adotado no prazo máximo de 30 dias a teor do que dispõe o artigo parágrafo único do artigo 31 do RPAF.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito, portanto, a constituição de crédito tributário lastreada em operação fiscal realizada após a perda de eficácia do Termo de Ocorrência Fiscal que a deveria subsidiar.

A perda de eficácia do Termo de Ocorrência Fiscal após o transcurso do prazo de validade implica necessidade de representação para início de novo procedimento fiscal que, no caso dos autos, por se tratar de sujeito passivo submetido ao regime de normal de apuração do imposto, só poderia ser realizada por auditor fiscal, única categoria de servidor que dispõe de competência funcional para tanto.

Assim é que, comungando com o entendimento externado no voto condutor do acórdão recorrido, Nego Provimento ao Recurso de Ofício, ratificando a Decisão proferida pela 2ª JJF com base nos próprios fundamentos.

Diante das evidências dos autos, contudo, represento à autoridade fazendária competente para instauração de novo procedimento fiscal em fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **210425.0002/12-4**, lavrado contra **VERTICAL EQUIPAMENTOS LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária competente para instauração de novo procedimento fiscal, em fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - RELATORA

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