

PROCESSO - A. I. Nº 210671.0325/14-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (SF FRIOS) ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0201-04/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 18.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0388-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de "termo de ocorrência" inválido, que não materialize a "fiscalização de mercadorias em trânsito", não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, "a", item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

O Auto de Infração foi lavrado em 21/03/2014, para exigir crédito tributário no montante de R\$64.635,75, em razão de uma única infração, cuja acusação é de falta de recolhimento do imposto referente a antecipação parcial ou total, antes da entrada no território do Estado da Bahia, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Em complemento à acusação, o preposto do fisco fez constar na peça inicial, o seguinte:

“Operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Entradas de mercadorias, conf Notas Fiscais n's 2748, 2749, 2751, 2752, 2753, 2755, 2757, 2760, e 31941".

Os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. relator de Primeira Instância, decidiu à unanimidade, pela declaração de nulidade do lançamento, *in verbis*.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes.

Consta ainda dos autos que "Operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Entradas de mercadorias, conf Notas Fiscais nºs 2748, 2749, 2751, 2752, 2753, 2755, 2757, 2760, e 31941".

O autuado alega falta de clareza da infração imputada, reclamando que a infração é incompreensível, não tendo sido observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Reclama que a leitura da infração consignada neste Auto de Infração não permite a compreensão da irregularidade que teria sido cometida, pois a fiscalização diz que as mercadorias eram provenientes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, não inscrito, ou desabilitado ou com ausência de regime especial deferido, entretanto, as situações descritas se excluem e consequentemente não se sabe qual a situação em que a empresa estaria enquadrada.

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.

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 ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que apesar de, à fl. 3, constar um "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que conforme inserido na descrição dos fatos do Auto de Infração a data da real entrada das mercadorias no estado foi presumida, conforme trecho transcrito: "Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos".

Neste caso, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide (modelo 4).

Ademais, verifico através de consulta no sistema INC desta secretaria que o sujeito passivo é optante pelo regime normal de apuração do imposto. 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.

Assim é que o RPAF/BA 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:

II - 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".

Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

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. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 4ª JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de julgamento Fiscal para reapreciação da Decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo.

Cientificados, autuante e autuado não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 4ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0201-04/14 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da declaração de improcedência da autuação.

Cinge-se o presente Recurso de Ofício à análise da Decisão recorrida que declarou a nulidade do lançamento, cuja acusação fiscal é de falta de recolhimento do imposto referente a antecipação parcial ou total, antes da entrada no território do Estado da Bahia, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Da leitura dos autos, vejo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida.

De fato, conforme apontado pelo relator de Decisão de piso, o Auto de Infração está eivado de vícios que, *in fine*, comprometem a higidez do lançamento, o que torna impossível exigir crédito fiscal do Contribuinte.

Foi corretamente apontado que o Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias requer a anterior lavratura de termo de apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, conforme se verifica à fl. 3, contudo, tal Termo de Ocorrência Fiscal se tornou imprestável quando o autuante consignou no referido documento e no próprio Auto de Infração que *“Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário 'in dubio pro reo' foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos”*. (grifo do Relator)

O fato é que feita a afirmativa por parte do autuante, restou absolutamente indefinida, ou na melhor das hipóteses, presumida a data de entrada das mercadorias no Estado da Bahia, sobretudo se considerado que os DANFE's que acobertam mercadorias altamente perecíveis (frango passarinho, coxa s/coxa, galo noroeste congelado fle de peito FR, etc.) têm datas de emissão/saída que variam de 18/02/2014 a 05/03/2014, ao menos 16 dias antes da lavratura do AI.

Nessas circunstâncias, correto o entendimento dos julgadores de piso quando asseveraram que para o caso dos autos caberia a fiscalização no estabelecimento, nunca no trânsito. Nessa esteira, e considerando que a empresa autuada é optante do regime normal de apuração, correta é a observação de que o Auto pretendido apenas poderia ser lavrado por Auditor Fiscal e não por Agente de Tributos, conforme determina a norma estatuída pelo art. 107, § 2º do COTEB, que determina que 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, caso em que Agentes de tributos seriam competentes para levar a cabo o lançamento fiscal como o aqui discutido.

Derredor do regime de tributação a que está submetido o Contribuinte, matéria que também envolve a competência do agente fiscal, como apontado pelos julgadores de piso, resta claro que à época dos fatos o Sujeito Passivo não era optante do SIMPLES Nacional, o que a rigor do que preceitua a regra estatuída pelo art. 107 do COTEB, afasta a possibilidade de os autuantes puderem ter lavrado o Auto de Infração em apreço, haja vista que a única hipótese de legitimação da ação fiscal em foco seria a estabelecida no § 3º do referido diploma, que diz que *“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.”

Nesses termos, em que pese existirem os vícios inicialmente apontados, entendo que a questão da competência para a lavratura do Auto de Infração é matéria que precede a análise de qualquer outra nulidade, pois, a discussão da competência ou não que tinham os Autuantes para levar a cabo a ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração em apreço, é matéria afeita a vício material, afeita à possibilidade da existência do ato no mundo jurídico, pois diz respeito a erro essencial que torna o ato absolutamente NULO.

Como dito, o ato é NULO, não é anulável. Tal fato, que no caso dos autos, atine à constituição de crédito tributário por agente incompetente, afasta, inexoravelmente, qualquer possibilidade de se pretender determinar ou recomendar a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Pelo exposto, ante às flagrantes nulidades de ordem material, por primeiro, e também de ordem formal, devidamente apontadas pelos julgadores de piso, entendo que não há que se dar provimento ao apelo recursal, pois, a Decisão da qual se recorre está absolutamente correta, não merecendo qualquer reparo.

Nesses termos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao 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 para homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº **210671.0325/14-9**, lavrado contra **SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (SF FRIOS) ME.**

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS