

PROCESSO - A. I. Nº 210425.0017/14-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA. (ATACADÃO RECÔNCAVO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0197-05/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 05/02/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0010-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROCEDIMENTO FISCAL INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DOS FATOS MATERIAIS. O procedimento foi efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, devem ser observadas as regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. Pelo art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª 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 Nulo o Auto de Infração.

O Auto de Infração foi lavrado em 22/04/2014, para exigir crédito tributário no montante de R\$73.200,38, em razão da acusação de falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. relator, decidiu, à unanimidade, que é nulo o lançamento, *in verbis*.

VOTO

Constato, inicialmente, que o lançamento foi realizado através de Auto de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, modelo 4, relativo “Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia” haja vista que os fatos geradores se reportam ao período de 02/04/2014, conforme nota fiscal 157512, Série 3, à fl. 16, momento da circulação da mercadoria e da emissão da Guia de Liberação emitido pelo Posto Fiscal da CODEBA, constantes à fl. 11, contudo o Auto de Infração foi lavrado em 22/04/2014 e o Termo de Ocorrência Fiscal, em 05/04/2014, ambos com ciência do sujeito passivo em 07/05/2014.

O lançamento tributário é um ato administrativo vinculado, de modo que deve ser realizado em consonância com a lei, sem discricionariedade por parte da autoridade fiscal lançadora.

Assim, compete, preliminarmente, o exame da competência legal para lavrar Autos de Infração relativos aos fatos relatados, alvo da presente exigência fiscal. Prevê o art. 42 do RPAF que compete aos Auditores Fiscais à constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos “estabelecimentos” optantes pelo simples nacional (inciso 1), em relação aos quais a competência é dos Agentes de Tributos estaduais (inciso H).

Observe-se que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4).

Porém, a “fiscalização de mercadorias em trânsito” ocorre, obviamente, quando as mercadorias estão

trafegando, ou seja, quando a ação fiscal desenvolvida está diante da constatação efetiva de mercadorias em trânsito, situação em que, havendo alguma infração, a competência para a autuação é dos Agentes de Tributos Estaduais.

Destarte, se as mercadorias alguma vez no passado transitaram, mas no momento da ação fiscal não se encontram mais em trânsito, alguma infração a ser objeto de autuação fica a cargo das autoridades competentes para a fiscalização de estabelecimentos, que são os Auditores Fiscais.

O que caracteriza a situação de "mercadorias em trânsito" não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, mas sim o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito. Se as mercadorias não estão em trânsito, a autoridade competente para proceder ao lançamento é aquela lotada na fiscalização de estabelecimentos.

No presente caso, a data da ocorrência e, portanto, o Auto de Infração foi lavrado em 22/04/2014 e Termo de Ocorrência Fiscal em 05/04/2014, relativo aos fatos geradores, ou seja, a nota fiscal e a Guia de Liberação 02/04/2014, no estabelecimento do autuado, mercadorias não se encontravam mais em trânsito. O próprio autuado alega que o autuante perdeu o momento regular para efetuar o lançamento.

O Termo de Ocorrência Fiscal, constante dos autos, foi lavrado em 05/04/2014, com ciência em 07/05/2014, cuja nota fiscal que acobertou o trânsito da mercadoria foi emitida em 02/04/2014, bem como o GLM, às fls. 11 e 16, em uma clara comprovação de que não se trata de um exigência tributária contemporânea a circulação das mercadorias, não se tratando de mercadorias em trânsito.

A empresa autuado não é inscrita no Simples Nacional. Assim, o procedimento para apurar os fatos, aqui narrados, deve ser executado mediante os roteiros de fiscalização de estabelecimento e não pela inspetoria de trânsito. Nos termos dos artigos 20 e 21 do RPAF, a nulidade do processo administrativo fiscal será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato, devendo a autoridade que decretar a nulidade, mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Pelo exposto, falta ao processo às devidas formalidades inerentes à fiscalização de estabelecimento como Intimação ou Termo de Início de Fiscalização, modelo de infração adequado ao lançamento.

Entendo que o procedimento foi efetuado em desacordo com os estabelecidos e previsto para tal fiscalização, pois o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, devem ser observadas as regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito.

Pelo disposto no art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. É nulo, portanto, o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal, razão porque, de ofício, decreto a nulidade absoluta do lançamento por descumprimento do devido processo legal, em consonância com as decisões prolatadas nos Acórdãos desse CONSEF, de números 5ª JF 0054-05/14, 1ª JF N° 0025-01/14 e 4ª JF N° 0021-04/14.

Recomendo a renovação da ação fiscal, a cargo da fiscalização de estabelecimentos, para que seja verificada a existência de crédito tributário, eventualmente devido a este Estado.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 5ª JF 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.

Na assentada de julgamento do dia 14/01/2015, a Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa declarou-se impedida de discutir e de votar no presente PAF em razão de o Auto de Infração ter sido lavrado por seu irmão.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 4ª JF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0197-05/14 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 julgou nulo o Auto de Infração que acusa o Contribuinte de haver deixado de recolher o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Como fundamento da Decisão recorrida, a Junta de Julgamento Fiscal valeu-se do exame da competência legal para lavrar Autos de Infração relativos aos fatos discutidos no presente PAF, aí entendido que a rigor do art. 42 do RPAF, não são competentes para lavrar Auto de Infração como o presente os Agentes de Tributos, também aduzido que compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, exceção feita às hipóteses de fiscalização de circulação de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos dos contribuintes optantes pelo simples nacional.

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 qualquer crédito fiscal do Contribuinte.

Analizando a construção do lançamento, de plano, há que se registrar que seria uma Auto de Trânsito, pois, é essa a conclusão a que se chega a partir da análise do formulário “*modelo 4*” e pelo Termo de apreensão de mercadorias e documentos.

Ocorre que em que pese ter sido lavrado Auto de Infração pela autoridade fiscal do trânsito, Agente de Tributos, o Auto de Infração foi lavrado em 22/04/2014, enquanto que o Termo de Ocorrência Fiscal relativo aos fatos geradores tem data de 05/04/2014, e a nota fiscal e a Guia de Liberação tem data de 02/04/2014, o que denota que as mercadorias objeto da acusação fiscal estavam no estabelecimento do autuado, ou seja, não mais estavam em trânsito. Tais fatos, agregados ao fato de que o autuado apenas tomou conhecimento do Termo de Ocorrência e do próprio Auto de Infração apenas em 07/05/2014, resta caracterizado que não foi atendido o princípio fundamental da fiscalização de trânsito de mercadorias, qual seja o da instantaneidade da ação fiscal, ou seja, não se consumou a materialidade do delito fiscal, restando patente a caracterização da fiscalização no estabelecimento autuado.

Demais disso, verificou a Junta de Julgamento Fiscal que o autuado, ao menos à época dos fatos, não era inscrita no SIMPLES, fato que restringe a possibilidade de ação fiscal apenas aos Auditores fiscais, roteiros de fiscalização de estabelecimento, não se admitindo que Agentes de Tributos (trânsito de mercadorias) possam proceder ao dito ato administrativo.

Quanto aos pontos acima expostos, não restam dúvidas.

Vê-se então que o Agente de Tributos responsáveis pela lavratura do presente Auto de Infração, além de ter autuado o Sujeito Passivo em desconpasso com regramento acima delineado, da análise da competência do agente do fisco para levar a cabo a fiscalização que culminou na lavratura de uma Auto de Infração, com base no fato de que apesar de lavrado por agente do trânsito, a fiscalização se deu no estabelecimento do autuado que não era, à época dos fatos, optante do SIMPLES Nacional, verifico que, a rigor do que preceitua a regra estatuída pelo art. 107 do COTEB, e considerando que o preposto fiscal é Agente de Tributos, 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.*”, o que não é o caso.

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 fiscalizatórios.

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 e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **210425.0017/14-8**, lavrado contra **CEREALISTA RECÔNCAVO LTDA. (ATACADÃO RECÔNCAVO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

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