

PROCESSO - A. I. Nº 213080.0103/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ORCIMED INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0116-05/14
ORIGEM - IFMT -DAT/METRO
INTERNET - 13/05/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0104-11/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROCEDIMENTO FISCAL INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DOS FATOS MATERIAIS. Ação fiscal de constituição do crédito tributário praticada por agente público em desacordo com as normas que estabelece limites de competência para fiscalização de mercadorias em trânsito e estabelecimentos optantes do Simples Nacional. São nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (art. 18, I do RPAF). 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”, 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 25/10/13, reclamando ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia - R\$1.893.989,79. Multa de 60%.

Na Decisão proferida a 5ª JJF (fls. 344 a 363), fundamentou que:

Constato, inicialmente, que o lançamento foi realizado através de Auto de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, modelo 4, relativo à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sob mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, cujos fatos geradores se reportam ao período de 14/01/2013 a 18/10/2013, conforme relação das notas constantes às fls. 14 a 17, bem como o Auto de Infração e o Termo de Apreensão foram lavrados em 25/10/2013.

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 relativo 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 I), em relação aos quais a competência é dos Agentes de Tributos estaduais (inciso II).

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

Porém “fiscalização de mercadorias em trânsito” ocorre, obviamente, é quando as mercadorias estão em trânsito, 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 contra contribuinte estabelecido em São Paulo, em 25/10/2013, às 11:40, relativo aos fatos geradores, ou seja, às notas fiscais emitida entre 14/01/2013 a 18/10/2013, cujas mercadorias não se encontram mais em trânsito, relação às fls. 14 a 17. Assim, há uma clara contradição entre a data da efetiva ocorrência dos fatos geradores, constantes nos documentos fiscais, e a indicada no corpo do Auto de Infração, que é de 25/10/2013. O próprio autuado em sua impugnação aponta a contradição relativa à data da ocorrência do fato gerador.

O Termo de Ocorrência, constante dos autos, foi lavrado contra o autuado, indicando no rodapé que “as mercadorias/documentos apreendidos conforme descrição acima, ficam, sob a guarda e responsabilidade de:”, relativa à relação de mercadorias, constantes das notas fiscais, às fls. 14 a 17, concernente à fiscalização do período entre 01 e 31/10/2013, em uma clara comprovação de que não se trata de uma exigência tributária contemporânea a circulação das mercadorias, não se tratando de mercadorias em trânsito.

Cabe observar, mais uma vez, que a exigência tributária se refere à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, cujas mercadorias foram recebidas pelo adquirente em período pretérito a sua circulação nos postos de fronteiras ou do percurso e cujo sujeito passivo é o próprio remetente.

A empresa autuada não é inscrita no Simples Nacional e o procedimento tem início com a intimação, à fl. 17/10/2013, anterior, portanto, ao Termo de Ocorrência e Apreensão de Mercadorias, que é de 25/10/2013, intimação que solicita a entrega de Livro de Inventário, Apuração de ICMS, bem como notas fiscais relativas ao período de 01 a 31/10/13, compreendendo diversos períodos e fatos gerados, circunstâncias que retratam o procedimento que descaracteriza a ação fiscal no Trânsito de Mercadorias.

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 as devidas formalidades inerentes à fiscalização de estabelecimento como Intimação ou Termo de Início de Fiscalização, modelo de Auto 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 Nº 0025-01/14 e 4ª JF Nº 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.

A 5ª JF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, a”, do RPAF/99.

Cientificado do resultado do julgamento o contribuinte se manifestou às fls. 369/371, esclarecendo que teve as mercadorias apreendidas e depositadas na sua filial localizada em Salvador, por a fiscalização entender que foram adquiridas pela filial em quantidades que denotam intuito comercial, mas que exerce atividade de distribuidora de materiais médicos hospitalares, com sede na cidade de São Paulo, e envia os produtos farmacêuticos em caráter de demonstração, com retorno ao estabelecimento emitente dentro do prazo definido pela Legislação.

Afirma que não se justifica a apreensão das mercadorias, ao teor do disposto no art. 31-E do RPAF/BA, pois já foram documentadas e fiscalizadas, restando inócua a sua apreensão, visto que

possui representação pela sua filial com inscrição cadastral IE 73.898.668. Requer a liberação das mercadorias, destituindo o Sr. Lídio Paiva do cargo de fiel depositário.

VOTO

O Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, decorre da declaração de nulidade de ofício do lançamento por entender que não foi obedecido o devido processo legal.

Verifico que Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

Na Decisão proferida foi fundamentado que a fiscalização efetuou um levantamento fiscal de operações de remessa de mercadorias do estabelecimento autuado para representante de vendas localizado no Estado da Bahia, que envolve fatos geradores ocorridos no período de 14/01/13 a 18/10/13, conforme relação de notas fiscais juntadas às fls. 14 a 17, atividade que é típica de fiscalização de estabelecimento e não tendo sido desencadeada por auditor fiscal, foi nulo o procedimento fiscal por ter sido praticado por servidor incompetente.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- a) No dia 17/10/13, o preposto do Fisco Estadual (Agente de Tributos Estaduais) intimou a empresa ORCIMED IND. E COM. LTDA, Inscrição Estadual 073.898.668, localizada na Av. Tancredo Neves, nº 909, bairro Caminho das Árvores [Pituba] para apresentar notas fiscais de entradas e de devoluções, bem como Conhecimentos de Transportes relativo ao período de janeiro a outubro de 2010 (fl. 18);
- b) Em 25/10/13 foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 11) e Auto de Infração, contra o estabelecimento remetente das mercadorias localizados no Estado de São Paulo CNPJ 61.186.417/0001-85, mediante levantamento que resultou na relação de notas fiscais elencadas às fls. 14 a 17, acompanhado de memória de cálculo à fl. 8, na qual foi apurado o valor devido com a agregação da MVA de 20%, englobando as operações consignadas nos DANFs emitidos no período de 14/01/13 a 18/10/13, (fls. 23 a 72).

Pelo exposto, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o art. 42 do RPAF/BA, prevê 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 I), cuja competência é dos Agentes de Tributos estaduais (inciso II).

Como na situação presente o levantamento fiscal que dá suporte a autuação foi efetuada no estabelecimento filial do autuado localizado no Estado da Bahia (fls. 10, e 15), envolvendo operações cujos fatos geradores se reportam ao período de janeiro a outubro/13, não pode ser caracterizada como atividade de fiscalização de trânsito de mercadorias, por meio de Auto de Infração modelo 4, que é típico para esta atividade de fiscalização.

Da mesma forma, o estabelecimento autuado não é optante do Simples Nacional (fl. 10), situação que poderia legitimar a atividade de fiscalização por Agente de Tributos Estaduais.

Pelo exposto, considero correta a Decisão visto que o procedimento fiscal para apurar os fatos objeto da autuação deveria ser executado mediante os roteiros de fiscalização de estabelecimento e não pela inspetoria de trânsito, motivo pelo qual não merece reparo a Decisão declarando a nulidade do processo administrativo fiscal (artigos 20 e 21 do RPAF/BA), em razão dos atos terem sido praticados por servidor incompetente, nos termos do art. 18, I do citado Regulamento.

Recomenda-se que a autoridade competente adote providências no sentido de renovar a ação fiscal a salvo de falhas.

Quanto ao pedido de liberação de mercadorias, o mesmo deve ser encaminhado a Inspeção de

Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da região metropolitana de Salvador, conforme indicado no Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 12.

Voto 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 apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0103/13-0**, lavrado contra **ORCIMED INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal, a cargo da fiscalização de estabelecimentos, para que verifique a existência de crédito tributário.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS