

A. I. N° - 217440003614-3
AUTUADO - AÇOUGUE BOI BONITO LTDA. - ME
AUTUANTE - FERNANDO JOSE PEREIRA DE CASTRO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 04/03/2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0021-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “Termo de Ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado, também, 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 Administrativo Fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/07/2014, reclama o valor de R\$4.751,49, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquirida para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 12 a 15, após descrever a autuação afirma que a mesma não pode prosperar pois a empresa estava devidamente credenciada para recolher o imposto devido por antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria em seu estabelecimento. Nesse caso entende que sendo devido algum imposto seria em 25 de agosto de 2014, conforme previsto no §2º do art. 332 do RICMS-BA, que transcreveu.

Aduz que no momento em que adquiriu a mercadoria o fornecedor se encontrava cadastrado como contribuinte substituto no Estado da Bahia, sob o nº 117.408.009CS e procedeu a retenção do imposto no documento fiscal. Ressalta que o valor retido por substituição tributária foi maior que o devido conforme demonstrativo que anexou.

Ante aos fatos narrados entende que não cometeu a infração citada no auto, pois da mesma forma que o mesmo tem que provar com documentos às suas alegações de defesa, o autuante também deve proceder a autuação baseada nos documentos auditados e nenhum dos documentos consta o que foi citado no auto de infração. Assim é incontestável a nulidade total da autuação fiscal.

Requer a juntada de novos documentos caso os apresentados não sejam suficientes para comprovar às suas alegações.

Finaliza solicitando a Improcedência da autuação, ou a sua Nulidade.

O servidor designado à prestar a informação fiscal, fls. 47/50, entende não merecer acolhida a tese defensiva afirmando que, de acordo com o Decreto nº 14.812/15, que alterou o §2º do RICMS, a sistemática que regula o recolhimento do ICMS para produtos comestíveis resultantes do abate de aves, gado, bovino , bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, determina que este seja feito na entrada da mercadoria no território baiano, o que não ocorreu no presente caso.

Diz que de acordo com o citado dispositivo legal, a legislação elege como contribuinte da antecipação tributária em operações com as mercadorias tratadas no auto de infração, o destinatário no estado da Bahia, já que não se trata de exigência estendida em Convênio ou Protocolo interestadual. Ressalta que o Código Tributário Nacional obstrui a mudança de responsabilidade tributária por convenção particular, de acordo com o seu art. 123, que transcreveu, portanto, os acordos e acertos realizados entre sujeitos diversos não podem ser alegados contra o Fisco, com o objetivo de afastar a responsabilidade tributária.

Enfatiza que somente a lei define quem é o sujeito passivo e somente ela pode alterar tal definição, portanto, o fato de o remetente efetuar o destaque do ICMS substituído no documento fiscal não afasta a exigência tributária, vez que o remetente não possui autorização para a retenção, conforme se extrai das informações cadastrais constantes no INC, referentes a inscrição 117408009 CS, pertencente a remetente, onde se verifica que o seu pedido de autorização para a retenção do ICMS por antecipação foi indeferido, conforme tela extraída do INC, que anexou.

Conclui que caso a empresa remetente tenha efetuado o pagamento, o fez de forma equivocada e ineficiente para afastar a exigência contida no auto de infração. Informa que realmente constam pagamentos de impostos realizados pela inscrição estadual do remetente, no período em estudo, porém não é possível afirmar que se tratam dos ora exigidos.

Aduz que apesar de entender ser Procedente o Auto de Infração, já que o contribuinte não conseguiu fazer prova de pagamento válido do ICMS devido, milita a favor do contribuinte a Teoria da Aparência, que poderia em uma instância superior afastar a incidência da multa. Transcreve seus entendimentos sobre a citada Teoria.

Vislumbra a possibilidade da autuada ter sido induzida ao erro, já que, ao que tudo indica, a remetente efetuou o pagamento do imposto devido, mesmo que erroneamente e aparenta ter recolhido aos cofres públicos os valores retidos, apesar de não autorizada.

Finaliza ressaltando o acerto da autuação, já que a autuada não fez prova de pagamento válido do imposto devido, e se o fez foi de forma equivocada. Requer a Procedência da autuação.

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".*

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, o que não ocorreu.

É de se ressaltar que de acordo com o Resumo para Constituição de Crédito tributário anexado às fls. 07, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise do citado documento constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 19 de junho a 16 de julho de 2014, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, com data de ocorrência em 29/07/2014, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, 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, o que não ficou demonstrado nos autos.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. Na situação sob análise, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias considerando a "data da constatação dos eventos", conforme ocorreu com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Ressalte-se ainda que de acordo com o documento trazido pelo sujeito passivo à fl. 21 o mesmo estava credenciado, por esta Secretaria, a recolher o imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, fato não contestado pela fiscalização. Assim, o imposto referente às entradas ocorridas no mês de julho de 2014 poderia ser quitado até o dia 25 de agosto de 2014, data posterior a lavratura do presente Auto de Infração, ocorrido em 29/07/2014.

As irregularidades apontados já seriam motivo para a decretação de sua nulidade. Ocorre, entretanto, que há outro grave problema nesta autuação pois verifica através de consulta no sistema INC desta secretaria que o sujeito passivo, à época dos fatos geradores, era 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:

- 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".

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 nº 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 este fato configura nulidades insanáveis, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217440003614-3**, lavrado contra **AÇOUGUE BOI BONITO LTDA. - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADOR