

A. I. Nº - 210313.0171/14-1
AUTUADO - NEOLIDER COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 01/09/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. 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 Intimação” 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 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/09/2014, exige ICMS no valor de R\$46.622,09, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta do seu recolhimento, na primeira repartição fazendária de fronteira, sobre mercadorias adquiridas e procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Consta como informação no corpo do Auto de Infração: “*Falta de recolhimento do ICMS antecipação total e/ou parcial sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte INAPTO descredenciado.*”.

A matriz da empresa autuada, situada no Estado de São Paulo, através de advogado legalmente constituído, impugna o lançamento fiscal (fls. 45/56).

Após transcrever a acusação a ela imputada, observa que sua defesa é tempestiva já que tomou conhecimento da ação fiscal através de Edital em 19/12/2014.

No mérito, transcrevendo as disposições do art. 332, III, “d”, do RICMS, observa que a autuação se deu tendo como pressuposto fático a situação de INAPTA da empresa perante a Secretaria da Fazenda da Bahia, com Inscrição Estadual cancelada. No entanto, a sua inaptidão somente ocorreu posteriormente as aquisições e ingresso das mercadorias neste Estado da Bahia, quando sua situação cadastral era “APTA”, não sendo obrigada a recolher o ICMS antes da entrada da mercadoria no território estadual.

Informa que a sua inaptidão ocorreu em 10/09/2014 (fl. 75), isto é, em período posterior à aquisição e ingresso das mercadorias, conforme provam os DANFE’s, base da autuação (julho a agosto de 2014).

Ressaltando que a legislação não faz qualquer menção à retroatividade da situação de inapto, sua conduta não se enquadra na tipificação legal de antecipação do ICMS, devendo recolher, como o fez, o ICMS em data posterior indicada na legislação de regência.

Passa em seguida a tecer minuciosa análise sobre a necessidade da exclusão da multa de 150%, tendo em vista sua natureza confiscatória. Nesta sua argumentação invoca os princípios da boa-fé, da proporcionalidade e do não confisco tributário, do objetivo da aplicação de penalidades por infrações tributárias apuradas, de decisões do STF a respeito da cobrança de multas exorbitantes, apresenta julgados do STJ e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cita ensinamentos de Sacha Calmon Navarro e Aliomar Baleeiro, invoca o art. 150, IV, da Constituição Federal, analisa as determinações do art. 113, do CTN para concluir que *“a cobrança de multa como está sendo cobrado no caso presente, é absolutamente extorsiva, chegando a configurar verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte. As multas devem ter proporção com o valor do tributo exigido, sob pena de violar o direito de propriedade, a capacidade contributiva e o princípio do não-confisco”*.

Por fim requer:

1. Seja julgado improcedente o Auto de Infração
2. Sob pena de nulidade, que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome de sua patrona Sandra Regina Freire Lopes, regularmente inscrita na OAB/SP sob o nº. 244.553.

Na sua informação fiscal (fls. 168/170), o autuante informa que o início da ação fiscal partiu da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE através Ordem de Serviço Mandado de Fiscalização nº 7801105000270-2014831 em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208 de 13/11/2013 que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos, conforme transcreve. Em assim sendo, a ação fiscal encontra-se em perfeita consonância com a norma legal.

No mérito, assiste razão à empresa quando alega, em sua defesa, que as aquisições ocorreram antes da inaptidão de sua inscrição estadual. Porém *“a motivação da visita se deu pela falta do não pagamento do ICMS quando da entrada das suas compras em outros Estados da Federação, e isto é incontestável, pois, até a data de hoje não houve o pagamento devido nas notas fiscais eletrônicas objeto deste auto de infração, repito, até a data de hoje não houve o recolhimento do ICMS devido sobre as aquisições constantes nos danfes descritos neste auto de infração”*.

Passa, em seguida, a afirmar que restou constatado de que a empresa “nunca existiu” no endereço cadastrado no CAD-ICMS.

Que o art. 44, II da lei nº 7014/96 considera inidôneo o documento que “embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude” ou “for emitido por contribuinte: 1- fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades; 2- no período em que se encontrar com a inscrição desabilitada. Portanto, se um estabelecimento fictício produz documentos fiscais inidôneos, uma declaração cadastral fictícia também resultará em informação cadastral inidônea, o que caracteriza duas ocorrências:

- 1- *Que as mercadorias foram recebidas por estabelecimento diverso do indicado no documento fiscal (NF-e).*
- 2- *Que a falta de pagamento do ICMS (sonegação do Imposto) foi praticada com intenção (dolo).*

E continua: *A ação fiscalizadora identificou um ato inexistente, que é aquele que não reúne os elementos necessários à sua formação. Ele não produz qualquer consequência jurídica. Este ato inexistente gerou um ato nulo (registro cadastral regular), que é o ato que embora reúna os elementos necessários a sua existência, foi praticado com violação da lei, da ordem pública, bons costumes ou com inobservância da forma legal. Sendo assim, o estabelecimento deve ser considerado Estabelecimento em situação irregular no cadastro estadual, desde o início (fictício) de suas atividades (fictícias). E considerando o que o RICMS-BA estabelece em seu*

*artigo 289, parágrafo 14 e 17 e mais 318, inciso III, e 332, VIII (transcritos), “o estabelecimento considerado **Estabelecimento em situação irregular no cadastro estadual**, que realizar aquisições interestaduais no período em que estiver irregular terão os percentuais de lucro nas operações internas para antecipação ou substituição tributária nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação ajustados nos termos do § 14 do artigo 289”.*

Quanto à multa aplicada, encontra-se a de acordo com a legislação vigente.

Solicita a manutenção integral do Auto de Infração “*esperando que o CONSEF não tome conhecimento da peça defensiva*”.

VOTO

Inicialmente e antes de adentrar na decisão do presente processo, abordo o pedido feito pela patrona do impugnante de que as intimações à empresa, sob pena de nulidade, sejam realizadas em seu nome.

Sob tal aspecto, o art. 36 do Código de Processo Civil – CPC preceitua a regra de que no processo civil, as partes serão representadas por advogados. Assim, e com raras exceções pontuadas na norma, os atos processuais são realizados por advogados que atuam em nome e no interesse da parte que representa. Porém no âmbito do processo administrativo, a assistência por advogado é facultativa, não havendo restrições a que a parte (contribuinte com capacidade postulante) realize diretamente os atos processuais, conforme disposto no art. 3º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), norma específica que disciplina o processo administrativo neste Estado, por competência instituída pela lei nº 3.956 (COTEBa). Ressalto de que, embora haja previsão expressa na norma da possibilidade do contribuinte conferir poderes a advogado para representá-lo em processo administrativo, esse mesmo diploma legal não previu a necessidade de a Administração Pública intimar o advogado, conforme se depreende das disposições do art. 108 da referida norma regulamentar. E tudo isto decorre do princípio do informalismo inerente ao processo administrativo fiscal que não se sujeita ao mesmo rigor formal dos processos judiciais. Em conclusão, a representação do contribuinte por advogado não implica para a Administração Pública um dever de intimá-lo na pessoa do advogado e no domicílio profissional deste, não acarretando qualquer nulidade dos atos processuais que assim não sejam realizados.

Entretanto, nada obsta que as intimações e decisões da presente lide sejam dadas a conhecer aos advogados constituídos pelo contribuinte. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, como inclusive é a prática deste Colegiado, quando eles, neste foro administrativo se cadastram. E, para não restar qualquer dúvida, relembro à nobre patrona do contribuinte de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

Adentrando na análise do presente processo, restam configurados diversos vícios insanáveis, que o inquina à sua nulidade.

Embora provado no processo que a fiscalização foi realizada com o mais completo desconhecimento da empresa, fato que clara e expressamente vai de encontro ao princípio constitucional da ampla defesa, dois outros motivos levam o presente Auto de Infração a não ter qualquer validade jurídica.

O ICMS é imposto que tem como fato gerador, em síntese e basicamente, “**a circulação de mercadorias e serviços**”. A sua fiscalização investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício (art. 142 do CTN), atua, em linha geral, em duas frentes. A primeira, na busca da

circulação de mercadorias e serviços de fatos pretéritos, ou já acontecidos. A outra, no exato momento da ocorrência do fato gerador.

Diante desta situação, a Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em duas linhas mestras:

A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, **modelo 4**, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa.

A segunda equipe exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, **as suas operações comerciais já realizadas**. Porém em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal (e definido no RPAF/BA) sob pena de seu ato não torna-se juridicamente inválido. E mais uma vez, corroborando tal situação, a própria Secretaria de Fazenda Estadual determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, **modelo 3**.

O fato de uma equipe de fiscais estarem exercendo suas atividades funcionais no trânsito de mercadorias, ao exercer elas, por determinação da administração superior, fora deste limite não significa que deva utilizar de comportamento, ou mesmo procedimento, que vai de encontro às determinações legais.

Além do mais, caso a empresa, por motivo que aqui não cabe discutir, tenha informado seu endereço errado ao fisco, ou mesmo tenha mudado (ou encerrado) seu estabelecimento sem informar à Secretaria de Fazenda, como é seu dever, não justifica a lavratura de um Auto de Infração na forma feita. Esta situação pode demonstrar fortes indícios de ações fraudulentas, mas nunca de prova cabal de que a empresa nunca existiu. Inclusive deve-se perquirir como a Secretaria de Fazenda, desde 2007, concedeu uma inscrição estadual a uma empresa “inexistente” e nunca averiguou tal situação permitindo que a sua condição cadastral permanecesse “ativa” e em situação regular até 10/09/2014 (fl. 75), data, inclusive, posterior às aquisições de mercadorias ora autuadas e da própria ação fiscal. E ela (SEFAZ) possui procedimentos legais outros para buscá-lo, inclusive podendo chegar a proceder a uma auditoria como a do arbitramento de base de cálculo. Porém, volto a insistir, sempre dentro do devido processo legal.

No caso presente, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado por agente de tributo lotado na IFMT Metro, ele não é um Auto de Infração de trânsito, mas de monitoramento (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte e do período de 29/07/2014 a 28/08/2014. Ou seja, ele deixou de ser uma abordagem imediata à alguma atitude adotada pelo contribuinte em um exato momento, para ser um acompanhamento de seus procedimentos fiscais durante um período.

Em assim sendo, 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 (e aqui resalto: aquelas inerentes a uma empresa que não mais possui endereço certo. E no caso específico, sua sede encontra-se em São Paulo, conforme identificada na defesa apresentada - fl. 45), observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide, visando, inclusive, não onerar a Fazenda Pública.

E, através de consulta no sistema INC desta SEFAZ (fl. 36) denota-se que o sujeito passivo é optante pelo regime normal de apuração do imposto (conta corrente fiscal). Assim, necessário

apontar, na legislação tributária do Estado da Bahia, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

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 e/ou indústria é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração, mesmo que o contribuinte seja uma microempresa ou mesmo empresa de pequeno porte (não sendo o caso presente), uma vez que um pequeno empresário tem por opção a escolha de se enquadrar no Simples Nacional, mas, como dito, escolha, não obrigatoriedade.

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, eles não detêm 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.

Por tudo exposto, concluo que se encontra configuradas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência legal e em instrumento legal incompatível com os fatos apurados, restando prejudicada as alegações de defesa apresentadas.

Voto, de ofício, pela nulidade da ação fiscal com fundamento no art. 18, II, do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210313.0171/14-1**, lavrado contra **NEOLIDER COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA– JULGADOR