

A. I. N° - 210609.0054/17-9
AUTUADO - DJR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS ANTONIO GUALBERTO CARVALHO
ORIGEM - IFMT NORTE

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033-02/18

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. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal para tanto. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 23/08/2017, para exigir ICMS no valor de R\$39.479,62, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 54.05.08. Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação. Fato ocorrido no mês de agosto de 2017.

Foram anexados aos autos demonstrativo da apuração do imposto (fl. 04), fotocópias de DANFEs (fls. 05 a 20), Mandado de Fiscalização da Central de Operações Estaduais - COE (fl. 22), Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 23) e Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (fl. 24).

Consta na descrição dos fatos: *Atendendo mandado da COE nº 5076320000149-201776 ficou constatado que o contribuinte acima qualificado deixou de recolher o ICMS sobre Antecipação Parcial quando da entrada das mercadorias no estado da Bahia conforme DANFEs nº 72061/11898/84730/14651/489716/489714/489715/642351/744642 e 282595, foi utilizado o novo modelo de fiscalização de mercadorias em trânsito conforme determina o Decreto nº 14.208/2012.*

O autuado apresenta defesa, fl. 28, na qual afirma que recolheu o imposto que está sendo exigido, conforme comprovam os documentos de arrecadação (DAE) que anexa às fls. 30 a 38, motivo pelo qual solicita o cancelamento do Auto de Infração.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 43 a 44, o autuante afirma que uma parte dos recolhimentos efetuados pelo autuado foi efetuada em 14/09/17, após a ciência do autuado do Termo de Ocorrência Fiscal e Intimação para apresentação de documentos e, portanto, esses recolhimentos são intempestivos. Prosseguindo, afirma que:

Aos DANFEs 30274 / 30258 / 6688 / 18864 / 80621 e 498713, foi recolhido o ICMS.

Aos DANFEs 489714 / 489715 e 489716, que perfazem um valor total de ICMS em R\$ 16.173,16, foi pago R\$ 15.068,37, logo, um valor a menor de R\$1.104,79; Aos DANFEs 642351 e 744642, não foi apresentado recolhimento do ICMS, cujo valor importa em R\$ 1.882,55 e aos DANFEs 14651 / 11898 / 282595 e 84730, foi recolhido o ICMS, intempestivamente.

Apresenta demonstrativo com o cálculo do valor remanescente e, ao finalizar, opina pela manutenção da exigência fiscal no valor de R\$2.987,34, bem como de multa e acréscimos moratórios sobre o valor de R\$ 21.507,29, por recolhimento intempestivo do imposto.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir crédito tributário, em atendimento a mandado de fiscalização expedido pelo COE, sob a acusação de falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte que não preenchia os requisitos previstos na legislação para efetuar o recolhimento em momento posterior.

Do exame da planilha de fl. 04, denominada “DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO”, das photocópias dos DANFES (fls. 05 a 20), do Mandado de Fiscalização do COE (fl. 22), do Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 23) e da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (fl. 24), constata-se que a ação fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração em comento não ocorreu no trânsito de mercadorias, já que esses documentos tratam de fatos pretéritos. A ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea e, nessa situação, o preposto fiscal constata 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 no caso do presente Auto de Infração. Não há como uma operação do trânsito de mercadorias estar lastreada em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. Na situação em análise, deveria ter sido desenvolvida uma ação fiscal junto ao estabelecimento destinatário das mercadorias, obedecendo a todas as formalidades legais previstas. Desse modo, a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela está maculada de vício decorrente da inobservância do devido processo legal.

No Auto de Infração em tela, há também outro vício que acarreta a sua nulidade, senão vejamos.

Além de a ação fiscal ter sido efetuada em estabelecimento comercial, o extrato do sistema INC – Informações do Contribuinte (fl. 21) e o próprio Mandado de Fiscalização do COE (fl. 22) atestam que o sujeito passivo estava enquadrado no regime normal de apuração do imposto. Nessa situação, a legislação tributária do Estado da Bahia não confere competência aos Agentes de Tributos para efetuar o lançamento tributário. Para uma melhor compreensão, vejamos o que prevê o art. 107, §§2º e 3º, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB):

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

[...]

§ 2º 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.

§ 3º 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 acima transcrito, 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.

Não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, esses referidos prepostos fiscais não detêm competência para lavratura de Autos de Infração relativamente a ações fiscais desenvolvidas em estabelecimentos de empresas enquadradas no regime normal de apuração do imposto. Dessa forma, a lavratura do Auto de Infração em tela incide na hipótese de nulidade prevista no art. 18, I, do RPAF-BA/99, o qual prevê que são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente.

Em face do acima exposto, entendo que o Auto de Infração em análise padece de vícios insanáveis que o inquinam de nulidade.

Nos termos do artigo 21 do RPAF-BA/99, recomendo à 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210609.0054/17-9**, lavrado contra **DJR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR