

A. I. N° - 232201.0048/17-1
AUTUADO - CENTRAL DE COMPRAS MUCURI LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO SOARES NETO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.05.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0061-04/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração modelo específico para fiscalização de trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais válidos que devem pautar o lançamento de ofício. Existência de “Termo de Ocorrência” inválido, que não materializa a fiscalização de mercadorias em trânsito. Incompetência do autuante para expedição de Auto de Infração para ocorrências verificadas após o ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado. Ofensa ao artigo 18, IV “a” do RPAF/BA. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi expedido em 12/05/2017, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$216.669,16, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação: “*Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal*”.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento (fls. 36 a 54), onde preliminarmente passou a arguir a nulidade do lançamento por inobservância do devido processo legal, em razão da falta de intimação para apresentação dos documentos fiscais.

Neste aspecto frisa que o autuante lavrou o Auto de Infração relativamente à fiscalização do estabelecimento sem que tenha efetuado a intimação para apresentação dos documentos fiscais. Citou doutrina, transcreveu decisões deste CONSEF a esse respeito e pugnou pela nulidade do lançamento com base no Art. 18, inciso II do RPAF/BA.

No tópico seguinte intitulado “*Da ação fiscal de trânsito em estabelecimento*”, destacando que o presente lançamento não se apresenta formalmente de acordo com o RPAF/BA por estar caracterizado se tratar de uma ação fiscal de estabelecimento, através de Auto de Infração Mod.4, sem estar acompanhado de Termo de Início de Fiscalização. Aduziu que o autuante imputou a ocorrência da obrigação tributária antes do seu vencimento, incorrendo em víncio insanável de nulidade da autuação, com base no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/99.

Em seguida passou a arguir cerceamento ao seu direito de defesa por falta de apresentação de provas, sustentando que o autuante não carreou aos autos as notas fiscais constantes no Demonstrativo das Aquisições de Mercadorias que elaborou.

Adiante requer que devem ser excluídas do mencionado demonstrativo através de diligência fiscal, as notas fiscais de entradas que não se encontrarem materialmente comprovadas nos autos, razão pela qual solicita que se declare a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Ao adentrar no que intitula de mérito da autuação, apesar de se referir à “ilegitimidade passiva do autuado”, passa a se referir a cerceamento ao seu direito de defesa, em razão da falta de apresentação de notas fiscais relacionadas no Demonstrativo de Aquisições de Mercadorias, fato que lhe impede de demonstrar que muitas das notas fiscais autuadas se referem a mercadorias que já sofreram tributação na fonte em razão da existência de convênio e protocolo, os quais atribuem a responsabilidade pelo recolhimento do imposto por substituição tributária ao remetente das mercadorias.

Após citar várias decisões deste CONSEF que considera se enquadrar nesta situação, voltou a pugnar pela nulidade do Auto de Infração com base no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/99, concluindo com pedido nesse sentido ou pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 71 e 72 onde, inicialmente requereu a decretação da **nulidade** do auto de infração em análise pelos motivos que passou a expor:

Disse que o Auto de infração foi lavrado para cumprimento de mandado do COE, em virtude da aquisição interestadual de mercadorias para comercialização por contribuinte que se encontrava com sua inscrição descredenciada, sem o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária. Que no decorrer da ação fiscal, restou constatada a inexistência da empresa no endereço constante nos cadastros fazendários, sendo lavrado o FLC e o presente Auto de Infração.

Destacou em seguida que desde a lavratura o Auto de Infração está eivado de nulidades que afetam a sua legalidade, a saber:

1 - Trata-se de empresa inscrita como “normal”, portanto fora do alcance da competência funcional do agente de tributos para constituição de crédito, afastado do trânsito de mercadorias, consoante o que dispõe o art. 107 § 2º do COTEB, como já decidiu este órgão julgador em caso semelhante:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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 ocorrência" inválido, 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 nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

2 - Ausente os termos exigidos pelo art. Art. 28, IV do RPAF, não sendo aplicável ao presente caso as exceções previstas no Art. 29 do mesmo diploma.

Pontuou que debrucando-se em casos semelhantes, têm sido reiteradas as decisões deste Conselho no sentido de ser nulo o procedimento fiscal nestas condições, a exemplo da decisão abaixo:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0270-01/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Vícios formais e materiais do procedimento. Inexistência de qualquer termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: não foi lavrado nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Com base nos argumentos supra requereu a **nulidade** do presente Auto de Infração, com a sugestão de que seja refeito o procedimento a salvo de falhas.

VOTO

Examinando as peças que integram os presentes autos vejo que a questão nela envolvida, de fato, não carece de maiores aprofundamentos em sua análise, ante o próprio posicionamento do autuante que define com precisão a nulidade do presente Auto de Infração.

Isto porque o lançamento comporta vícios jurídicos intransponíveis, ligados à sua legalidade. 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 caso sob análise temos que se trata de procedimento efetuado como se o fato tivesse sido verificado no trânsito de mercadorias, com data de ocorrência em 12/05/2017, quando em verdade se referem a situações ocorridas em diversos períodos anteriores a esta data, portanto, não passíveis de lançamento via fiscalização de trânsito de mercadorias, que ocorre para aqueles fatos imediatos, flagrantes da irregularidade detectada.

Note-se que o Auto de Infração foi precedido de um Termo de Ocorrência Fiscal inválido, pois não contém a assinatura do autuado, enquanto que a data não corresponde às constantes dos documentos fiscais, situação esta que não materializa a fiscalização de mercadorias em trânsito, não lhe emprestando, por conseguinte, tal qualidade.

Na situação posta nestes autos, o procedimento fiscal deveria ter sido levado a efeito pela fiscalização em estabelecimento, e neste caso, por se tratar de contribuinte inscrito na condição de apuração do imposto através do regime normal, falta competência legal ao agente de tributos estaduais para tal fim.

Observo que nesse sentido a competência legal no Estado da Bahia para que agentes de tributos pudessem fazer lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09, com vigência a partir de 1º de julho de 2009, que transferiu parcela da atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos auditores fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, conforme a seguir transcrito:

Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de 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.

Portanto, ao agente de tributos foi atribuída a prerrogativa de lavrar Auto de Infração, constituindo crédito tributário somente quando na fiscalização de mercadorias em trânsito ou quando em estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, o que não é o caso do contribuinte autuado. A competência da função fiscalizadora nos estabelecimentos, excetuados aqueles designados aos Agentes de Tributos, será exercida exclusivamente por auditores fiscais (art. 1º, § 2º da Lei 11.470/09).

A tarefa de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária deverá sempre pautar-se em um termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal. Na fiscalização de trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Liberação ou Depósito para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova

material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (art. 28, IV, e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto 7.629/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, teria de ser precedido forçosamente da lavratura de Termo de Apreensão (Termo de ocorrência Fiscal), mediante emissão do instrumento próprio, conforme retro mencionado.

Verifico que apesar de constar nos autos um “Termo de Ocorrência Fiscal”, não houve apreensão de coisa alguma, não serve de prova alguma e não materializa nada. Não contém a assinatura do detentor dos bens, nem do depositário e o contribuinte autuado sequer tomou conhecimento de sua existência. Apesar de descrever os fatos que foram transcritos para o Auto de Infração em debate, tal termo não existe no mundo jurídico.

Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos por carência de competência, pois a auditoria que se destine à verificação do valor de ICMS após a entrada da mercadoria no estabelecimento autuado, é atividade típica concernente aos auditores fiscais, agentes públicos estritamente vinculados ao Princípio da Legalidade.

Portanto, por restar caracterizado que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal incompetente, em desacordo com as disposições da Lei nº 11.470/09, entendo que deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração por inobservância do devido processo legal.

Em conclusão, com respaldo nas próprias decisões retro transcritas e com fundamento no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração e represento à autoridade fazendária competente para a realização de nova ação fiscal no estabelecimento do destinatário das mercadorias, neste Estado, para verificação do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal em relação às operações objeto do presente 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 **232201.0048/17-1** lavrado contra **CENTRAL DE COMPRAS MUCURI LTDA**.

Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, através de fiscalização em estabelecimento.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA