

A. I. Nº - 232195.0234/17-9
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT – METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/06/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-03/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Ausência do instrumento legal para dar início à ação fiscal. Não cumprimento do devido processo legal. Nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, em Fiscalização de estabelecimentos. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2017, exige ICMS no valor de R\$133.372,75, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração – 54.05.08: “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”.

Data da Ocorrência: 31/08/2017

Enquadramento Legal: alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A; inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado em sua peça defensiva, às fls. 24/30, inicialmente faz uma sinopse fática e apresenta os fundamentos da impugnação.

Argui como preliminar de nulidade a ausência de intimação válida. Alega que não houve cumprimento às formalidades previstas na legislação tributária, citando o art. 18, II, art. 39, VII, art. 108 e art. 123 do RPAF/BA.

Considera que houve cerceamento ao seu direito de defesa e que, caso o ato não seja declarado nulo, que se determine o saneamento dos autos com a reabertura do prazo de defesa, a fim de que a Peticionária tome as providências legais cabíveis.

Requer que seja determinada a retirada do débito, ora formalizado, do rol de débitos em aberto/Revel e/ou Inadimplente, tendo em vista a suspensão da exigibilidade, nos termos do inciso III do artigo 151 do CTN, com expedição da certidão positiva com efeito de negativa especificamente para o citado PAF.

Ainda em preliminar, pontua que a autuação em análise diz respeito a crédito tributário apurado pela fiscalização de trânsito de mercadoria, ou seja, fiscalização que pressupõe dois requisitos essenciais à sua validade: “immediatabilidade” e contemporaneidade ao trânsito da mercadoria.

Aduz que no caso em apreço, os requisitos da “imediatabilidade” e da contemporaneidade não estão presentes, o que foge à atribuição regimental da IFMT/SEFAZ, maculando formalmente o procedimento fiscal hostilizado, oportunidade em que requer que seja reconhecida a nulidade do A.I. em referência.

Em seguida, considera que o Auto de Infração foi lavrado por agente incompetente. Afirma que o requisito essencial à validade do ato administrativo diz respeito à capacidade e competência do agente para praticá-lo. Em assim sendo, considera que o presente foi lavrado por agente incompetente, isto é, por Agente de Tributos que, nos termos do inciso II do art. 7º da Lei Estadual nº 8.210/2002, possui atribuição de executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, no entanto, somente sob a coordenação do auditor fiscal.

Ressalta que a referida lei prevê que são atribuições privativas do Auditor Fiscal constituir privativamente créditos tributários por meio de lançamento de ofício com lavratura de autos de infração, e que assim sendo, o Agente de Tributos só poderá exercer a fiscalização no trânsito de mercadorias se houver a coordenação de um Auditor Fiscal.

E neste caminhar afirma: “... Assim, a incompetência do agente somada à ausência de subscrição por parte de Auditor Fiscal Coordenador, avulta todo o procedimento devendo este ser declarado NULO, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPAF/BA”.

Retornando, à sua alegação de cerceamento de defesa, sustenta que o preposto fiscal não disponibilizou todos os papéis de trabalho, necessários à confecção da Impugnação.

Transcreve o disposto no artigo 44 do RPAF/BA e assevera que a ausência dos pressupostos previstos nos dispositivos invocados geram inúmeras consequências que inviabilizam o exercício regular do direito de defesa do Contribuinte, já que não teria à sua disposição todos os documentos necessários para justificar com precisão os itens pontuados pelo preposto fiscal.

Explica que o fato de não terem sido entregues todos os papéis de trabalho, a exemplo das Notas Fiscais que serviram de supedâneo à autuação, que permitisse ao contribuinte exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, impõe a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II do artigo 18 do RPAF/BA.

Diz restar evidente a nulidade suscitada, devendo ser declarado nulo o Auto de Infração, por vício insanável, em vista do flagrante cerceamento do direito de defesa, já que faltam informações relativas à base de cálculo, chave de acesso à NFE/DANFE, ausentes também os termos de ocorrência fiscal e de apreensão, de modo a justificar o procedimento fazendário, maculando todo o procedimento impugnado.

Assevera que a ausência de tais documentos, reforça a necessidade de declaração da Nulidade do presente procedimento fiscal.

Acrescenta que a autuação fiscal não foi contemporânea ao trânsito da mercadoria, nem mesmo ao Fato Gerador, descharacterizando os procedimentos próprios da fiscalização de trânsito de mercadorias. Expõe que não teve acesso ao Auto de Infração, e que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram bem antes da lavratura, e não na data indicada pelo autuante.

Afirma que a ocorrência, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, não se verificou no trânsito de mercadorias, e sim em data anterior, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, através de fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Argumenta que outro vício de substancial importância presente nestes autos é que, por não se tratar de uma operação ocorrida no trânsito de mercadorias e, sim, relacionada a apuração de fatos pretéritos, deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no estabelecimento do autuado, cujo procedimento deve observar às normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Enfatiza que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, e que no presente caso, como o AI 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 ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, conforme determina a legislação tributária de regência.

Conclui, dizendo que 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 na presente situação, e que no caso em questão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive quanto à correta data de ocorrência dos fatos geradores.

Por derradeiro, pedindo a improcedência da autuação, frisa que apenas por amor ao debate, caso a Junta entenda por manter a autuação, requer a redução da multa aplicada, por considerar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Na informação fiscal, fls. 40 a 41, o autuante transcreve a infração e registra que o início da ação fiscal partiu de uma obrigação vinculada, em cumprimento do dever funcional e em respeito à determinação da Superintendência de Administração Tributária - SAT - Central de Operações Estaduais - COE, mediante Mandado de Fiscalização, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208, de 13 de novembro de 2013. Diz que tal diploma legal dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, com base em documentos fiscais eletrônicos enviados pela COE, conforme artigos 1º e 2º que transcreve.

Aduz que a ação fiscal foi desenvolvida em obediência à determinação de um decreto do governador, que tem por escopo o combate à sonegação. Rechaça a argumentação do contribuinte de cerceamento de defesa, asseverando que a empresa encontra-se descredenciada, e que na peça vestibular está consignada, no campo próprio, a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, além da memória de cálculo, onde consta a relação do DANFE e a descrição das mercadorias objeto da autuação.

Prossegue invocando as disposições sobre o assunto, contidas no Decreto do Governador e do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, em que expressamente exclui a competência dos contribuintes de impor as suas regras em detrimento das normas legais de qualquer natureza. Enfatiza que a multa que é obrigatória e está amparada no artigo 42, inciso IV, alínea “i” da Lei nº 7.014/96. Acrescenta que desconsiderar a ação fiscal é mudar todo procedimento instaurado através de Lei pela vontade do contribuinte.

Ao final, dizendo que não há como sustentar os argumentos do autuado, pede que o Auto de Infração seja ratificado pelo Colendo Órgão Julgador.

VOTO

O presente processo aponta a falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, relacionada nas Notas Fiscais Eletrônicas, cujas cópias dos Documentos Auxiliares (DANFE) estão acostadas às fls. 15/19. As mercadorias foram adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no § 2º do art. 322 do Regulamento do ICMS, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mesmas no estabelecimento.

O autuado argui a nulidade do presente Auto de Infração alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista não lhe ter sido disponibilizado todos os papéis de trabalho necessários à elaboração de sua impugnação, bem como o fato de o procedimento adotado na ação fiscal ser incompatível com a fiscalização no trânsito de mercadorias, ter sido lavrado por agente incompetente e, ainda, não ter sido precedido dos Termos de Intimação necessários para fundamentar o referido procedimento.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

No caso concreto, verifico que o Auto de Infração foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

Verifico que nenhum dos Termos retro mencionados foi lavrado para legitimar a ação fiscal. Além de maculado por tal vício, os DANFE's nºs 34647, 11510, 434152 e 434353 (fls. 15/19), objetos da autuação, tem datas de emissão de 24, 29 e 31/08/2017, no Auto de Infração consta como data de ocorrência da infração o dia 31/08/2017, o mesmo foi lavrado em 28/09/2017, e o contribuinte somente tomou conhecimento da autuação por intermédio da intimação de 04/12/2017 (fl. 22). Tais divergências demonstram uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se comprova nessa situação.

Para situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Por outro lado, a empresa autuada, apesar ser constituído na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl.07. Dessa forma, o autuante na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura do Auto de Infração, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

"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."

Portanto, 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.

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 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, os referidos Agentes não detém a mesma competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, como o presente Auto de Infração não representa uma autuação de trânsito, não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Diante de tais constatações, considero que o lançamento é nulo, posto que foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimentos, com observância de todas as formalidades legais.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Registro que, em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos JJF Nº 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17 e Acórdão CJF 0037-12/17.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas neste CONSEF, considero NULO o lançamento e, nos termos do art. 21 do RPAF/BA, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.0234/17-9**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO – ME**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

MARCELO MATTEDE E SILVA – JULGADOR