

A. I. Nº - 232195.0190/17-1
AUTUADO - FIC IND. E COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.01.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0233-04/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração específico para fiscalização no 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 o presente de Auto de Infração, expedido pela IFMT Metro em 22/08/2017, cuja ciência foi dada ao autuado em 10/11/2017, com o fito de reclamar crédito tributário na ordem de R\$112.191,98, mais multa de 60%, tendo em vista a seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS referente a 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”*. Consta que a ação fiscal foi originária da SAT, através da Central de Operações Estaduais – COE com base em Mandado de Fiscalização em consonância com o Decreto nº 13.208/13 que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte.

Tempestivamente o autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 23 a 30, sustentando que inexistente qualquer infração nas operações que realiza pelos motivos que passou a expor.

Diz que apesar da falta de clareza na descrição da infração, a fiscalização não lhe intimou para esclarecer a operação autuada, e, por isso, supõe que a lavratura do Auto de Infração deu-se pelo fato do autuante presumir que não foram tributadas as notas fiscais mencionadas no anexo do Auto de Infração.

Sustenta que o autuante não atentou que o pratica operação interestadual de industrialização por encomenda, sendo o encomendante estabelecido no Estado de São Paulo que emite nota fiscal de remessa de insumos para industrialização por encomenda – CFOP 6.901, recebendo o posterior retorno do produto industrializado – CFOP 6.902/6.124, com ICMS suspenso, salvo em relação ao valor cobrado pelo industrializador pelo material aplicado e mão de obra, na forma prevista pelo Art. 280 do RICMS/BA.

Isto posto sustenta que não se trata de mercadoria para revenda pelo autuado no Estado da Bahia, mas sim remessa e retorno de industrialização por encomenda, com industrializador localizado em outro Estado, situação esta que não deve gerar pagamento do imposto a título de antecipação tributária.

Afirma que em verdade o presente caso sequer se enquadra nas hipóteses de tal recolhimento, pois não se trata de mercadorias para revenda e, desta forma, enquadra-se nas situações dispensadas da antecipação de acordo com o previsto pelo Arts. 332 do RICMS/BA, c/c os Arts. 8º

e 12-A da Lei nº 7.014/96, acrescentando ainda praticou uma operação de industrialização e não de revenda.

Pelo exposto requer que o Auto de Infração seja julgado Improcedente vez que não há que se falar em pagamento de ICMS nas operações praticadas, requerendo ainda que as intimações sejam enviadas em seu nome no endereço que indica.

O autuante apresentou Informação Fiscal conforme fls. 84 e 85, destacando que a Nota Fiscal nº 2.317 de 24/07/2017 objeto da autuação tem como natureza da operação “*venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*”.

Menciona que o autuado à época da lavratura do Auto de Infração encontrava-se com sua inscrição estadual na situação “descredenciada” para efeito da antecipação tributária por ter menos de 06 (seis) meses de atividade, sendo que, neste caso, o Art. 332, inciso III, “d” do RICMS/BA, prevê que o pagamento do ICMS relativo a antecipação tributária deverá ser feito antes da entrada da mercadoria no território deste Estado, o que não ocorreu.

Com relação ao argumento defensivo de que não foi intimado à prestar esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração cita que o Art. 26, inciso IV do RPAF/BA dispõe que considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da emissão de Auto de Infração ou Notificação Fiscal.

Mantém o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido em 22/08/2017, através da IFMT Metro, com base no intitulado “**novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias**”. De início se observa que o modelo utilizado se relaciona à fiscalização no trânsito de mercadoria.

Dito isto, observo que a autuação ocorrida no dia 22/08/2017, se deu com base no DANFe nº 2.317, datado de 24/07/17, portanto, por si só já se constata que não se trata de fiscalização ocorrida no trânsito de mercadoria. Ademais, isto se confirma através da intimação feita ao autuado que só ocorreu em 10/11/2017, fato este que afasta a ocorrência no trânsito e, sim, em momento posterior ao ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado.

Além do fato acima posto, tem-se que 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.

Prosseguindo, aponto outro vício de fundamental significado. Consta que a autuação ocorreu com base no Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) nº 26107884000848-2017815, o qual requer o seu cumprimento via monitoramento através do Regime Sumário de Apuração do ICMS – Art. 318 do RICMS/BA, com indicação explícita da INFAZ Varejo.

Por sua vez o citado Art. 318 assim se apresenta:

*Art. 318. **No regime sumário de apuração**, o imposto a recolher resultará da diferença a mais entre o valor do ICMS relativo à operação ou prestação a tributar e o relativo a operação ou prestação anterior, efetuada*

com as mesmas mercadorias ou seus insumos ou com o mesmo serviço, e se aplicará nas seguintes hipóteses: I - operações e prestações sujeitas à antecipação tributária;

Ora, de acordo com o quanto acima explicitado, não resta a menor dúvida que a ação fiscal não ocorreu no trânsito de mercadorias, sendo que, desta maneira, deveria ter ocorrido no estabelecimento do autuado, observando-se o regramento atinente a este condição.

De acordo com os Dados Cadastrais do autuado, constantes à fl. 07 dos autos, **trata-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto e que possui como atividade principal o comércio atacadista de material elétrico.**

Isto posto, vejo que o procedimento fiscal sob análise 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).

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.

Desta maneira, e por restar caracterizado que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal incompetente, pois 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 em inúmeras decisões já prolatadas por este Conselho de Fazenda a respeito desta questão, as quais, considero desnecessário aqui enumerá-las, 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 que determine a realização de 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.

Do exposto ficam prejudicadas as análises dos argumentos de mérito apresentados nestes autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **2321950190/17-1**, lavrado contra **FIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente da circunscrição fiscal do autuado, que seja determinado abertura de procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, para que se efetue verificação do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal, em relação às operações objeto do presente Auto de Infração.

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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, em 18 e dezembro de 2018.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR