

PROCESSO - A. I. Nº 232201.0048/17-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CENTRAL DE COMPRAS MUCURI LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 4ª JJF nº 0061-04/18
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0208-12/19

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado 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”*.

A 4ª JJF decidiu por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela Nulidade do Auto de Infração.

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 as 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 paradigmas 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.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

VOTO

Objetiva o presente Recurso de Ofício, 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, a necessária revisão da Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, Nulo o

Auto de Infração em epígrafe, lavrado 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”*.

Da análise dos autos, pode-se verificar que não cabe reparo à Decisão recorrida que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, em face da constatação de vários vícios jurídicos, considerados pelo Julgador como intransponíveis, dentre eles, por ter sido a autuação lavrada por Agente de Tributos, no estabelecimento do Contribuinte inscrito na condição de apuração do ICMS através do regime normal, como se o fato tivesse ocorrido no trânsito de mercadorias, precedido de um Termo de Ocorrência Fiscal inválido, conforme constatou o Relator *a quo*.

Destaque-se que esse procedimento foi consequentemente considerado em desacordo com o disposto no Art. 1º da Lei nº 11.470/09, que regula a função fiscalizadora dos Agentes de Tributos Estaduais e, inclusive, teve sua Nulidade apontada na Informação Fiscal, às fl.71/72, por outro agente da IFMT-SUL.

Registre-se ainda que é recomendável que essa Inspetoria examine a possibilidade de mandar refazer a ação fiscal a salvo de falhas.

Pelo exposto, voto pelo IMPROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **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.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS