

PROCESSO - A. I. Nº 232195.0234/17-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALEXANDRE LOBO PINTO – ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0071-03/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - [INTERNET 07/10/2019](#)

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0233-11/19

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0071-03/18, que por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 28/09/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$133.375,75, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 – 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.

Consta na descrição dos fatos: Ação Fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 2399478000161-2017915, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208/13, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte.

Antecipação Tributária Parcial. Mercadoria: Armas de fogo, faca e machado. Contribuinte descredenciado. Falta de recolhimento do ICMS, relativo a Antecipação Tributária Parcial. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através do Regime “Sumário de Apuração”. DANFES verificados: 434152, 434353 e 1151.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 24 a 30) e informação fiscal prestada pelo ilustre Auditor (fls. 40 a 41), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JF que optou pela Nulidade do Auto de Infração nos seguintes termos:

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 JJJ 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.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0071-03/18, que por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração para exigir ICMS no valor histórico de R\$133.375,75, em decorrência da *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.*

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.

Verifica-se que o modelo do Auto de Infração adotado é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e que o preposto do Fisco é Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no Art. 42 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Vale ressaltar que a fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão, por óbvio, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias, em situação irregular, competência para a autuação dos Agentes de Tributos Estaduais, e não o fato da autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração, próprio para as ações do trânsito.

Ficou constatado que, apesar da data da lavratura do Auto de Infração constar 28/09/2017, o demonstrativo da base de cálculo acostado aos autos, discrimina operação ocorrida em 31/08/2017. Foi possível verificar ainda a ausência de assinatura no Termo de Ocorrência Fiscal, indicando que não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal, o que leva a concluir que o Auto de Infração nasceu sem qualquer respaldo legal para ter sustentação, vez que afrontou, claramente, o princípio constitucional da ampla defesa.

Analisando o disposto no Art. 18, I, do RPAF/BA, são considerados nulos os “*Atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente*”. Inclusive este é o entendimento do CONSEF em situações análogas, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0037-12/17, a seguir transcrito:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-12/17

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. Termo de ocorrência inválido, não materializa fiscalização de mercadorias em trânsito. 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, INFAZ Varejo, para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

Diante destes fatos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida

inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **232195.0234/17-9**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO – ME**. Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS