

PROCESSO - A. I. Nº 232195.0177/17-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0067-03/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/10/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0258-12/19

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação a Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/08/2017, exige ICMS no valor de R\$75.287,92, 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: 31/07/2017

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. 18/24, inicialmente faz uma sinopse fática e apresenta os fundamentos da impugnação e alega a Nulidade do Auto de Infração.

A 3ª JJF decidiu por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela Nulidade do Auto de Infração.

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 na Nota Fiscal Eletrônica, cuja cópia do Documento Auxiliar (DANFE Nº 419882) está acostada à fl. 13. 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 arguiu 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, o autuado somente foi intimado, por AR, para tomar conhecimento do Auto de Infração no dia 15/08/2017, sendo que como o referido AR não retornou, foi considerado como data da ciência o da apresentação da defesa (05/12/2017). O Auto de Infração consta como data de ocorrência da infração o dia 31/07/2017, o mesmo foi lavrado em 15/08/2017 e o DANFE nº 419.882 à fl. 13 (objeto da autuação) tem data de emissão de 14/07/2017. 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, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

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 detêm 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 estabelecimento, 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 RPPAF, 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.

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 3ª JJF que julgou, por unanimidade, Nulo o presente Auto de Infração, lavrado em 31/07/2017, para exigir ICMS no montante de R\$75.287,92, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade: *“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”.*

Analizando a Decisão da 3ª Junta de julgamento Fiscal, pode-se constatar que não lhe cabe reparo, tendo em vista que o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração em epígrafe decorreu da constatação de que sua lavratura foi realizada por Agente de Tributo do quadro da SEFAZ, o qual não tem competência para fiscalizar o estabelecimento autuado, que embora constituído como Microempresa, não é optante do Simples Nacional e, portanto, apura e colhe o ICMS pelo sistema de Conta Corrente Fiscal, cuja fiscalização é da alçada dos Auditores Fiscais.

Assim, é o que dispõe o Artigo 42 do RPAF/BA, transscrito na Decisão *a quo*, que estabelece a alçada dos Agentes de Tributo do Estado da Bahia, à fiscalização no trânsito de mercadorias e das empresas optantes do Simples Nacional.

Consequentemente, restou demonstrado a nulidade do Auto de Infração em lide, cujas circunstâncias têm precedentes neste CONSEF.

Pelo exposto, coadunando com a Decisão *a quo*, 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 **232195.0177/17-5**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO – ME**. Representa-se à inspetoria fazendária da circunscrição para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS