

PROCESSO - A. I. Nº 210313.0008/18-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0126-04/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/10/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0262-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata, o presente, de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0126-04/18, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, relativo a uma única infração, lavrado em 13/01/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$94.788,31, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS por 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.

A Junta (4ª JJF) apreciou a lide no dia 16/07/2018 e decidiu por unanimidade pela Nulidade (fls. 156 a 161), nos termos abaixo transcritos:

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes.

Consta ainda nos autos a seguinte informação: “Empresa DESCRENCIADA adquirindo mercadorias em outra Unidade da Federação com o pagamento do ICMS antecipação total efetuado a menor, conforme DANFES nº 521, 522, 523, 524, 172536, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534 e 537, emitidos no mês de dezembro de 2017. Ação fiscal executada em cumprimento ao Mandado de Fiscalização COE nº 345032000303-20171230 prova de infração à legislação do ICMS. Toda a documentação aqui citada encontra-se anexa aos autos para produzir prova de infração à legislação do ICMS. Cobrança efetuada em consonância com o Convênio ICMS 89/05, base de cálculo efetuada observando a MVA ou pauta fiscal vigente, o que for maior. O DANFE nº 172536, apesar de constar na memória fiscal, foi integralmente pago.”

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado por Agente Incompetente. Diz que nos termos do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, com redação alterada pelo Decreto nº 11.806, de 26 de outubro de 2009, o agente de tributo possui atribuição exclusiva para fiscalizar empresas optantes do Simples Nacional e mercadorias em trânsito.

Assevera que no caso em tela não se trata de empresa do Simples Nacional e apesar do Auto de Infração indicar como “local de lavratura” o Posto Fiscal Honorato Viana, as mercadorias em tela não estavam em trânsito.

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. 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 presente, o próprio fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal, diz que a ação fiscal não foi efetuada em estabelecimento, pois não houve qualquer intimação ou lavratura do Termo de Início de fiscalização. Assim sendo, tratando-se de fiscalização de trânsito, a mesma teria de ser precedida, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que apesar de à fl. 05/06 constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que no mesmo somente consta a assinatura do autuante. Além do que, a situação em tela não se enquadra na situação descrita no art. 28, inciso IV-A do RPAF/99, que assim determina:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos; “

É de se ressaltar que de acordo com o demonstrativo anexado à fl. 07, denominado “Notas Recebidas”, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise do citado documento constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 02 a 29 de dezembro 2017, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração de trânsito de Mercadorias, com data de ocorrência em 13/01/2018, já que de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

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 no presente caso. Na situação sob análise, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Ademais, verifico através de consulta no sistema INC desta secretaria que o sujeito passivo é optante pelo regime normal de apuração do imposto. Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa, a competência para realizar o lançamento tributário.

A Lei Estadual nº 11.470/09, que alterou o Código Tributário deste Estado, determina:

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. (grifo não original)*

*§ 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.***

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:.

II- 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”.

Da leitura dos dispositivos legais, 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 as respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competências para lavrarem Autos de Infração em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

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 art.169, I, “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

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, quanto à infração, objeto do Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, inerente ao Acórdão nº 0126-04/18.

Consta ainda, nos autos, a seguinte informação: “*Empresa DESCREDENCIADA adquirindo mercadorias em outra Unidade da Federação com o pagamento do ICMS antecipação total efetuado a menor, conforme DANFES nºs 521, 522, 523, 524, 172536, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534 e 537, emitidos no mês de dezembro de 2017. Ação fiscal executada em cumprimento ao Mandado de Fiscalização COE nº 345032000303-20171230 prova de infração à legislação do ICMS. Toda a documentação aqui citada encontra-se anexa aos autos para produzir prova de infração à legislação do ICMS. Cobrança efetuada em consonância com o Convênio ICMS 89/05, base de cálculo efetuada observando a MVA ou pauta fiscal vigente, o que for maior. O DANFE nº 172536, apesar de constar na memória fiscal, foi integralmente pago*”.

A empresa autuada, apesar de ser constituída na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional, desde 14/09/2012, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl. 35.

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.”

Em vista do exposto, 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.

Considerando-se a incompetência do agente de tributos, somada à ausência de subscrição por parte de um Auditor Fiscal, todo o procedimento deve ser declarado NULO, nos termos do inciso I, do artigo 18 do RPFA/BA.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, confirmando a NULIDADE do Auto de Infração.

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 **210313.0008/18-6**, lavrado contra **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS