

A. I. N° - 213080.0008/18-8
AUTUADO - RADIANTE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/07/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0071-04/19

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

O Auto de Infração em referência foi expedido em 22/02/2018 pela fiscalização de trânsito de mercadorias para reclamar crédito tributário no valor de R\$45.541,92, mais multa de 60%, em consequência de Mandado de Fiscalização oriundo da Central de Operações Estaduais – COE para efeito de monitoramento através do regime sumário de apuração do ICMS (Art. 318 do RICMS/BA), com indicação de notas fiscais de aquisições de mercadorias pelo autuado nos meses de junho e julho/2017, tendo, em consequência, a seguinte acusação: *“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”*.

Notificado do lançamento o autuado ingressou com a Impugnação de fl. 36, onde diz que está apresentando os DAEs referentes aos pagamentos relacionados às Notas Fiscais n^{os} 12009, 257344, 7747, 642350, 59614, 1188720 e 13555 enquanto que em relação às notas fiscais n° 642349, 642345, 642347, 642348, 642346, 642344, 192584 e 192585 diz que as mesmas não foram recebidas por sua empresa e desta maneira não foram pagas, mencionando ainda que está anexando cópia dos documentos enviados aos emitentes MOVAL LTDA., doc. JT572141267BR e IRMOL LTDA., doc. JT572141253BR, e que está aguardando resposta de ambos, dizendo, ainda, quais tais notas tenham sido canceladas, pois não transitaram por sua empresa.

Através da Informação Fiscal de fl. 98 a autuante diz que as notas fiscais não foram apresentadas pelo autuado em tempo hábil, motivo pelo qual ocasionou a ação fiscal e que após verificação no banco de dados referentes aos recolhimentos efetuados pelo autuado constatou que o mesmo recolheu os impostos tempestivamente. Em vista disto afirma que concorda com os argumentos do autuado, pois verificou que os recolhimentos foram efetuados.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido em 22/02/2018 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 a fiscalização no trânsito de mercadoria.

Dito isto observo que a autuação ocorrida no dia 22/08/2018 para exigir falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial e ocorreu com base em diversos DANFES emitidos no decorrer dos meses de junho e julho/2017, apesar da autuação constar como data de ocorrência apenas o dia 27/06/2017, o que por si só já se constata que não se trata de fiscalização ocorrida no trânsito de mercadoria.

Ademais, os dados cadastrais do autuado constantes no doc. fl. 06, indicam que o mesmo é contribuinte inscrito sob o regime normal de apuração, e portanto com base na conta corrente fiscal. Desta maneira a ação fiscal deveria se pautar obedecendo ao roteiro normal de fiscalização com expedição de intimação ao sujeito passivo para apresentação dos livros e documentos fiscais necessários a execução da fiscalização.

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.

Outro vício de fundamental significado se encontra presente nestes autos. Consta que a autuação ocorreu com base no Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) nº 7432863000420-2017710, 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/DAT Metro para efeito de execução.

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 à 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 sido realizada no estabelecimento do autuado, observando-se o regramento atinente a este condição.

Vale aqui repetir que de acordo com os Dados Cadastrais do autuado constantes à fl. 06 dos autos, trata-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto e que possui como atividade principal o comércio varejista de móveis.

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 nº 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 **213080.0008/18-8**, lavrado contra **RADIANTE MÓVEIS LTDA**. Recomenda-se a 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.

Sala das Sessões de Julgamento do CONSEF, 04 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR