

A. I. Nº - 232418.0001/18-0
AUTUADO - AGT COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ELIALDO ANDRÉ DA ROCHA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/08/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0081-04/19

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 instauração de nova ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração expedido pela IFMT SUL em 30/01/2018, cuja ciência foi dada ao autuado em 09/04/2018 conforme Aviso de Recebimento à fl. 50, com o fito de reclamar crédito tributário na ordem de R\$166.665,58, mais multa de 60%, tendo em vista a seguinte acusação: *“sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa. Baixada ou anulada”*.

Consta no campo descrição dos fatos, a seguinte observação: *“Contribuinte em situação irregular (INAPTO) realizou aquisição de mercadoria em outra unidade da federação, sem recolhimento espontâneo do ICMS devido nas operações. Operação de circulação de mercadoria constatada nesta data por verificação fiscal (Mandado de Fiscalização nº 11352024000398-201816, emitido pela COE) identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no Ajuste SINIEF/2012 (Ciência da Operação e Confirmação da Operação)”*.

Os períodos autuados se iniciam no mês de maio/2016 e vão até o mês de dezembro/17, cujas planilhas elaboradas pelo autuante e anexadas aos autos indicam que a exigência se refere a antecipação tributária total, com inclusão de MVA sobre o valor de aquisição cujos produtos autuados se referem a pescados e derivados.

Tempestivamente o autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 53 a 64 observando inicialmente que exerce a atividade de comércio atacadista de pescados, peixes, crustáceos, moluscos, frutos do mar congelados, carnes e seus derivados, conforme extrato do contrato social juntado aos autos.

Em seguida sustenta que as exigências fiscais não devem prosperar ante as razões que passou a expor, destacando que a autuação acusa falta de recolhimento do ICMS ST com relação a fatos geradores relativos a maio/16 até dezembro/17, sendo que a ST é o regime pelo qual a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido em relação às operações ou prestações é atribuída a outro contribuinte.

Menciona que não efetuou a mercancia das mercadorias objeto da autuação ocorrendo tão somente a transferência para outro estabelecimento do mesmo titular, sem que houvesse ocorrido a transferência de posse ou propriedade da mercadoria.

Nesse rumo sustenta que a configuração da hipótese de incidência do ICMS sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias reclama a ocorrência de ato de mercancia, citando em seu socorro lições da lavra de eminentes Mestres do Direito, o Art. 155 da Constituição Federal, a Súmula 266 do STJ e decisões de Tribunais Superiores, cujas ementas transcreveu, concluindo este tópico no sentido de que a incidência do ICMS está adstrita à transações comerciais, sendo desatendidos pelo legislador ordinário e complementar os dispositivos constitucionais citados.

No tocante a sua inscrição estadual assevera que não se encontrava com a mesma na situação de “inapto” conforme pode ser conferido através da consulta de fl. 123, no sítio da RFB e no SINTEGRA, fl. 125, que indica sua condição de habilitado.

Cita que até 30/03/2017 se encontrava com sua inscrição estadual ativa, quando, indevidamente e sem qualquer comunicação prévia, a repartição fazendária o inabilitou, não sendo possível ao Fisco proceder a baixa de ofício da inscrição do contribuinte sem oportunizar o direito de defesa, salientando, ainda, que acaso o Fisco entendesse que faltou o cumprimento de determinada obrigação acessória, outro meio poderia ser utilizado que não a baixa de ofício de sua inscrição.

Após citar decisões de Tribunais Superiores a este respeito, sustenta ser indevido a identificação “Irregular/inapto” no cadastro de contribuintes pelo que, deve ser imediatamente reconhecida a nulidade do respectivo ato de inabilitação.

Em conclusão pugna pelo reconhecimento da Improcedência do Auto de Infração pelas razões já expostas acima.

O autuante produziu a Informação Fiscal de fls. 136 e 137, onde adentrando ao mérito da autuação destaca que em que pese a alegação defensiva de que não há incidência do ICMS sobre a transferência de mercadorias, houve um equívoco ao se fazer uma ligação com a substituição tributária, visto que, realmente as mercadorias da ST remetidas em transferência para o estabelecimento do mesmo titular não incide o ICMS, no entanto, trata-se de mercadorias não enquadradas na ST, mas na antecipação parcial que, em razão da situação irregular (Inapto) do autuado, foi acrescida a MVA para efeito de antecipação tributária do imposto devido.

Observa que a antecipação parcial é devida ainda que sejam operações de transferências, não incidindo apenas nas operações acobertadas por isenção, enquanto que o prazo para recolhimento do imposto por antecipação parcial é antes da entrada no Estado de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, no caso de contribuinte descredenciado.

Acrescenta que em relação à situação de inapto do autuado no CAD-ICMS, observa que o Art. 27 do RICMS/BA regulamenta a inaptidão por iniciativa da repartição fazendária, sendo que, o mesmo foi considerado inapto por descumprir o inciso VI do mencionado artigo regulamentar, pois deixou de apresentar a DMA por mais de dois meses consecutivos ou alternados, ao tempo em que o contribuinte deve ter conhecimento da legislação e, ao deixar de cumprir suas obrigações acessórias, está sujeito às penalidades previstas conforme consta no RICMS disponível no site da SEFAZ.

Mencionou, ainda, que em visita ao estabelecimento do autuado no dia 05/01/18 constatou que no local funciona outra empresa, a ONDINA PESCADOS LTDA., inscrição estadual nº 142.001.697, fato este confirmado através de outra visita realizada em 04/09/2018, concluindo, assim, que por este motivo, o autuado se encontrava inativo e com suas atividades encerradas. Pugna pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido em 30/01/2018 através da IFMT Sul 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 30/01/2018 se deu com base em diversos DANFe emitidos a partir do mês de maio/16 até o mês de dezembro/17, fato este que afasta a ocorrência no trânsito e, sim, em momento posterior ao ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado.

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 nº 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.

Prosseguindo, aponto outro vício de fundamental significado. Consta que a autuação ocorreu com base no Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) nº 11352024000398-201816, o qual está endereçado à Infaz em Eunápolis requerendo seu cumprimento via monitoramento através do Regime Sumário de Apuração do ICMS – Art. 318 do RICMS/BA.

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 a 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 ocorrido no estabelecimento do autuado, observando-se o regramento atinente a este condição.

De acordo com os Dados Cadastrais do autuado constante à fl. 08 dos autos e no próprio documento emitido pelo COE, fl. 04, **trata-se de contribuinte que apesar de inscrito como microempresa é sujeito ao regime normal de apuração do imposto utilizando sua conta corrente fiscal, e que possui como atividade principal o comércio atacadista de pescados e frutos do mar.**

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, 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 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 preliminar e de mérito apresentados nestes autos pelo autuado, inclusive questões importantes relacionadas à forma da exigência tributária e a declaração de inaptidão do mesmo no cadastro da SEFAZ.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232418.0001/18-0**, lavrado contra **AGT COMÉRCIO DE ALIMENTOS 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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR