

PROCESSO - A. I. Nº 151670.0124/17-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - METALÚRGICA HORIZONTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (NOVO HORIZONTE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5º JJF nº 0069-05/18
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0294-12/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, porém, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. 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 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, decorrente de Auto de Infração lavrado em 30/09/2017, com lançamento de imposto e multa, pela falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas na legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, totalizando o valor principal de R\$144.685,65.

Após impugnação, fls. 35/37, e da informação fiscal prestada pelo autuante, fls. 59/60, a Junta de Julgamento, em decisão unânime, votou pela Nulidade do lançamento, com fundamentos no voto abaixo transrito:

VOTO

O presente Auto de Infração lavrado no Modelo de Trânsito de Mercadorias, exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

O sujeito passivo clama pela nulidade ou improcedência do lançamento tributário. Antes de adentrar na análise do mérito da autuação, cabe a apreciação da legitimidade do ato administrativo de lançamento, efetuado por Agente de Tributos Estadual. Preconiza o Art. 2º do RPAF/99, que 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 da ampla defesa.

Assim do exame das peças processuais, constato a existência de vícios que impedem a convalidação do lançamento, relativos à sua legalidade, posto que a autoridade fiscalizadora deve agir nos estritos termos da sua competência, observando o devido processo legal.

Na presente lide, embora o Modelo do Auto de Infração seja do Trânsito de Mercadorias, falta-lhe o Termo de Ocorrência Fiscal bem como o Termo de Apreensão de Mercadorias, o que denota desde o início a ocorrência de vícios insanáveis na sua lavratura. Portanto, em que pese a menção ao Decreto nº 14.208 de 13 de novembro de 2012, invocado pela autuante, para amparar a ação fiscal, que criou o novo modelo de Fiscalização no Trânsito de Mercadorias, que irá monitorar e controlar as operações de entrada e saída de mercadorias e bens, com base nos documentos fiscais eletrônicos emitidos (NF-e, CT-e e MDF-e), cujas ações fiscais serão realizadas pelas Unidades Móveis, Postos Fiscais e Central de Processamento de Cargas, não legitima a presente autuação.

É que para a situação em comento, lastreada em fato pretérito e não no trânsito de mercadorias, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com estrita obediência a todas as formalidades legais, inclusive com a correta data de ocorrência do fato gerador e não com a data apostada no trânsito de mercadorias. No caso, os DANFEs foram emitidos em diversos dias do mês de agosto de 2017 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/09/2017.

Por outro lado, a empresa autuada, apesar de constituída na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração Conta Corrente Fiscal, conforme documento de fl. 17. Dessa forma, a 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 do estabelecimento, consoante o que dispõe o inciso II do art. 42 do RPAF/99:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - [...]

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 conclui-se que a competência para fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto em fiscalização de comércio é atribuída aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

Em conclusão, o Auto de Infração foi lavrado em consequência de um levantamento fiscal, de uma empresa que se encontrava inapta no cadastro estadual, operando na fabricação de outras máquinas e equipamentos de uso geral, conforme CNAE 2829199, com estabelecimento cadastrado na SEFAZ, Rua Boticário Moncorvo D, sala 103, 1 Pav. Centro, Feira de Santana, Bahia.

Contudo, pelo fato de a autuante não ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção dos optantes pelo Regime do Simples Nacional, ocorreu vício insanável em sua lavratura, o que leva à nulidade do lançamento. Represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, como dispõe o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 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, por nulidade decorrente de inobservância do devido processo legal, vez que, embora o modelo do Auto de Infração seja do Trânsito de Mercadorias, falta-lhe o Termo de Ocorrência Fiscal bem como o Termo de Apreensão de Mercadorias, o que denota, desde o início, a ocorrência de vícios insanáveis na sua lavratura.

Acresce ainda, o voto recorrido, o fato de que o auto de infração foi lavrado por servidor público não habilitado legalmente para efetuar o lançamento de ofício.

O que aflora dos autos é que a empresa é optante do regime de conta corrente fiscal, e que não houve ação fiscalizatória de trânsito, cuja característica fundamental, é a sua instantaneidade. Além disso, sequer há termo de apreensão, condição *sine qua non* para a lavratura do auto de trânsito, se não houver pagamento imediato do lançamento, conforme se depreende da leitura dos artigos do RPAF abaixo transcritos:

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de

Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

- a) descumprimento de obrigação acessória;*
- b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular;*

Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Parágrafo único. - Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não for lavrado o Auto de Infração correspondente, devendo ser considerada encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

Observa-se que o modelo do Auto de Infração desta lide é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito. Sendo assim, não cabe no trânsito de mercadorias, a apuração de supostas irregularidades, posto que somente uma fiscalização nos estabelecimentos envolvidos na operação, poderia constatar a irregularidade apontada no presente processo.

A Segunda Instância deste Conselho de Fazenda já julgou autos de mesmas características, conforme ementas, abaixo transcritos:

“PROCESSO - A. I. Nº 213080.1151/16-2 RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECORRIDO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 4ª JJF nº 0233-04/17 ORIGEM - IEMT - DAT/METRO PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0316-12/18 EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito,” não lhe empresta tal qualidade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV ‘a’ do RPAF/BA. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”

“PROCESSO - A. I. Nº 232340.0047/17-8 RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECORRIDO - JOSÉ GLEISIVALDO BOIA DE SOUZA - ME RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0177-01/17 ORIGEM - IFMT - DAT/METRO PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/08/2018 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0199-12/18 EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”

Assim, além da inobservância do devido procedimento legal, mediante lavratura em desobediência às exigências legais, há também algo mais grave, por conta de incompetência absoluta do autuante para efetuar o lançamento, que se depreende do art. 42 do RPAF:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - [...]

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.

Por conta do disposto no art. 42 do RPAF, diz competir 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. Sendo o contribuinte, optante do regime conta corrente fiscal, não está, o

Agente de Tributos, com a investidura legal para efetuar o lançamento.

O que se depreende é que a legislação estadual não atribuiu competência legal para os agentes de tributos efetuarem lançamento de ofício em fiscalização de contribuintes do regime conta corrente fiscal de apuração do imposto, o que constitui vício insanável.

Ademais, não pode o Estado incorrer em riscos de insistir num lançamento com tal vício, e ter a incompetência do autuante declarada em instância judicial, conforme inúmeras decisões, como excerto abaixo de ementa do STJ.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AGENTE FISCALIZADOR TÉCNICO AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. PORTARIA POSTERIOR À DATA DO LANÇAMENTO. No caso, o tribunal de origem concluiu que a portaria que designa o técnico ambiental para exercer atividade fiscalizatória foi publicado após feitura do auto de infração. Nesse contexto merece ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial da parte autora para restabelecer a sentença que julgara procedente a ação, para declarar NULO o auto de infração, bem como declarar NULIDADE do processo administrativo que dele se originou em virtude de incompetência do agente autuante. (Ag. Int no RESP 1565823/Relatora Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 10/10/2017).

Vê-se que, no caso acima, à época do julgamento da lide, o autuante até já se encontrava habilitado, contudo, o auto foi lavrado em data anterior à habilitação. No caso presente, além do Auto de Infração ser específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio, não houve observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade.

Além disso, foi verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados 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 Administrativo Fiscal – RPAF.

Como o exercício fiscalizado se reporta ao ano de 2017, pode ser renovada a ação fiscal com o cumprimento de todas as formalidades, a salvo de nulidades, já que não houve decadência que inviabilize a renovação da ação fiscal, o que, sem sombra de dúvidas, trará a necessária segurança jurídica para prosseguimento de eventual execução fiscal em instância judicial.

Diante destes fatos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

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 151670.0124/17-2, lavrado contra **METALÚRGICA HORIZONTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (NOVO HORIZONTE)**. Representa-se à inspetoria fazendária do domicílio fiscal do contribuinte para refazimento do lançamento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de outubro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS