

PROCESSO	- A. I. Nº 213080.0007/18-1
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PACKLINE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 6ª JJF nº 0009-06/18
ORIGEM	- IFMT METRO
PUBLICAÇÃO	- INERNET: 13/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0366-12/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS INSANÁVEIS. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte inscrito na condição de normal. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º, do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981. 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 6ª JJF, através do Acórdão nº 0009-06/18, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, sob a acusação da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, código de infração 54.01.08, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Nulo, em razão de:

VOTO

Da análise dos fatos descritos no processo, entendo pertinente registrar em preliminar, que conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (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.

Verifico que a ação fiscal que resultou no presente auto de infração tem início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 10265560000121-2017629, acostado ao processo à fl. 3, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE) em 29 de junho de 2017. A fiscalização foi iniciada em 31 de agosto de 2017, com a intimação para apresentação de documentos de arrecadação.

Observo que foi adotado para a lavratura da infração o Modelo 4, que é próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, entretanto, o procedimento descrito no presente PAF não caracteriza esse tipo de ação fiscal. A ação fiscal no trânsito de mercadorias ocorre ao se constatar o efetivo trânsito dessas em situação irregular, sendo uma ação flagrante, instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento da autuação, o que não se constata no caso concreto.

O que se comprova, efetivamente, é a existência de lapso temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (21/02/2018), a da data de emissão dos documentos fiscais (entre 06/06/2017 a 27/06/2017), além da existência de um termo de intimação do contribuinte (31/08/2017), no qual é solicitado o comparecimento do mesmo à sede da IFMT METRO, para apresentação dos DANFE(s) e respectivos DAE(s) de antecipação parcial relacionados no documento. Todos esses dados indicam claramente que não se trata de um flagrante fiscal como se caracteriza nas infrações de trânsito. Entendo, com base na descrição dos fatos, que resta caracterizada uma ação fiscal efetivamente de estabelecimento.

Registro, por oportuno, 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, devem ser observadas as regras insculpidas nos arts. 28 e 29 do RPAF.

Os citados dispositivos tratam dos termos e atos que instruem a ação fiscal, dentre eles, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), que na fiscalização de mercadorias em trânsito deve ser lavrado, quando necessária a apreensão das mercadorias para constituição de prova material de infração, e o Termo de Liberação ou de Depósito, quando for o caso. Na hipótese da situação não ensejar apreensão, deve ser lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais. São aspectos relacionados à estrita legalidade do lançamento tributário.

Constato que inexiste nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal, que deveria, como já referido, documentar os bens ou mercadorias em situação irregular quando desnecessária a apreensão nas operações de trânsito.

Ademais, em consulta ao sistema de Informações do Contribuinte, Versão 04.36.02 (INC) desta secretaria, constato que o sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de NORMAL, assim, nos termos da redação do art. 42 do RPAF, vigente a partir de 01/07/09, transcrita a seguir, alterado pelo Decreto nº 11.806, de 26 de outubro de 2009, por força da edição Lei nº 11.407, de 08 de abril de 2009, não poderia o presente Auto de Infração ter sido lavrado por Agente de Tributo Estadual:

“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 do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optantes 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, diante do conjunto de irregularidades apontadas, tais como:

- ato praticado por autoridade ou servidor incompetente;
- ausência do Termo de Ocorrência, dentre outras, o lançamento efetuado é nulo, com amparo no art. 18 do RPAF, uma vez que foi praticado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

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 nºs 0099-04/15, 0223-03/16, 0233-04/17 e 0061-04/18.

Com base em todo o exposto, o presente Auto de infração é NULO. Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

VOTO

De acordo com o já bem relatado no Voto do julgamento de piso, este Auto de Infração não foi em decorrência de uma apreensão no trânsito.

Foi constatada a existência de lapso temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (21/02/2018) e a da data de emissão dos documentos fiscais (entre 06/06/2017 a 27/06/2017), além da existência de um termo de intimação do contribuinte (31/08/2017), no qual é solicitado o comparecimento do mesmo à sede da IFMT METRO, para apresentação dos DANFE(s) e respectivos DAE(s) de antecipação parcial relacionados no documento. Todos esses dados indicam claramente que não se trata de um flagrante fiscal como se caracteriza nas infrações de trânsito. Entendo, com base na descrição dos fatos, que resta caracterizada uma ação fiscal

efetivamente de estabelecimento.

O sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de NORMAL, assim, nos termos da redação do art. 42 do RPAF, vigente a partir de 01/07/09, transcrita a seguir, alterado pelo Decreto nº 11.806, de 26 de outubro de 2009, por força da edição Lei nº 11.407, de 08 de abril de 2009, não poderia o presente Auto de Infração ter sido lavrado por Agente de Tributo Estadual:

"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".

A competência para fiscalização em empresas optantes 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, diante do conjunto de irregularidades apontadas, tais como:

- ato praticado por autoridade ou servidor incompetente;
- ausência do Termo de Ocorrência, dentre outras, o lançamento efetuado é nulo, com amparo no art. 18 do RPAF, uma vez que foi praticado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, e voto pela a Nulidade do Auto de Infração e, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas.

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 **213080.0007/18-1**, lavrado contra **PACKLINE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

Sala de sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DAPGE/PROFIS