

PROCESSO - A. I. Nº 232195.0190/17-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0233-04/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.08.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0128-11/20-VD

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão de a decisão de piso ter julgador Nulo o presente Auto de Infração, expedido pela IFMT Metro em 22/08/2017, cuja ciência foi dada ao autuado em 10/11/2017, com o fito de reclamar crédito tributário na ordem de R\$112.191,98, mais multa de 60%, tendo em vista a seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS referente a 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”*.

Consta que a ação fiscal foi originária da SAT, através da Central de Operações Estaduais – COE com base em Mandado de Fiscalização em consonância com o Decreto nº 13.208/13 que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Nulidade, por unanimidade, com base nos argumentos abaixo expostos:

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido em 22/08/2017, 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 à fiscalização no trânsito de mercadoria.

Dito isto, observo que a autuação ocorrida no dia 22/08/2017, se deu com base no DANFe nº 2.317, datado de 24/07/17, portanto, por si só já se constata que não se trata de fiscalização ocorrida no trânsito de mercadoria. Ademais, isto se confirma através da intimação feita ao autuado que só ocorreu em 10/11/2017, 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 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 26107884000848-2017815, 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.

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, constantes à fl. 07 dos autos, **trata-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto e que possui como atividade principal o comércio atacadista de material elétrico.**

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 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.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de “*falta de recolhimento do ICMS referente a 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*”.

Inicialmente, informo que não merece qualquer reparo a decisão de piso, tendo em vista que o presente Auto de Infração encontra-se eivado de vícios insanáveis que impedem a manutenção da autuação.

O primeiro deles é o fato do Auto de Infração, referente à fiscalização no trânsito de mercadorias tratar-se, em verdade, de um Auto de Infração de estabelecimento. Apontou o julgador de piso que, o Auto de Infração, lavrado em 22/08/2017, tem como fundamento documental o DANFE 2317, de 24/07/2017, o que de início já afasta a modalidade de fiscalização de trânsito.

Outro ponto salutar é o fato de o contribuinte ter sido intimado em 10/11/2017, afastando qualquer possibilidade de Auto de Infração de trânsito.

Seguindo, observou-se que a autuação ocorreu com base no Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) nº 26107884000848-2017815, 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 INFRAZ VAREJO, situação que reforça a afirmação de autuação realizada em estabelecimento ao invés de trânsito de mercadoria.

Ademais, conforme informação constante no cadastro da empresa autuada (fl. 07) a recorrente é contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto e que possui como atividade principal o comércio atacadista de material elétrico, razão pela qual o procedimento que deveria ter sido adotado era o de fiscalização em abastecimento.

E em terceiro, tendo em vista o quanto narrado, falece competência ao agente de tributos que lavrou o Auto de Infração em questão, tendo em vista que a matéria aqui tratada não se encontra no rol disposto pela norma, sendo competente para tal os auditores fiscais. É o que dispõe a Lei Estadual nº 11.470/09:

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.

Deste modo, outro caminho não poderia percorrer a condução do presente auto que não o da nulidade, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF, sendo cabível a representação à autoridade fazendária competente, para que determine a realização de ação fiscal nos moldes do que preceitua a legislação.

Por fim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo integralmente a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **232195.0190/17-1**, lavrado contra **FIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA**. Recomenda-se à 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 Virtual das Sessões do CONSEF, em 17 e junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS