

PROCESSO - A. I. N° 225414.0156/19-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INFOTEL COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0068-03/20
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/02/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0282-11/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Ausência do instrumento legal para dar início à ação fiscal. Não cumprimento do devido processo legal. Nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, em Fiscalização de estabelecimentos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, contra Acórdão 3ª JJF N° 0068-03/20-VD que julgou Nulo o presente Auto de Infração, por unanimidade, lavrado em 21/05/2019, para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$163.770,27, ano 2019, tendo em vista a seguinte infração abaixo descrita:

Infração 1 - 54.05.08. 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.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 05/05/2020 (fls. 64 a 66), e, decidiu pela Nulidade do Auto de Infração nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O presente processo aponta a falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, relacionada nas Notas Fiscais Eletrônicas, cujas cópias dos Documentos Auxiliares (DANFE), estão acostadas às fls. 15/19. As mercadorias foram adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no §2º, do art. 322 do Regulamento do ICMS, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mesmas no estabelecimento.

O autuado argui a nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista não lhe ter sido disponibilizado os demonstrativos e os papéis de trabalho utilizados na apuração da exigência fiscal, necessários à elaboração de sua impugnação.

De início, registro que conforme preconiza o art. 2º do 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.

No caso concreto, verifico que o Auto de Infração foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF-BA/99, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

Verifico que nenhum dos Termos retro mencionados foi lavrado para legitimar a ação fiscal. Além de maculado por tal vício, os DANFes acostados às fls. 18 a 40, objeto da autuação, têm datas de emissão de 24, 29 e 31/08/2019, no Auto de Infração consta como data de ocorrência da infração e da lavratura, o dia 21/05/2019, e o contribuinte somente tomou conhecimento da autuação, por intermédio da intimação de 04/12/2019.

Tais divergências, demonstram uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se comprova nessa situação.

Para a situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Por outro lado, o Autuado não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl. 07. 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 de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, in verbis:

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

I - 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.”

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio, é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, os referidos Agentes, não detêm a mesma competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque, tal competência, é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, como o presente Auto de Infração não representa uma autuação de trânsito, não poderia ser lavrada por Agente de Tributos, por carência de competência.

Diante de tais constatações, considero que o lançamento é nulo, posto que foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimentos, com observância de todas as formalidades legais.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

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 Nº 0138-02/18, 0071-03/18 e 0213-02/19 e Acórdão CJF 0037-12/17 e 0233-11/19.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas neste CONSEF, considero NULO o lançamento e, nos termos do art. 21 do RPAF/BA, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Observo que a decisão da 3ª JJF, (Acórdão JJF Nº 0068-03/20-VD), desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado, em R\$271.088,91, valor atualizado à data do julgamento (folha 68), fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a redução do valor lançado decorreu da decretação de nulidade total da Infração 01, abaixo descrita, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso, sabendo que, foi respeitado o pleno exercício do direito de defesa pelo contribuinte autuado conforme folha (54).

Quanto à Infração 01, a conduta da autuada foi descrita como “*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*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento (folha 54), alegando que, “*a Autoridade Fiscal autuante cometera equívocos no procedimento fiscal entabulado, tais como: I) o Auto de Infração terá como peça os anexos, com as suas partes correspondentes conforme contido no RPAF - Decreto nº 7.629/99, art. 132; e, por fim, II) a agente fiscal autuante, “**agente de tributos**”, não fundamentou a sua decisão ao suprimir os anexos citados na descrição dos fatos contidos no Auto de Infração indispensáveis para se determinar, com segurança a infração*”.

Em sua informação fiscal, a autuante manteve a procedência da ação fiscal (folha 60), alegando que: “*I) contribuinte autuado encontra-se com situação cadastral “CAD ICMS/BA.”, como descredenciado; e, por fim, II) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada no território desse Estado, de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação*”.

Analisando os argumentos da autuada, no que tange à infração 1 (folha 60), e as argumentações por parte do sujeito passivo (folha 54), temos as seguintes considerações:

I) O Contribuinte autuado não é optante do simples nacional, abaixo apresentado;

Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia

Dados da empresa

Identificação

CNPJ: 07.640.726/0002-19

Inscrição Estadual: 003.313.406 NO

Razão Social: INFOTEL COMERCIO
DE ELETRONICOS LTDA.

Nome Fantasia: SHOPTEM

Natureza Jurídica: SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP METRO

Unidade de Fiscalização: INFRAZ VAREJO

Endereço

Logradouro: AVENIDA LUIS VIANA

Número: 6402

Complemento: SALA 915 EDIF WALL STREET

Bairro/Distrito: PARALELA

CEP: 41730-101

Município: SALVADOR

UF: BA

Telefone: (71) 32302679

E-mail: INCONT@PORTALINCONT.COM

Referência: EDIFICIO
STREET

Localização: ZONA URBANA

Domicílio Tributário Eletrônico - DTE

Situação do DTE: CREDENCIADO

Data do Credenciamento: 12/11/2015

Situação da Conta: ATIVA

Data da Criação da Conta: 12/11/2015

Informações Complementares

Data de Inclusão do Contribuinte: 06/11/2010

Atividade Econômica Principal:

4789099 - Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente

Atividade Econômica Secundária

[...]

Unidade: UNIDADE PRODUTIVA

Forma de Atuação

- ESTABELECIMENTO FIXO

- EM LOCAL FIXO FORA DA LOJA

Condição: NORMAL

Forma de pagamento: C/CORRENTE FISCAL

Situação

Cadastral

Data desta Situação Cadastral: 23/03/2018

Vigente: ATIVO

E,

“Data da consulta: 20/10/2020 18:27:24

Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ: 07.640.726/0001-38 - A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial: INFOTEL COMERCIO DE ELETRONICOS LTDA.

Situação Atual

Situação no Simples Nacional: **NÃO** optante **Simples Nacional**
Situação no SIMEI: **NÃO enquadrado no SIMEI**

II) A agente autuante é ATE – Agente de Tributos Estadual”, conforme informação fiscal contida (folha 02, 04), Sra. Antonina Xavier Gomes da Silva, Cadastro nº 132254149, e, por não se tratar de operação de trânsito, logo não tendo prerrogativa funcional necessária para exercício funcional conforme contido no RPAF/BA., art. 42, inciso II, abaixo descrito:

“DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999

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. – (grifo nosso)”

III) A lide não conteve elementos necessários e suficientes para dar legitimidade, dentre eles, “Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal”, conforme contido no RPAF/BA, art. 28, incisos IV e IV-A, abaixo descrito:

“DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

[...]

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de 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;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;”

Assim, dos fatos narrados acima, (itens I a III), e examinando os argumentos e informações da autuante, no que tange à infração 1, bem como as argumentações por parte do sujeito passivo, resta comprovada a existência de vários vícios, tanto de direito material, quanto de direito formal, em face do que, diante da constatação de ato praticado por autoridade incompetente, concluo, com amparo no inciso I, do art. 18 do RPAF, que o lançamento efetuado é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Com base em todo exposto, julgo o presente Auto de Infração NULO.

Assim, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo, à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

Diante dos elementos acostados à lide, entendo serem suficientes para se determinar com segurança a nulidade do Auto de Infração em lide, não merecendo reparo a Decisão recorrida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 **225414.0156/19-7**, lavrado contra **INFOTEL COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CLÁUDIO JOSÉ SILVEIRA PINTO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS