

PROCESSO - A. I. Nº 232418.0001/18-0
RECORRENTE - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AGT COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JF nº 0081-04/19
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0288-12/20-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 instauração de nova ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no 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, impetrado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0081-04/19, por ter desonerado totalmente o sujeito passivo, originalmente lhe imputado, quando o montante da exoneração for superior a R\$ 200.000,00, haja vista que o crédito tributário original atualizado é de R\$ 290.036,46 (fl. 152).

O Auto de Infração foi lavrado pela IFMT SUL em 30/01/2018, cuja ciência foi dada ao autuado em 09/04/2018, conforme Aviso de Recebimento à fl. 50, para exigir o crédito tributário de R\$166.665,58, mais multa de 60%, sendo objeto da lavratura a seguinte acusação:

“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 referem-se aos meses **05, 07, 10 e 12 de 2016** e aos meses de **02, 03, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11 e 12 de 2017**, cujas planilhas elaboradas pelo autuante e anexadas aos autos indicam a exigência da antecipação tributária total (ST), com inclusão de MVA sobre o valor de aquisição cujos produtos autuados se referem a pescados e derivados.

O presente Auto de Infração foi julgado Nulo, em decisão unanime, pela 4ª JF em 13/06/2019 (fls. 147 a 150) conforme considerações a seguir:

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 esta 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.

Observe 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.”.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

É o relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão nº 0081-04/19), desonerou o sujeito passivo e reduziu integralmente o crédito tributário lançado, sob a monta de R\$290.036,46 (em valores atualizados a data do julgamento - fls. 152), fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível, portanto, o presente recurso.

A acusação do presente auto de infração, lavrado pela IFMT/Sul, foi realizada com fulcro no novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, onde observei que o modelo utilizado se relaciona a fiscalização no trânsito de mercadorias.

Verifico que a autuação ocorreu no dia 30/01/2018, e teve com base diversos DANFes emitidos nos meses **05, 07, 10 e 12 de 2016** e aos meses de **02, 03, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11 e 12 de 2017**, em momento posterior a entradas das mercadorias no estabelecimento da autuada, portando afasta a ocorrência no trânsito.

Verificou-se também, que Auto de Infração Trânsito de Mercadorias foi lavrado em modelo próprio para ações de fiscalização no trânsito de mercadorias, onde, obrigatoriamente, tem que ser precedido pela lavratura de Termo de Apreensão (Termo de ocorrência fiscal) mediante instrumento próprio, o que não ocorreu *in casu*.

Percebi também, outro vício formal, no que tange à lavratura da infração. A lavratura ocorreu com base no Mandado de Fiscalização (OS) nº 113520240000398-201816 direcionada pelo COE a INFAZ Eunápolis que solicitou o cumprimento via monitoramento através do regime sumário de Apuração do ICMS- Art. 318 do RICMS/BA, a seguir transcrito:

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;

Conforme os dados cadastrais do Autuado, colacionado aos fólios (fl. 08), bem como no documento emitido pelo COE (fl. 04), o Autuado está inscrito na condição de apuração pelo normal, sujeito ao regime de apuração do imposto utilizando sua conta corrente fiscal.

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.*

Estou convencido, que 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.

Concluo, que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal **incompetente**, pois está em desacordo com as disposições da Lei nº 11.470/09, por **inobservância do devido processo legal**, e com respaldo em várias 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, **MANTENHO a Decisão de piso**. Recomenda-se à INFAZ fazendária competente que determine a realização de um novo procedimento fiscal no estabelecimento da autuada, para verificação do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal em relação às operações objeto do presente Auto de Infração.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 **232418.0001/18-0**, lavrado contra **AGT COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se à INFAZ fazendária competente, que determine a realização de um novo procedimento fiscal no estabelecimento do recorrido, para 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, 21 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS