

PROCESSO - A. I. Nº 232232.0129/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G & V COMERCIAL E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12.02.2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0348-11/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. AUTORIDADE AUTUANTE DESTITUÍDA DE COMPETÊNCIA LEGAL. CONTRIBUINTE SUJEITO AO REGIME NORMAL. A autoridade responsável pela lavratura não possuía atribuição legal para tanto. Ausência de competência. Representação **PREJUDICADA**. Decretada, de ofício, Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATORIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fundamento nas normas do art. 136, § 2º do COTEB c/c o art. 113, § 5º, inciso I do RPAF/99, em face do lançamento tributário, materializado mediante a lavratura do Auto de Infração, lavrado em 23/11/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$25.596,01, em razão de *“falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”*.

Após a lavratura do Auto de Infração, tendo, o Sujeito Passivo, deixado transcorrer o prazo para impugnação do lançamento, *in albis*, foi lavrado o Termo de Revelia pertinente, conforme documento à folha 29 dos autos. Autorizada a inscrição do débito em Dívida Ativa, no dia 14/06/2018 (vide folha 32).

Às folhas 34/37, consta petição apresentada por Telma Regina Oliveira Dantas, um dos sócios responsabilizados solidariamente pelo pagamento do tributo ora lançado, representada por seu advogado, Dr. João Antônio Dantas Silva, OAB/BA 39.126, com as considerações que seguem.

Alega que, à época da ocorrência dos fatos geradores relativos às operações autuadas, não fazia mais parte da sociedade empresária autuada, não podendo, portanto, ser responsabilizada pelo débito então constituído.

Explica que as alterações contratuais ocorridas posteriormente ao seu desligamento da sociedade, reativou irregularmente a atividade empresarial da autuada, com a fraude de sua assinatura e da de seu esposo, Sr. Edson Luiz Ramos Dantas, o que teria sido possível em decorrência do roubo de seus documentos pessoais.

Acosta cópias de seus documentos pessoais e de seu esposo, bem como de certidão de registro de boletim de ocorrência, junto à Delegacia Circunscricional de Amélia Rodrigues, comunicando o assalto de que foram vítimas, no dia 15/07/2013. Acosta, ainda, cópias das alterações contratuais ocorridas na sociedade.

Requer produção de prova pericial para comprovação do quanto alega, caso os documentos acostados se revelem insuficientes.

Às folhas 70/72, consta parecer assinado pelo Procurador do Estado, Dr. Thales Francisco Amaral Cabral, mediante a qual opina pela Representação ao Consef, com base nas considerações que seguem.

Afirma que, diante das cópias do contrato social e posteriores alterações contratuais, entende pelo

cabimento da Representação. Explica que os fatos geradores ocorreram em 31/08/2017, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado em 23/22/2017.

Destaca que, segundo o contrato social, o sujeito passivo foi constituído em 22/11/1999, pelos sócios Edson Luiz Ramos Dantas e Adriana Pires Lopes. Em 28/12/1999, a sócia Telma Regina Oliveira Dantas foi admitida como sócia, com a cessão de 4.000 cotas. No entanto, conforme alteração social de 15/01/2003, Telma Regina Oliveira Dantas retirou-se da sociedade, com a cessão de suas cotas para Judite Ramos Dantas, não tendo havido reingresso de Telma, conforme alterações contratuais colacionas nestes autos.

Com base nessas informações, conclui que a infração tributária foi praticada em período posterior à retirada de Telma do quadro social do sujeito passivo tributário, o que afastaria a presunção de legitimidade da Certidão de Dívida Ativa – CDA, no tocante à inclusão do sócio como responsável tributário. Acosta julgado do STJ em apoio aos seus argumentos.

Assim, diante do exposto, e considerando que se trata de Auto de Infração, opina no sentido de que seja excluído o nome de Telma Regina Oliveira Dantas do elenco dos responsáveis tributários pelo presente lançamento.

À folha 76, consta despacho do Procurador do Estado, Dr. Saulo Manuel N. de Castro, considerando o que segue.

Explica que, no caso concreto, em que pese o requerimento administrativo, do Sujeito Passivo, ter sido deduzido com base em suposta fraude na constituição do contrato social da pessoa jurídica G & V COMERCIAL E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., foi constada provável inconsistência na imputação da responsabilidade à requerente. Isso porque o Auto de Infração fora lavrado em 13/06/2017, ao passo que a requerente se retirou, dos quadros societários da pessoa jurídica autuada, desde 15/01/2003.

Por tais razão, propõe a presente Representação ao CONSEF, com a proposta de afastamento da responsabilidade tributária de Telma Regina Oliveira Dantas, com a consequente retificação da CDA, sem prejuízo da manutenção do Auto de Infração.

VOTO

A questão a ser dirimida por este colegiado se circunscreve ao escopo da presente Representação, apresentada pela PGE/PROFIS às folhas 873/877, no exercício de prerrogativa estabelecida pelo art. 113, § 5º do RPAF/BA. Pede que seja excluída a responsabilidade tributária atribuída a Telma Regina Oliveira Dantas sob o argumento de que não mais fazia parte do quadro societária da empresa quando da ocorrência dos fatos geradores.

Trata-se de exigência de ICMS sobre entradas de mercadorias (DANFES nºs 211.460, 372.861, 337.266, 011957 e 035546), advindas de operações interestaduais, em relação às quais a empresa G & V COMERCIAL E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. não promoveu o recolhimento do ICMS-ST relativo às operações subsequentes.

Embora o mérito da Representação esteja associado à exclusão da responsabilidade tributária da ex-sócia da empresa autuada, os elementos dos autos estão a revelar a existência de questão prejudicial cujo exame se impõe, previamente à análise meritória. É o que passo a fazer nas linhas que seguem.

O exame das provas acostadas ao presente processo evidencia que a presente autuação, embora exarada com base em formulário destinado ao Trânsito de Mercadorias, resultou, na verdade, de uma fiscalização em profundidade, em contribuinte sujeito ao regime normal de tributação, conforme se depreende da consulta ao Cadastro do Sujeito Passivo.

De fato, embora a data da lavratura do Auto de Infração seja dia 23/11/2017, a operação fiscal tomou por base operações cujas ocorrências dataram de 08/08/2017 (DANFE nº 372.861), 24/08/2017 (DANFE nº 337.266), 26/08/2017 (DANFE nº 011957), 29/08/2017 (DANFE nº 035546) e 02/09/2017 (DANFE nº 211.460), conforme cópias às folhas 09/12.

Não houve, portanto, a abordagem no trânsito de mercadorias, inexistindo qualquer Termo de Apreensão acostado ao processo, o que está a revelar que a identificação do ilícito tributário não se deu no momento intermediário entre a saída da mercadoria, do estabelecimento vendedor, e o seu ingresso no estabelecimento de destino.

Além de se ressentir da instantaneidade, observa-se, também, que tal esforço fiscalizador foi empreendido por servidor ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais, conforme se lê na peça inaugural do presente lançamento.

Ora, de acordo com o que estabelece o art. 107, § 3º do Código Tributário do Estado da Bahia, a competência fiscalizadora dos Agentes de Tributos Estaduais limita-se às operações com mercadorias em trânsito e às direcionadas aos contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional, conforme abaixo.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

...

§ 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.”

Para a fiscalização de empresas sujeitas ao regime normal, faz-se necessário que o preposto fazendário ocupe o cargo de auditor fiscal, a quem a lei deferiu tal prerrogativa, com exclusividade, conforme art. 107, § 2º, abaixo reproduzido.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos 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.

...”

Assim, considerando que a presente fiscalização, decorrente de mandado expedido pela COE, foi efetivada por servidor ocupante do cargo de agente de tributos estaduais, sem autorização legal para tanto, é forçoso reconhecer que o ato administrativo em exame padece de vício de nulidade absoluta, por ausência de competência do agente.

Diante do exposto, julgo NULO, de ofício, o presente Auto de Infração, restando PREJUDICADO o exame da presente Representação.

Represento à autoridade competente para que avalie a possibilidade de renovação do lançamento, a salvo da falha apontada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considera **PREJUDICADA** a Representação proposta pela PGE/PROFIS e, de ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232232.0129/17-0, lavrado contra **G & V COMERCIAL E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA**. Representa-se à autoridade competente para que avalie a possibilidade de renovação do lançamento, a salvo da falha apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR