

A. I. N° - 210671.1203/13-6  
AUTUADO - IMPÉRIO COMÉRCIO DE CAFÉ LTDA. (IMPERIO CAFÉ S/A.)  
AUTUANTE - LAÉRCIO ARNALDO TELES DE MELO  
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL  
INTERNET - 13.04.2015

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0044-02/15**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Sujeito passivo optante do regime normal de apuração do imposto. O lançamento de ofício deve cumprir os requisitos formais para produzir seus efeitos jurídicos, dentre os quais consta a competência do autuante. Constatada de que os atos da ação fiscal empreendida, que culminaram na lavratura do Auto de Infração, foram efetuados por servidor sem competência legal. Infringência às normas contidas no art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.470/09 e no art. 42, II, do RPAF/99. Aplicação do art. 18, I, c/c art. 20, todos, do RPAF/99. Recomendada a renovação do procedimento fiscal. Art. 21 do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, decorrente da atividade de fiscalização no trânsito de mercadorias, lavrado em 16/12/2013, reclama ICMS, no total de R\$27.419,00, devido à *"falta de recolhimento do ICMS referente à falta de antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo"*. Multa proposta de 60%. Código da infração 54.05.08.

O sujeito passivo apresenta impugnação, às fls. 09/29. Transcreve a imputação fiscal, o enquadramento regulamentar e a tipificação legal do Auto de Infração.

Afirma ser inepta a Peça Administrativa Fiscal, por não conter requisitos inerentes ao lançamento vinculado, de modo a cercear a defesa. Enfatiza a necessidade de existir o requisito motivo para alcançar a validade do ato. Suscita nulidade do Auto de Infração, com base em entendimentos doutrinários nos pontos infirmados a seguir destacados.

Entende que, no Estado Democrático de Direito, as garantias de ampla defesa e contraditório não se compatibilizam com a presunção de validade do lançamento tributário, status atingido com a obediência aos requisitos que lhe são intrínsecos, ao revelar a motivação - requisito de validade do ato administrativo do lançamento. Assim, afirma ser incorreta a assertiva de que o ônus da prova cabe ao impugnante, tendo em vista a obrigatoriedade do Fisco em demonstrar a ocorrência do fato gerador, inclusive, oferecendo prova concludente da conformidade com a hipótese de incidência.

Pontua a inexistência de Demonstrativo de Base de Cálculo. Colaciona a Súmula nº 01 do CONSEF e julgado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Processo nº 092.16960/01, para asseverar pedido de nulidade do Auto de Infração diante do vício incontestável ao direito de defesa. Nesse sentido, transcreve o art. 142 do CTN para demonstrar a forma de produzir o Auto de Infração com a descrição exata da ocorrência dos fatos, de modo mais claro possível, incluindo, a demonstração dos cálculos, informações dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto, o que, para o impugnante, não ocorreu, com a consequente convergência do lançamento para nulidade, por se tratar de obrigação, e não de faculdade do autuante.

No mérito, o impugnante colaciona decisões do Conselho Estadual de Recursos Fiscais – CERF, da Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo, para afirmar a essencialidade de prova diante da acusação formulada, cabendo ao autuante por não se tratar no caso concreto de presunção. Extrai lição doutrinária com intuito de evidenciar a necessidade de identificação formal e material do fato gerador.

Relata o equívoco do Fisco em juntar aos autos anexos e demonstrativos, que, supostamente, demonstram a movimentação de conta corrente, capituração, sanção legal.

Afirma que o Fisco não teve o cuidado de averiguar se realmente as mercadorias saíram do seu estabelecimento. Questiona a certeza da falta de registro alegada, diante da inexistência de recebimento, saída e entrada. Relata que a lavratura do Auto de Infração está baseada em fatos e consequentemente em valores insubsistente.

Reputa insubstancial o Auto de Infração em tela e requer a improcedência e consequentemente das penalidades, ilicitamente e equivocadamente lançadas, bem como seus efeitos, tendo em vista o cumprimento de sua obrigação legal e a falta de comprovação material do ilícito apontado.

Considera confiscatória a multa proposta. Transcreve arts. 5º, XXII, 150, IV e 170, *caput*, da Constituição Federal, além do julgado no STF - RE 523.471 AgR, de 06/04/2010, a fim de evidenciar a inconstitucionalidade do lançamento tributário, no montante superior ao de 50%.

Pede o impugnante o acolhimento das preliminares ventiladas com intuito de anular o Auto de Infração. Caso não sejam acolhidas, requer a insubstancialidade do lançamento tributário, além da redução da multa proposta para 30%.

Presta informação, preposto fiscal estranho ao feito, à fls. 49/52. Inicialmente, transcreve a descrição do fato e sintetiza os argumentos defensivos, classificando-a confusa e divergente da pretensão administrativa.

Afirma estar clara a descrição da infração cometida pelo sujeito passivo, qual seja, "*aquisição de mercadorias para comercialização, em outra unidade da federação, por contribuinte com inscrição descredenciada, sem o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial antes da entrada das mercadorias em território baiano*", situação cadastral conhecida pelo impugnante, pois "*para que ocorra o descredenciamento, se faz necessária uma ação ou omissão do contribuinte, portanto, ao agir ou omitir-se este já tem plena certeza de que sua inscrição será Descredenciada*".

Afirma que o impugnante encontrava-se "descredenciado" em 11/11/2013, data das operações de aquisição interestadual de mercadorias, como informa o Sistema Corporativo SCOMT no extrato de fl. 53. Transcreve o art. 332, do Decreto nº 13.780/12 para demonstrar os requisitos da condição denominada "Credenciamento".

Pontua que o impugnante possuía sua inscrição estadual "descredenciada" no período de 26/02/2013 a 14/01/2014, por ter débito inscrito em dívida ativa, retornando à situação de inscrição "credenciada" em 14/01/2014. Assim, as operações acobertadas pelos DANFES, fls. 05/06, estavam sujeitas ao pagamento a título de antecipação parcial do ICMS.

Refuta a alegação defensiva quanto à inexistência de demonstrativo de base de cálculo, visto que consta, à fl. 04 deste PAF, o referido documento com ciência de sócio da pessoa jurídica autuada.

Assim, afasta as preliminares pleiteadas.

Afirma que as razões do impugnante quanto ao mérito não merecem prosperar, pois há exigência de provas pelo sujeito passivo de operações de entrada e saída de mercadorias, que não foram cogitadas na exigência fiscal, a ponto de demonstrar falta de afinidade com a matéria em lide, o que se deduz com base nas decisões colacionadas na defesa.

Considera configurada a infração apontada, uma vez que a "*obrigação tributária exigida no presente PAF se aperfeiçoou no momento do ingresso das mercadorias em território baiano sem o recolhimento do ICMS devido*".

Quanto à multa proposta, informa que seu percentual encontra-se nos moldes da legislação vigente.

Requer a procedência do lançamento promovido, por cumprir os ditames de fato e de direito da matéria questionada e pelo fato do impugnante não apresentar elemento apto a elidir a acusação fiscal.

Na sessão de julgamento do dia 15/10/14, a 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal deliberou diligência ao autuante para informar o momento do início da ação fiscal e o local da ação fiscal empreendida, especificando se o procedimento administrativo foi desenvolvido no Posto Fiscal, no estabelecimento do contribuinte ou no trânsito das mercadorias, fl. 58.

Em atendimento à diligência, o servidor que produziu a informação fiscal, relata que a ação fiscal foi iniciada em 16/12/13, às 11h31min, como consta do Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 03, ao teor do art. 26 do RPAF/99 e que o local da lavratura do Auto de Infração foi a Inspetoria Fiscal de Eunápolis, em cumprimento ao mandado de fiscalização da Central de Operações Especiais - COE.

## VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, decorrente de entradas, realizadas por contribuinte descredenciado, no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais identificados nos autos.

Ao compulsar as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico que o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210671.1201/13-3 e o Auto de Infração nº 210671.1203/13-6 foram lavrados em 16/12/13, fls. 01/04, enquanto os DANFE's de nºs 2.839 e 2.840, fls. 05 e 06, acostados para subsidiarem a ação fiscal possuem data de 11/11/13. Cabe o registro de que, na resposta da diligência formulada em 15/10/14 pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, há informação de que ação fiscal foi desenvolvida na Inspetoria Fiscal de Eunápolis, em cumprimento ao mandado de fiscalização da Central de Operações Especiais - COE, diferentemente, do local INSPETORIA DE FISC. MERC. TRÂNSITO REGIÃO SUL - IFMT SUL consignado nos mencionados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Auto de Infração. Portanto, resta evidenciado que a ação fiscal não foi desenvolvida no momento da circulação das mercadorias.

Assim, constato a existência de vícios jurídicos insanáveis relacionados com o requisito legal do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, a impor à autoridade administrativa os estritos termos da respectiva legislação.

Consta dos dados cadastrais da SEFAZ/BA que o sujeito passivo é optante do regime normal de apuração do imposto, desde 03/01/12. Neste contexto, se faz necessário demonstrar a norma relacionada com a competência privativa da autoridade administrativa para realizar o lançamento tributário.

A Lei nº 11.470/09 preconiza no seu art. 1º:

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.

Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009".

O RPAF/99 fixa no seu art. 42, com efeitos a partir de 01/07/09:

"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".

Da leitura do dispositivo regulamentar, constato a competência exclusiva para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto em fiscalização de comércio, aos auditores fiscais, inclusive, os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

Logo, não obstante os Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, possuírem o atributo para desenvolverem atividade de fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detém de competência legal para a lavratura de Auto de Infração aos contribuintes além dos limites estabelecidos no art. 1º, § 3º, da mencionada lei, disposto no art. 42 do RPAF/99. Isto porque tal competência é exclusiva dos Auditores Fiscais. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos por carência de competência legal, atributo inexorável do ato administrativo já que o procedimento, segundo resposta da diligência, fl. 63, foi realizado na Inspetoria Fiscal de Eunápolis.

Em que pese o não cumprimento por completo da diligência solicitada, está patente a existência de vício no procedimento adotado.

Do exposto, restam configurados vícios insanáveis neste PAF. Portanto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração com base no art. 18, inciso I, c/c art. 20, todos, do RPAF/99, no sentido, inclusive, dos Acórdãos de nºs 0191-02/14; 0113-12/13; 0385-12/14 e 0388-12/14.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente para análise da possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210671.1203/13-6, lavrado contra **IMPÉRIO COMÉRCIO DE CAFÉ LTDA. (IMPERIO CAFÉ S/A.)**. Recomenda-se a autoridade competente para análise da possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR