

A.I. Nº - 210671.0853/14-5  
AUTUADO - GOVALPAN COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTE - LAÉRCIO ARNALDO TELES DE MELO  
ORIGEM - IFMT-SUL  
INTERNET - 10.04.2015

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0048-04/15

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de “Termo de Intimação” que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente da circunscrição fiscal da empresa autuada para refazimento da ação fiscal obedecido o prazo de decadência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/08/14, exige ICMS no valor de R\$17.314,29, imputando ao autuado a seguinte infração: “Falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado”.

No campo “Descrição dos Fatos”, consta: *“Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS Substituição/Antecipação Interna – aquisição de Mercadorias Listadas no Anexo 1 do RICMS – Por Contribuinte que não atende aos requisitos preconizados no §2º do Artigo 332 do RICMS das operações subsequentes. Operação de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário “in dubio pro reo”, foi considerado como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Operações relativas às Notas Fiscais nºs: 1129, 6200, 6211, 6217, 6218, 6234, 6248.”.*

O autuado apresenta defesa, fls. 20 e 21, na qual afirma que a autuação merece ter os cálculos refeitos, conforme passa a demonstrar.

Quanto à Nota Fiscal nº 1129, diz que as mercadorias ali relacionadas são procedentes do Estado do Espírito Santos (alíquota de 12%) e fazem jus a redução de base de cálculo em razão do Termo de Acordo de que trata o Decreto 7799/00, não havendo, assim, imposto a recolher.

No que tange às demais notas fiscais, explica que são referentes a mercadorias destinadas à panificação e estão sujeitas a incidência da antecipação parcial. Frisa que essas mercadorias possuem redução de base de cálculo nos termos do Dec. 7799/00. Assegura que o ICMS devido por antecipação parcial foi recolhido conforme os DAEs acostados às fls. 38 a 51. Menciona que *“as misturas de farinha de trigo 1901.2 (não se aplica ST para misturas para bolo) conf. Item 26 do Anexo 1 RICMS/2012. As misturas de farinha de trigo 1901.2 com ICMS ST devido conforme demonstrativo anexo para recolhimento do DAE.*

Às fls. 52 e 53, consta demonstrativo de débito da parte reconhecida como procedente, no valor de R\$3.881,43. Às fls. 54 e 55, foram anexados documentos comprobatórios do recolhimento da parte da autuação reconhecida como procedente.

Ao finalizar a peça defensiva, o autuado requer que seja analisado o cálculo do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 58, o agente de tributos estaduais Ennio Wander Lélis Carvalho afirma que *“Tendo em vista as informações trazidas pela autuada em sua peça defensiva, bem como da análise da documentação juntada na oportunidade, que comprova o pagamento do imposto exigido no auto de infração, é de se acolher a argumentação do contribuinte, pelo que se requer seja o auto de infração julgado EXTINTO POR PAGAMENTO, nos moldes do art. 122 do RPF.”*

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência à IFMT-DAT/SUL para o atendimento das seguintes solicitações: 1- que a informação fiscal fosse prestada abordando todos os termos da defesa, com a devida fundamentação, conforme previsto no §6 do artigo 127 do RPAF/99; 2- que fosse elaborado um demonstrativo de débito, evidenciando os valores excluídos da autuação e o valor remanescente; 3- que fosse entregue ao autuado cópia desta solicitação e do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo de dez (10) dias para pronunciamento.

No atendimento da diligência, fls. 67 e 68, foi informado que o Auto de Infração foi lavrado de forma equivocada, pois o autuado na época da autuação se encontrava com a sua inscrição cadastral ativa, bem como estava em vigor o Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/00, que lhe concede a redução do imposto devido de forma que corresponda a uma alíquota interna no patamar de 10%. Diz que esses fatos não foram levados em consideração, o que afastaria a incidência da antecipação total, uma vez que as mercadorias constantes nos DANFEs estão expressamente excluídas desse citado regime tributário.

Menciona que o DANFE 1129, oriundo do Estado do Espírito Santo, tem um crédito destacado equivalente a 12%, portanto, maior que os 10% devidos ao Estado da Bahia, não havendo, assim, crédito a ser exigido nessa operação.

Afirma que os produtos relacionados nos demais DANFEs estariam sujeitos unicamente à antecipação parcial, com a base de cálculo reduzida nos termos do Dec. 7799/00, o que diz ter sido cumprido pelo autuado, conforme os DAEs e comprovantes de pagamento anexados às fls. 38 a 51.

Apresente, à fl. 69, uma planilha na qual consta que o autuado recolheu tempestivamente, de forma espontânea, R\$28,85 a mais que o devido. Aduz que esse fato é suficiente para sepultar presente Auto de Infração, porém, o autuado, sem explicar o motivo de seu convencimento, reconheceu e efetuou o pagamento dos valores constantes no DAE anexado à fl. 54.

Diz que pelos motivos expostos acima, acatou a tese defensiva. Acostou ao processo a planilha de fl. 69, Termo de Acordo (fls. 71 a 73), histórico de arrecadação (fl. 74) e comprovantes de pagamentos (fl. 75 e 76).

## VOTO

Conforme já relatado, no Auto de Infração em análise, o autuado foi acuado de ter deixado de recolher ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias

elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

Complementando a acusação acima, conta que por meio de *"Operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Operações relativas às Notas Fiscais nºs: 1129, 6200, 6211, 6217, 6218, 6234, 6248"*.

Ao analisar os requisitos formais do lançamento tributário de ofício, observo que além da insegurança na determinação da infração imposta ao autuado, dois outros motivos fulminam de nulidade o Auto de Infração, conforme passo a me pronunciar.

As ações fiscais desenvolvidas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia podem ser de trânsito de mercadoria ou de estabelecimento de contribuinte. As ações de trânsito tratam de irregularidades apuradas no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto, sendo o crédito tributário constituído mediante Auto de Infração modelo 4. Já as ações de estabelecimentos cuidam de operações ou prestações atinentes a fatos pretéritos, sendo o crédito tributário constituído por meio de Auto de Infração modelo 3.

O caso em análise trata de Auto de Infração modelo 3, específico para ações desenvolvida no trânsito de mercadorias. Observo, no entanto, que ação fiscal em comento não é referente a trânsito de mercadorias, pois, conforme consta no Auto de Infração, a data da real entrada das mercadorias no estado ocorreu anteriormente e foi presumida pelo autuante, conforme trecho transcrito: *"Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos"*.

Por se tratar de fatos pretéritos, deveria ter sido aplicado o procedimento previsto para a fiscalização de estabelecimento, com a lavratura do Auto de Infração específico (modelo 3), e não para trânsito de mercadorias, como foi feito com a lavratura do Auto de Infração modelo 4.

Ademais, verifico através de consulta no sistema INC desta secretaria que o sujeito passivo é optante pelo regime normal de apuração do imposto. Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

Assim é que o RPAF/BA prevê em seu Art. 42, com redação em vigor 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 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, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

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, não detêm os mesmos competência para lavrarem Autos de Infração fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a instauração de novo procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimento.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210671.0853/14-5**, lavrado contra **GOVALPAN COMECIAL LTDA**. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA