

A. I. Nº - 213080.0078/14-3  
AUTUADO - CP OLIVEIRA – EIRELI - ME  
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 20.08.2015

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0152-04/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. 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 a salvo das falhas apontadas, obedecidos os prazos decadências. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/10/2014, exige ICMS, no valor de R\$13.200,00 acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta do seu recolhimento referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Consta como informação no corpo do Auto de Infração: *“Empresa encontra-se descredenciada no cad. SEFAZ. Obs: Valores apurados nos próprios documentos fiscais (planilha em anexo).”*

A empresa autuada impugna o lançamento fiscal (fl. 46).

Após se identificar e a seu sócio, apresenta planilha (fl. 48 dos autos) com a composição dos cálculos do ICMS antecipado e extratos de pagamentos realizados (fls. 49/60) referentes aos documentos fiscais autuados.

Solicita que sua defesa seja acatada em relação ao imposto exigido por antecipação tributária, bem como da multa aplicada.

Na sua informação fiscal (fls. 72/75), o autuante entende que a questão principal do lançamento é que o imposto foi exigido em vista do fato da empresa se encontrar descredenciada. Diz ser esta *“uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte”*, que além de não questionar a ação fiscal *“declara que foi paga a parte “relativa a parte principal” e solicitar de v.Sa que seja acatado a impugnação da multa e cobrança da antecipação parcial”*” E continua: *“Em resumo o autuado não quer pagar nada de antecipação parcial requer apenas que seja acatada a impugnação, sem nenhum argumento convincente”*.

Afirma que a ação fiscal encontra-se perfeita e acabada, pois indicados os dispositivos legais infringidos, bem como, o da multa aplicada, explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada (cópias das NF's apensadas aos autos) e a identificação do infrator e da infração. Que o direito de defesa foi totalmente respeitado. *E a realidade completa que mostram os fatos aqui descortinados é que a requerente tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial que só foi descoberto pela ação da COE, uma nova ferramenta de trabalho importante criada pela administração tributária e que estamos cumprindo através do mandato de Fiscalização, através de fiscalização sumária.*

Ressalta que a empresa tinha conhecimento estar em “situação irregular de descredenciado” e assim, deveria recolher o ICMS tempestivamente, antes da entrada no seu estabelecimento, em obediência ao comando ao art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Diz que o argumento do defendente somente poderia ocorrer caso ele estivesse credenciado, conforme determina o art. 332, § 2º do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/12).

Passa, em seguida, a discorrer sobre o prazo de recolhimento da antecipação tributária (na entrada das mercadorias no território baiano – art. 352-A (RICMS/97) e traz aos autos ementa do Acórdão JJF nº 0101-04/14 (que trata da não aceitação de denúncia espontânea após início da ação fiscal) afirmando ser pacífica a questão.

E neste caminhar, rebate o argumento da empresa a respeito da multa aplicada, pois *“a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, além da memória de cálculo onde consta a relação das mercadorias objeto da autuação e que inclusive já consta no referido processo. Ao declarar a inaplicabilidade da multa trazidas à baila pelo autuado, invocamos, por pertinência total ao caso em comento, as disposições sobre o assunto contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, em que expressamente exclui a competência dos órgãos julgadores EXCLUIR de normas legais de qualquer natureza, razão pela qual não iremos comentar sobre a matéria”*.

Em seguida, informa de que a multa tem base no que dispõe o art. 42, IV, “i” da Lei nº 7.014/96.

Solicita a manutenção integral do Auto de Infração.

## VOTO

Ao analisar o presente processo, restam configurados diversos vícios insanáveis, que o inquina à sua nulidade.

Embora vislumbrando iliquidez da base de cálculo do imposto ora exigido (mercadoria charque que tem tratamento específico na norma regulamentar deste Estado), do entendimento equivocado da autuante em não considerar o imposto anteriormente recolhido, mesmo que extemporaneamente, caracterizando-se perfeito *bis in idem*, dois motivos outros, de suma importância, levam o presente Auto de Infração a não ter qualquer validade jurídica.

O ICMS é imposto que tem como fato gerador, em síntese e basicamente, *“a circulação de mercadorias e serviços”*. A sua fiscalização investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício (art. 142 do CTN), atua, em linha geral, em duas frentes. A primeira, na busca da *circulação de mercadorias e serviços* de fatos pretéritos, ou já acontecidos. A outra, no exato momento da ocorrência do fato gerador.

Diante desta situação, a Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em duas linhas mestras:

A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, **modelo 4**, que a Secretaria de Fazenda instituiu

para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa, onde contém ele, apenas, uma data de ocorrência do fato gerador do imposto.

A segunda equipe exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, **as suas operações comerciais já realizadas**. Porém em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal (e definido no RPAF/BA) sob pena de seu ato não ter qualquer validade jurídica. E mais uma vez, corroborando tal situação, a própria Secretaria de Fazenda Estadual determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, **modelo 3**.

No caso presente, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado por agente de tributo lotado na IFMT Metro (trânsito de mercadorias), ele não é um Auto de Infração de trânsito, mas de monitoramento (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte e do período de julho a outubro de 2014 (fls. 28/39 dos autos). Ou seja, ele deixou de ser uma abordagem imediata à alguma atitude adotada pelo contribuinte em um exato momento, para ser um acompanhamento de seus procedimentos fiscais durante um período. Inclusive a própria autuante prova tal situação ao intimar o contribuinte para apresentar ao fisco os documentos fiscais de junho a outubro de 2014 com os seus respectivos DAE's. Foi atendida e, posteriormente, devolveu os referidos documentos (fl. 22).

Em assim sendo, nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. Na situação sob análise, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide, visando não onerar a Fazenda Pública

E, através de consulta no sistema INC desta SEFAZ (fl. 20) denota-se que o sujeito passivo, embora uma microempresa, não se encontra enquadrado no Simples Nacional. Assim, necessário apontar, na legislação tributária do Estado da Bahia, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

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:.*

*II- 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 e/ou indústria é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração, quer seja o contribuinte microempresa ou mesmo empresa de pequeno porte. Observa-se que um pequeno empresário tem por opção a escolha de se enquadrar no Simples Nacional, mas, como dito, escolha, não obrigatoriedade.

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 nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, eles não detêm competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes 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.

Por tudo exposto, concluo que se encontra configuradas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência legal e em instrumento legal incompatível com os fatos apurados.

Voto, de ofício, pela nulidade da ação fiscal com fundamento no art. 18, II, do RPAF/BA.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0078/14-3**, lavrado contra **CP OLIVEIRA – EIRELI – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR