

A. I. Nº - 232340.0025/14-0
AUTUADO - GLOBAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. - ME
AUTUANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 27.08.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-05/15

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. LANÇAMENTO DO IMPOSTO, NA REPARTIÇÃO DE FRONTEIRA, SOBRE O VALOR ACRESCIDO. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O autuante desenvolveu a ação fiscal no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Logo, teria, necessariamente, de ter observado as rotinas e roteiros próprios da fiscalização de estabelecimentos, tanto no início, como no encerramento dos trabalhos. Termo de Ocorrência Fiscal não traz nenhum indicativo da irregularidade cometida pelo autuado, “*porquanto*” a cobrança do ICMS antecipação antes da entrada, no território deste Estado, das mercadorias constantes dos DANFE’s objeto da presente autuação, decorre da acusação de que o autuado se encontrava irregular, junto a Fazenda Pública Estadual, na ocorrência dos fatos. O lançamento é efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando ao exercício do direito de defesa. 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 nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Decretado, de ofício, a nulidade do procedimento fiscal. Representa a autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF-BA/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/09/2014, exige ICMS no valor de R\$12.109,31, conforme demonstrativo à fl. 7 dos autos, em razão da constatação da seguinte irregularidade: Infração 1-54.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS 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, com o enquadramento nas alíneas “a”, “b”, “d”, e “g” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, combinado com o inciso I, § 4º, do art. 8º; art. 12-A; § 6º do art. 23; e art. 32 da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos a falta de recolhimento da antecipação parcial/total do ICMS, por contribuinte, quando da compra de mercadorias em outra unidade da Federação, referente aos DANFE’s nºs 8382, 8383, 26318, 62956, 62957, 63643, 65244, 84576, 135995, 272803 e 518875.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 49/50 dos autos, não concordando com a notificação citada, onde alega que todas as mercadorias constantes dos DANFE's mencionados nesta infração, estão lançadas nos livros fiscais e com seus impostos devidamente pagos, conforme planilha, que destaca no corpo da defesa, e documentos às fls. 56/101, relativos à cópia do LRE, DAE's e os próprios DANFE's objetos da autuação.

Em seguida, destaca que, diante do exposto, solicita que seja o Auto de Infração em tela julgado totalmente improcedente, por ser de justiça.

O Fiscal Autuante, na Informação Fiscal à fl. 105, contesta os termos da defesa pelos motivos a seguir:

- a. Diz que intimou a autuada, GLOBAL MATERIAIS DE CONTRUÇÃO LTDA, na Loja, através de sua Auxiliar Administrativa Rita de Cassia Costa de Souza Pureza, conforme fl. 24 deste PAF em 16/09/2014, para que apresentassem os DANFE's, objetos da autuação, com os respectivos DAE's de recolhimento da antecipação parcial/total do ICMS.
- b. Observa que, apesar do prazo para apresentação dos documentos ser de 48 h., aguardou até o dia 25/09/2014, para tê-los em mãos. Complementa, informando que, fora a cópia dos DANFE's, só foi apresentada a comprovação da constituição do crédito do DANFE nº 29124, através da Notificação Fiscal nº 2324160702/14-0, conforme citado no auto de infração nº 2323400025/14-0, sem nenhum outro DAE's que comprovasse o recolhimento em pauta, dos outros documentos.
- c. Aduz que não é admissível que a autuada, através de seu representante legal, venha neste PAF apresentar, neste momento, comprovação de recolhimento do ICMS dos DANFE's citados, já que foi intimado para fazê-lo, em tempo hábil e não o fez.

Assim, diz reiterar o pedido para a condenação da autuada a quitar o referido Auto de Infração nº 2323400025/14-0. Diz, ainda, caso não se entenda desta forma, será lavrada uma Notificação fiscal do resíduo do DANFE nº 135995, e o ICMS do DANFE nº 272803.

VOTO

Versa a autuação sobre falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$12.109,31, 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, relativo aos DANFE's nºs 8382, 8383, 26318, 62956, 62957, 63643, 65244, 84576, 135995, 272803 e 518875, com o enquadramento nas alíneas "a", "b", "d", e "g" do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, combinado com o inciso I, § 4º, do art. 8º; art. 12-A; § 6º do art. 23; e art. 32 da Lei 7.014/96.

De pronto já se observa, na constituição da acusação, vícios formais e materiais de procedimentos que inquinam a ação fiscal de nulidade por inobservância do devido processo legal. O próprio autuante admite que desenvolveu a ação fiscal no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Logo, teria, necessariamente, de ter observado as rotinas e roteiros próprios da fiscalização de estabelecimentos, tanto no início, como no encerramento dos trabalhos. Por sua vez, acosta aos autos documentos de acusação relacionados às rotinas e roteiros próprios do trânsito de mercadoria, como o Termo de Ocorrência Fiscal nº 232340.0018/14-3 (fl. 5), o Resumo para Constituição de Crédito Tributário (fl. 16), Lista de DANFE indicados para Constituição do Crédito Fiscal (fl. 20), entre outros.

Há de se observar que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo o Agente Fiscal agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. Logo é nulo o lançamento efetuado com

preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa.

No caso em exame, o Agente Fiscal acosta às fls. 8/7 dos autos cópia do Mandado de Fiscalização nº 8846654000142-201488, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, através Regime Sumário Apuração do ICMS (art.318 do RICMS-BA), no estabelecimento do Contribuinte Autuado, relativo à operação de circulação de mercadoria com viés de risco de sonegação, sem tampouco apresentar a motivação desse risco.

O Termo de Ocorrência Fiscal á fl. 10 dos autos não traz nenhum indicativo da irregularidade cometida pelo autuado, “*porquanto*” a cobrança do ICMS antecipação antes da entrada, no território deste Estado, das mercadorias constantes dos DANFE’s objeto da presente autuação, decorre da acusação de que o autuado se encontrava irregular, junto a Fazenda Pública Estadual, na ocorrência dos fatos, dificultando sobremaneira o exercício do direito de defesa do defendente. Tanto é verdade essa digressão, que o Contribuinte Autuado, apenas se limitou a destacar, na defesa, de que todos os DANFE’s mencionados na autuação estão lançados nos livros fiscais competentes e com os impostos devidamente pagos, o que, por si só, não eximiria o defendente de estar obrigado a efetuar a antecipação do ICMS, antes da entrada das mercadorias no território deste Estado (alínea “d”, do inciso II, do art. 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12), no caso de se encontrar efetivamente em situação cadastral irregular na ocorrência do fato gerador , conforme os termos da acusação.

Retornando ao aspecto do lançamento de crédito tributário ser um ato vinculado, em que o Agente Fiscal deve agir nos estritos termos da legislação, vê-se que o ICMS é um imposto que tem como fato gerador, em síntese, “*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 perspectivas. A primeira, na busca de fatos pretéritos, ou seja, já acontecidos. A outra, no exato momento da ocorrência do fato gerador.

Diante desta situação, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, para melhor desenvolver suas atividades, divide as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, isto é, 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. 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. A constatação de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, modelo 3.

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.

Corroborando com tal situação, a própria Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, *modelo 3* por Agentes Fiscais atuando em estabelecimento de empresas; *modelo 4* por Agentes Fiscais atuando em atividades no trânsito de mercadorias.

No caso presente, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado por agente de tributo lotado na IFMT Metro, ele não é um Auto de Infração de trânsito, mas de monitoramento (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte, com relação algumas operações de circulação de mercadorias ocorridas em determinado período do ano de 2014, com viés de risco de sonegação

determinado pela COE nos termos do art. 3º, da Portaria SEFAZ nº 217 de junho de 2012. 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.

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.

Embora vislumbrando, na constituição da acusação, os vícios formais e materiais de procedimentos, até aqui postos, que inquinam a ação fiscal de nulidade por inobservância do devido processo legal, outro motivo, de suma importância, leva o presente Auto de Infração a não ter qualquer validade jurídica.

Através de consulta no sistema INC desta SEFAZ (fl. 110) denota-se que o sujeito passivo, embora uma microempresa, é optante pelo regime normal de apuração do imposto (conta corrente fiscal). 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, aprovado pelo Decreto nº 7.6289/99, 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, além do lançamento ter sido efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação, dificultando ao exercício do direito de defesa. Assim, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento fiscal, na forma do art. 18, incisos I e II, do RPAF-BA/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade

de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232340.0025/14-0**, lavrado contra **GLOBAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA – ME**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR