

A. I. N° - 232195.0021/19-1
AUTUADO - REFRIGERAÇÃO DUFRIO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/01/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JFJ Nº 0229-04/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL Auto de Infração lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Verificado, também, que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal – agente de tributos, tendo em vista tratar-se de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto e a ação fiscal não ocorreu no trânsito de mercadorias, em afronta às normas contidas no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 11.470/09), e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/99). A competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais. Encontra-se, então, caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Auto de Infração **NULO**, com base no art. 18, incisos I e II do RPAF/BA, aprovado Decreto nº 7.629/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/03/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$170.953,85, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo aos DANFES 213328, 213329, 213330, 213331, 213332, 2807, 2808, 2812, 213595, 213596, 16647, 16671, 391, 214282, 214283, 214284, 214285, 214286, 214394, 214395, 214396, 214397, 214926, 214927, 214928, 527117, 135655, 527652 e 527877 descritos na inicial e constantes das fls. 15/63 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$170.953,85, com enquadramento na alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inc. III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96 e multa de 60% tipificada na alínea “d”, do inc. II, do art. 42 do mesmo diploma legal.

O autuado apresenta defesa administrativa, às fls. 26 a 28, com documentos anexos, acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

Diz tratar-se de uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 01.754.239/0001-10, com sede na cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, na Rua Voluntários da Pátria, nº 3303 e 3333, bairro São Geraldo, CEP 90230-011 e filial na cidade de Simões Filho, Estado da Bahia, inscrita no CNPJ sob o nº 01.754.239/0021-63, localizada na Rua da Aduutora nº 352, Acesso C, bairro Fazenda Santa Rosa, CEP 43700-000, onde vem, respeitosamente, à presença deste Conselho de Fazenda, com amparo no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e art. 4º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), apresentar IMPUGNAÇÃO, com base nas razões de fato e de direito a seguir expandidas.

I - DOS FATOS

Registra que tem por objeto o comércio de equipamentos e peças de reposição para refrigeração; comércio de equipamentos e peças de reposição para climatização; comercialização de eletroeletrônicos e eletrodomésticos; a importação de equipamentos e componentes para refrigeração, climatização e eletrodomésticos e eletroeletrônicos, para todos os fins; prestação de serviços de engenharia, projetos, instalação e manutenção para refrigeração e climatização, conforme se observa do contrato social que diz anexar (doc. 1).

Observa que, no desempenho de suas atividades, costuma realizar a compra de aparelhos de ar condicionado e de peças de outras indústrias/empresas para a venda nas suas filiais, sediadas nos diversos Estados da federação.

Diz que realizou operações com mercadorias, tendo como destinatário final a sua filial de Simões Filho, na Bahia. Destaca que tais operações foram através das Notas Fiscais Eletrônicas nºs 213328, 213329, 213330, 213331, 213332, 213595, 213596, 16647, 16671, 214282,214283, 214284, 214285, 214286, 214394, 214395, 214396, 214397, 214926, 214927, 214928, 527117, 135655, 2807, 2808, 2812, 391, 527652 e 527877 (doc. 2), tendo cumprido com todas as suas obrigações legais.

Todavia, para a sua surpresa, porém, no dia 21/08/2019, foi intimada de um Auto de Infração, lavrado sob o fundamento da inicial, que destaca na peça de defesa, à fl. 82 dos autos.

Registra que a alegada infração seria a falta de “antecipação tributária parcial” do ICMS. Diz que, da leitura da “*Descrição dos Fatos*”, depreende-se que a Contribuinte teria sido “*descredenciada para a Antecipação Tributária*” por força do art. 309, parágrafo 9º, combinado com o art. 332, inciso III, parágrafo 2º-A, ambos do Decreto Estadual nº 13.780/12, que destaca.

Neste contexto, diz que se verifica que o “descredenciamento” teria ocorrido em razão da alegada não emissão do MDF-e pela empresa transportadora. Aduz, então, que analisando atentamente a situação, conclui-se que a autuação não pode ser mantida eis que:

- a) no caso concreto, não era a Contribuinte autuada quem deveria emitir o MDF-e, mas sim a empresa transportadora;
- b) não houve qualquer intimação do alegado “*descredenciamento*”, a fim de permitir o direito constitucional à ampla defesa no processo administrativo;
- c) a Contribuinte sempre cumpriu com todas as obrigações assumidas perante o Estado da Bahia.

II - DA OBRIGAÇÃO DE EMITIR O MANIFESTO ELETRÔNICO DE DOCUMENTOS FISCAIS (MDF-e)

Destaca que o MDF-e foi instituído pelo Ajuste SINIEF 21, de 10/12/2010, celebrado entre o Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ e o Secretário da Receita Federal do Brasil. Por sua vez, já em sua cláusula terceira, diz que o Ajuste dispõe sobre os responsáveis para emissão do manifesto, que destaca:

Cláusula terceira O MDF-e deverá ser emitido:

I - pelo contribuinte emitente de CT-e, modelo 57, de que trata o Ajuste SINIEF 09/07, de 25 de outubro de 2007;

II - pelo contribuinte emitente de NF-e de que trata o Ajuste SINIEF 07/05, de 30 de setembro de 2005, no transporte de bens ou mercadorias realizado em veículos próprios ou arrendados, ou mediante contratação de transportador autônomo de cargas.

Registra que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia também dispõe sobre o responsável para emissão do MDF-e, em seu art. 170-A:

Art. 170-A. Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e, modelo 58, é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda (Ajuste SINIEF 21/10).

§ 1º O MDF-e deverá ser emitido:

I - pelo contribuinte emitente do CT-e de que trata o Ajuste SINIEF 09/07, na prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual:

a) de carga fracionada, assim entendida a que corresponda a mais de um conhecimento de transporte;

b) de carga lotação, assim entendida a que corresponda a único conhecimento de transporte.

II - pelo contribuinte emitente de NF-e de que trata o Ajuste SINIEF 07/05, no transporte interestadual de bens ou mercadorias realizado em veículos próprios ou arrendados, ou mediante contratação de transportador autônomo de cargas.

Neste sentido, diz que, pela análise da legislação vigente, percebe-se que a responsabilidade pela emissão do MDF-e somente seria da impugnante caso o transporte das mercadorias fosse realizado em veículo próprio ou arrendado ou quando da contratação de transportador autônomo, o que não ocorreu no caso concreto, em que o transporte foi realizado por empresa de transporte da carga.

Consigna que, conforme o art. 170-A do RICMS, o dever legal de emissão do documento é do contribuinte emitente do CT-e, ou seja, da transportadora contratada pela impugnante. Destarte, não poderia ser “*descredenciada*” ou sofrer qualquer autuação por descumprimento de obrigação de terceiros, como é o caso da emissão do MDF-e.

Sustenta que a emissão do MDF-e se trata de obrigação acessória da transportadora. Destaca que, no caso concreto, somente a transportadora poderia emitir o MDF-e, conforme o art. 170-A do RICMS, antes reproduzido. Logo, tal emissão constitui obrigação acessória da transportadora, e não da Contribuinte autuada.

Diz, também, que, pela própria Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, as penalidades pela falta de emissão do MDF-e devem ser exigidas exclusivamente da empresa Transportadora, que destaca.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XII-B - R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta da emissão do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e;

Ressalta que, se existe uma penalidade específica pelo descumprimento de obrigação acessória, a ser exigida de quem efetivamente tinha a obrigação e não emitiu o MDF-e, não é possível que a Fazenda Estadual estenda tal penalidade a terceiro (no caso a Contribuinte autuada).

Em seguida, destaca que o Auto de Infração, ao assim agir, viola o art. 5º, XLV da Constituição, associado ao destaque de algumas ementas de decisões deste Conselho de Fazenda de improcedência da autuação em julgamento, que diz relacionar a essa mesma matéria.

Diante disso, diz que se conclui que eventual descumprimento de uma obrigação acessória da transportadora (emissão de MDF-e), por se tratar de fato de terceiro, não pode prejudicar a Contribuinte que cumpriu com todas as obrigações assumidas com o Estado da Bahia e previstas na legislação vigente.

III - DO CUMPRIMENTO DE TODAS AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELA CONTRIBUINTE COM O ESTADO DA BAHIA

Diz que importante frisar, e registrar, que possui credenciamento junto a Secretaria da Fazenda Estadual, nos termos do art. 332, § 2º do RICMS, para efetuar o recolhimento do imposto devido “por antecipação” somente no dia 25 do mês subsequente ao da ocorrência da operação (doc. 3).

Além disso, diz que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e a impugnante, a

REFRIGERAÇÃO DUFRIO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA., possuem termo de acordo em vigor, para adoção de redução da base de cálculo do ICMS, ficando a impugnante habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 7.999/2000 (doc. 4).

Pontua que não recebeu qualquer comunicação do alegado “descredenciamento”, nem lhe foi facultada a apresentação de defesa, razão pela qual, se efetivamente ocorreu tal descredenciamento, foi o mesmo realizado de forma ilegal e abusiva.

IV - DO DIREITO DE REDUÇÃO DE ALÍQUOTA

Diz que, em razão do termo de acordo para adoção de redução da base de cálculo do ICMS, antes referido (doc. 4), fica a impugnante habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto no art. 1º e 2º do Decreto nº 7.999/2000, que destaca.

Aduz que o auto de infração calculou o tributo devido sob a base de cálculo sem a redução prevista no termo de acordo. Assim, aduz que, existindo termo de acordo homologado pelo Estado da Bahia (doc. 4), no caso de ser mantido o auto de infração, o que se admite apenas para argumentar, deverá a base de cálculo do ICMS ser corrigida e reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento).

Registra que este é o entendimento do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), emanado em decisão de maio de 2019, que autorizou a redução da base de cálculo do auto de infração, visto que o contribuinte possuía termo de acordo, na forma do ACÓRDÃO JJF Nº 0055-05/19.

V - DA EXCLUSÃO DE DANFES DO AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que, em atenção ao princípio da eventualidade, no caso de não ser integralmente desconstituído o auto de infração, é imperioso atentar que, ao lavrar o auto de infração, foram levadas em consideração os seguintes DANFES: 213328, 213329, 213330, 213331, 213332, 213595, 213596, 16647, 16671, 214282, 214283, 214284, 214285, 214286, 214394, 214395, 214396, 214397, 214926, 214927, 214928, 527117, 135655, 2807, 2808, 2812, 391, 527652 e 527877 (doc. 2).

Todavia, registra que, em análise minuciosa dos referidos documentos, constata-se que os DANFES nºs 391, 2807, 2808, 2812, 214928, 527117, 527652 e 527877 não poderiam ser computadas para o pagamento do ICMS, devendo ser excluídos dos cálculos, pois:

- a) Nos DANFES nºs 391, 2807, 2808 (não recebida), 2812 e 214928 (doc. 2.1), as operações constam como não realizadas;
- b) Nos DANFES nº 527117, 527652 e 527877 (doc. 2.2), consta, como emitente e destinatário, a impugnante REFRIGERAÇÃO DUFRIO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA., ou seja, não ocorreu, efetivamente, transferência de propriedade, mas somente a circulação de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo proprietário, o que não permite a incidência do ICMS sobre as operações, conforme a Súmula 166, do STJ, que assim dispõe: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Pede para notar que, além do fato de serem operações entre dois estabelecimentos da mesma empresa, as operações dos DANFES nºs 527652 e 527877 (doc. 2.2) possuem a regular emissão do MDF-e, conforme indicado no campo “Situação Atual” daquele documento.

Desse modo, na hipótese de ser mantida a autuação, o que se admite apenas para argumentar, devem ser excluídas do cálculo do auto de infração os seguintes DANFES nºs: 391, 2807, 2808, 2812, 214928, 527117, 527652 e 527877.

VI - REQUERIMENTOS

Diante do exposto, postula que seja reconhecida a improcedência total do presente auto de infração, razão pela qual a impugnante requer o seu integral cancelamento.

Por sua vez, conforme as razões expostas, no caso de não cancelamento da totalidade do auto de infração, requer sejam excluídas do cálculo os valores referentes aos DANFES nºs 391, 2807, 2812,

214928, 527117, 527652 e 527877, bem como seja determinada a redução da alíquota do imposto de ICMS, uma vez que a impugnante possui termo de acordo com a Fazenda Estadual.

O agente Fiscal Autuante, em sua informação fiscal às fls. 246/248 dos autos, diz que o sujeito passivo, no seu arrazoado, alega, sinteticamente, o seguinte:

- a) que o descumprimento da obrigação acessória, por parte da empresa transportadora, não pode prejudicar o contribuinte contratante do serviço;
- b) alega ser possuidora do benefício fiscal previsto no decreto Estadual de nº 7799/00 e, no caso de manutenção do presente Auto de infração, por parte do CONSEF, que seja feito o cálculo considerando a redução da base de cálculo em 41,176%;
- c) por fim, pede que seja reconhecida a improcedência total do presente Auto de Infração.

Do exposto, diz que passa a responder item por item, às contrarrazões do defendente, conforme a seguir.

Pontua que o Decreto Estadual de nº 13.780/12, em seu artigo 332, inciso III, § 2º A, que transcreve na literalidade em sua Informação Fiscal, prever que, no caso de falta de emissão do MDF-e, o imposto relativo a “*Antecipação Tributária*”, deverá ser recolhido antecipadamente, antes da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Quanto ao benefício fiscal previsto no Decreto Estadual de nº 7799/00, diz acatar as alegações do Contribuinte Autuado. Na data da lavratura do Auto de Infração, 14/03/2019, o benefício estava vigente.

Por fim, diz que, diante das respostas acima apresentadas, onde contesta a argumentação apresentada, pede a manutenção parcial do presente processo fiscal. É o que diz ser sua Informação Fiscal.

À fls. 253/265 dos autos, vê-se manifestação do sujeito passivo arguindo a exclusão dos seus administradores do polo passivo.

Momento seguinte, destaca que, em atenção ao princípio da eventualidade, no caso de não serem acatadas as suas considerações de exclusão dos seus administradores, diz que mantém todas as suas razões de fato e de direito relacionadas a lavratura do Auto de Infração, em tela, já apresentadas na defesa vinculada ao Processo Administrativo nº 133414/2019, acima descrita no início deste relatório.

VOTO

Versa a autuação sobre a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo aos DANFES nºs 213328, 213329, 213330, 213331, 213332, 2807, 2808, 2812, 213595, 213596, 16647, 16671, 391, 214282, 214283, 214284, 214285, 214286, 214394, 214395, 214396, 214397, 214926, 214927, 214928, 527117, 135655, 527652 e 527877, descritos na inicial e constantes das fls. 15/63 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$170.953,85, com enquadramento na alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inc. III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96 e multa de 60% tipificada na alínea “d”, do inc. II, do art. 42 do mesmo diploma legal.

A lavratura do Auto de Infração, em tela, resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/Metro para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 1754239002163-2019313, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo aos DANFES nºs 213328,

213329, 213330, 213331, 213332, 2807, 2808, 2812, 213595, 213596, 16647, 16671, 391, 214282, 214283, 214284, 214285, 214286, 214394, 214395, 214396, 214397, 214926, 214927, 214928, 527117, 135655, 527652 e 527877, descritos na inicial e constantes das fls. 15/63 dos autos.

Inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, 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 um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma “Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias”, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto, não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados, com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 14/03/2019, o MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 1754239002163-2019313, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, datado de 13/03/2019, determinante da ação fiscal e o trânsito das mercadorias constantes dos DANFES 213328, 213329, 213330, 213331, 213332, 2807, 2808, 2812, 213595, 213596, 16647, 16671, 391, 214282, 214283, 214284, 214285, 214286, 214394, 214395, 214396, 214397, 214926, 214927, 214928, 527117, 135655, 527652 e 527877 descritos na inicial e constantes das fls. 15/63 dos autos, objetos da autuação, pois, os mesmos foram emitidos em 07/02/2019, 08/02/2019, 09/02/2019, 14/02/2019, 18/02/2019, 19/02/2019, 20/02/2019, 26/02/2019, 27/02/2019, 08/03/2019 e 12/03/2019, e saídas na mesma data, de seu Estado de origem, com destino ao Contribuinte Autuado, REFRIGERAÇÃO DUFRIO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA, estabelecido neste Estado.

Vê-se, então, que o procedimento fiscal, em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata, visando à averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial do imposto, decorrente de entradas de mercadorias, no território deste Estado, praticadas por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Neste contexto, não se tratando de uma operação de trânsito de mercadoria, cabe o entendimento de considerar a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS como incompatível para o procedimento fiscal de apuração decorrente do exame de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo à adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais.

Registro que, na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal na forma a seguir destacada:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade

objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único do art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos)

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (Grifos acrescidos)

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

No caso em exame, verifico que o Auto de Infração resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito (IFMT METRO) para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 1754239002163-2019313, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, datado de 13/03/2019, tendo como indícios a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo aos DANFES constantes do demonstrativo “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” às fls. 10/14 dos autos.

Neste contexto, embora a ação fiscal tenha sido desenvolvida pela equipe de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, a análise documental dos autos não demonstra ter sido uma operação de irregularidades no trânsito de mercadoria, e sim um procedimento fiscal de apuração de irregularidades aplicável à fiscalização de estabelecimento.

Em sendo assim, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo agente Fiscal foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, resta evidenciada a existência de vício na constituição do lançamento que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Seguindo essa trilha de entendimento, não obstante as considerações até aqui traçadas, observo que o Auto de Infração, em tela, foi lavrado por Agente de Tributos Estaduais, como se os fatos apurados tenham ocorrido no trânsito de mercadoria, o que não foi. Consta, todavia, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, à luz do documento de fls. 8/9 dos autos, ser o autuado, inscrito no Cadastro Estadual na condição de empresa normal, com o registro de opção de apuração do imposto por conta corrente fiscal, no âmbito do Estado da Bahia.

Isto posto, é necessário apontar na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa, a competência para realizar o presente lançamento tributário.

O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81 estabelece no art. 107, a citada competência para a constituição de créditos tributários a partir de 01/07/2009, com a vigência da Lei nº 11.470/09.

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

§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. (Grifos acrescidos)

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

Tais determinações foram absorvidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, que 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 dos dispositivos legais acima destacados, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente de o contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece, aos Agentes de Tributos Estaduais, a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Logo, o presente Auto de Infração não poderia ter sido lavrado por Agente de Tributos.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade do Auto de Infração, em tela, com fundamento no art. 18, incisos I e II, do RPAF/BA, aprovado Decreto nº 7.629/99, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo agente Fiscal foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, restando evidenciada a existência de vício na constituição do lançamento que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.0021/19-1**, lavrado contra **REFRIGERAÇÃO DUFRIO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR