

PROCESSO - A. I. Nº 225414.0157/19-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INFOTEL COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0016-04/20
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0305-11/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração, específico para Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. 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 Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão de piso (Acórdão 4ª JJF Nº 0016-04/20), que julgou o Auto de Infração por unanimidade dar total Nulo, lavrado em 21/05/2019, para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$327.340,55, mês de maio de 2019, tendo em vista a seguinte infração abaixo descrita:

Trata o presente de “Auto de Infração – *Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado*”.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 29/01/2020 (fls. 86 a 89), e, decidiu pela Nulo total do Auto de Infração nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O atuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que não foi observado “por inteiro” pelo atuante o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Dito isto, vejo que consoante posto no início do relatório que antecede o presente voto, o modelo de Auto de Infração utilizado na autuação se refere a “AUTO DE INFRAÇÃO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS”, portanto, aplicável às ocorrências no trânsito de mercadorias.

Está posto na descrição dos fatos, que o lançamento teve como base a “Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. Ação Fiscal originária do C.O.E. – Central de Operações Estaduais, conforme Mandado de Fiscalização nº 7640726000219-2019512. DANFES: Vários conforme demonstrativos anexos. Mercadoria: Várias”.

Do exame no referido Mandado de Fiscalização, fl. 05, oriundo da SAT/Diretoria de Planejamento de Fiscalização, tem-se que o mesmo está direcionado a Infaz Varejo/DAT Metro, com a seguinte recomendação: “Requer que se cumpra o Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço). Monitoramento através Regime Sumário Apuração do ICMS – Art. 318 do RICMS/BA. Operação de Circulação de Mercadorias com viés de Risco de Sonegação”.

No Art. 318 supramencionado, está expreso que:

Art. 318. No regime sumário de apuração, o imposto a recolher resultará da diferença a mais entre o valor do ICMS relativo à operação ou prestação a tributar e o relativo a operação ou prestação anterior, efetuada com as mesmas mercadorias ou seus insumos ou com o mesmo serviço, e se aplicará nas seguintes hipóteses:

I - operações e prestações sujeitas à antecipação tributária;

II – (...)

III - operações ou prestações realizadas por contribuintes não inscritos ou em situação irregular no cadastro estadual.

Por sua vez o COE encaminhou uma listagem à INFAZ Varejo, fls. 15 e seguintes, contendo a indicação de 37 (trinta e sete) DANFES para constituição de crédito fiscal, emitidos no decorrer dos meses de abril e maio de 2019, o que significa dizer, que não se trata de operações verificadas no trânsito de mercadorias, mas, detectadas em momento posterior ao ingresso das mesmas no território deste Estado, portanto, já internalizadas.

Assim é que, diante dos fatos acima delineados, dúvidas não restam que os fatos apurados não se deram através de fiscalização no trânsito de mercadorias, mas, com base em documentos arrecadados pelo COE e encaminhados para verificação fiscal no sentido de que fosse verificado se o imposto decorrente dessas aquisições foi adimplido pelo sujeito passivo.

Por outro lado, o estabelecimento do autuado se encontra inscrito na SEFAZ na condição de “Normal”, com forma de pagamento do imposto através da apuração via conta corrente fiscal.

É sabido que para as ocorrências detectadas no trânsito de mercadorias, sua apuração compete aos agentes de tributos, com previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no Art. 42, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para 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, valendo consignar que o que caracteriza a situação de mercadorias em trânsito, não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração próprio para as ações do trânsito, mas sim o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que efetivamente não ocorreu no presente caso.

Por oportuno, destaco que o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado através de análises e cruzamentos prévios das informações, mediante critérios de relevância e risco da mercadoria, do contribuinte e do transportador, sendo que, tal monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como risco de sonegação, ou seja, em momento algum o referido Decreto nº 14.208/12, buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria, para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário, e ainda assim continuarem a ser consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

Neste contexto, restou claro que, no caso sob análise, não se trata de conduta infracional ocorrida no trânsito de mercadorias, e sendo o autuado inscrito no Cadastro de Contribuinte na condição “normal”, não poderia o Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, consoante a Lei nº 11.470/09 e o próprio RPAF-BA/99.

Assim é que, nesse sentido, a competência legal do Estado da Bahia para que agentes de tributos pudessem fazer lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09, com vigência a partir de 1º de julho de 2009, que transferiu parcela da atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos auditores fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, conforme a seguir transcrito:

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.

Portanto, como já dito linhas acima, ao agente de tributos foi atribuída a prerrogativa de lavrar Auto de Infração, constituindo crédito tributário somente quando na fiscalização de mercadorias em trânsito ou quando em estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, o que não é o caso do contribuinte autuado, enquanto que a competência da função fiscalizadora nos estabelecimentos, excetuados aqueles designados aos Agentes de Tributos, deve ser exercida exclusivamente por auditores fiscais

(Art. 1º, § 2º da Lei nº 11.470/09).

Assim, o presente Auto de Infração, não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência, pois a auditoria que se destina à verificação do valor de ICMS após a entrada da mercadoria no estabelecimento autuado é atividade típica concernente aos auditores fiscais, agentes públicos estritamente vinculados ao Princípio da Legalidade.

Desta maneira, e por restar caracterizado que este Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal incompetente, pois em desacordo com as disposições da Lei nº 11.470/09, entendo que deve ser decretada a nulidade do mesmo.

Por oportuno, destaco que ocorrências idênticas a presente, contra este mesmo autuado, já foram objeto de julgamento por este CONSEF, conforme Acórdãos JJF nºs 0006-01/19 e 0172-01/18, tendo, ambos, também decidido pela nulidade dos respectivos autos de infração, situação esta que se repetiu em outros julgados consoante se pode constatar através dos Acórdãos nºs JJF 0093-06/16, 0223-03/16, 0125-03/17 e CJF 0037-12/17.

Em conclusão, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração, e nos termos do Art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente que determine a realização de novo procedimento fiscal, desta vez a ser realizado em fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas. “

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0016-04/20), desonerou o sujeito passivo, decidindo pela Nulidade do Auto de Infração, extinguindo o crédito tributário de R\$537.624,11, valor atualizado à data do julgamento (folha 91), fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta da autuada foi descrita como “Infração 01 - *Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.*”

O Sujeito Passivo apresenta oposição ao lançamento (folha 57), alegando a anulação do presente Auto de Infração, no seguinte termo:

I) “ Não foi observado “por inteiro” pelo autuante o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto 7.629/99. “

O Autuante declarou, em sua “informação fiscal” (folha 81), o seguinte:

I) “As mercadorias adquiridas pelo autuado para comercialização se referem a Aparelhos, Componentes e Acessórios de Reprodução de Som, discriminados nos DANFES a NCM, são produtos sujeitos a substituição tributária elencados no Anexo I do RICMS/BA, pontuando que no mencionado Anexo não cabe espaço para descrição dos fatos conforme solicitado pelo autuado. E,

II) O autuado se encontra com a situação cadastral na condição de “descredenciado” razão pela qual deveria recolher o ICMS na primeira repartição fazendária ou do percurso. Com esses argumentos suscitou a procedência do Auto de Infração. “

Em análise proferida pela 4ª JJF, e, examinando os argumentos e informações do autuante, no que tange à infração 1, bem como as argumentações por parte do sujeito passivo, concluo o seguinte:

I) A data da ocorrência e lavratura apontada na Infração 1 é 21/05/2019, e, por sua vez, há indicação na lide que a *Central de Operações Estaduais (COE)*, através do *Mandado de Fiscalização nº 7640726000219-2019512*, (folha 05), encaminhou relatório fiscais (folhas 13 a 53), cuja data é 12/05/2019, à INFAZ Varejo, contendo a indicação dos DANFES para constituição de crédito fiscal, emitidos no decorrer dos meses de abril e maio de 2019, fato este que comprova ao entendimento de que as mercadorias já estavam ingressadas no território deste estado, afastando a possibilidade de se tratar de operações fiscais no trânsito de mercadorias, perfazendo razão ao entendimento da 4ª JJF. E,

II) Afastando a possibilidade de se tratar de “AUTO DE INFRAÇÃO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS”, sendo o contribuinte autuado inscrito na SEFAZ/Ba., na condição de

“Normal”, e, não optante pelo Simples Nacional, conforme abaixo demonstrado. Cabe acrescentar ainda, que o presente lançamento de crédito tributário padece de mácula de maior importância pela falta de competência do agente lançador “ATE - agente de tributos estadual”, em razão do mesmo não gozar de legitimidade ativa de autoridade coatora, cabendo apenas aos “ Auditores Fiscais”, conforme preceitua o RPAF/Ba., art. 42, I e II. Corroborando com o entendimento da 4ª JF.

< Receita Federal >

Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ: 07.640.726/0001-38

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial: **INFOTEL COMERCIO DE ELETRONICOS LTDA.**

Situação Atual

Situação no Simples Nacional: **NÃO optante pelo Simples Nacional**

Situação no SIMEI: **NÃO enquadrado no SIMEI**

E,

CNPJ: 07.640.726/0002-19

Inscrição Estadual: 003.313.406 NO

Razão Social: INFOTEL COMERCIO DE ELETRONICOS LTDA.

Nome Fantasia: SHOPTEM

Natureza Jurídica: SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP METRO

Condição: NORMAL

Forma de pagamento: C/CORRENTE FISCAL

Situação Cadastral Vigente: ATIVO

Data desta Situação Cadastral: 23/03/2018

Diante dos elementos acostados à lide, entendo serem suficientes para se determinar com segurança, em favor do contribuinte autuado, a Improcedência do Auto de Infração, não merecendo reparo a Decisão recorrida, ao tempo em que recomendo, à autoridade competente, que determine a realização de novo procedimento fiscal, desta vez a ser realizado em fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **225414.0157/19-3**, lavrado contra **INFOTEL COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA.** Recomenda-se à autoridade competente, que determine a instauração de novo procedimento fiscal, em fiscalização em estabelecimento, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CLÁUDIO JOSÉ SILVEIRA PINTO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE /PROFIS