

**A. I. N°** - 213080.0057/19-7  
**AUTUADO** - IRSA ROLAMENTOS S/A.  
**AUTUANTE** - ORLANDINA FERREIRA DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 20/07/2020

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0071-04/20-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. 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 n° 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. Auto de Infração **NULO**, conforme dispõe o Art. 18, I do RPAF/BA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente, de Auto de Infração expedido em 16/05/2019 pela IFMT METRO, para exigir crédito tributário no valor de R\$93.047,79, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha ou requisitos previstos pela legislação fiscal”*.

Consta, a título de descrição dos fatos: *“A empresa encontra-se DESCREDENCIADA no cadastro da SEFAZ, mercadorias incluídas na antecipação total, sendo que a mesma não recolheu o imposto devido tempestivamente. Mandado de Fiscalização COE n° 57496580000152-2019512, DANFE's n°s 161376, 161368, 161365, 161381, 161471, 161450, 161449 e 161444”*.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 31 e 32, pontuando que teve sua mercadoria apreendida no posto fiscal Honorato Viana em 08/05/2019. Em vista disto solicitou a emissão do DAE para pagamento, o que foi feito de imediato no valor de R\$47.411,22, referente aos DANFES n°s 161368, 161365, 161376, 161381, 161471, 161517, 16450, 161449 e 161444, referente ao período de apuração 05/19, contidos nos PAFs n°s 15227000131/19-0, 21131100406/19-1 e 21131100408/19-4, todos pagos conforme comprovantes anexos, fls. 37 a 48.

Acrescentou que após a regularização do débito expressos nos referidos PAFs e a liberação das mercadorias, não pode extrair sua certidão negativa de débito, pois foi lavrado novo Auto de Infração, o de n° 213080.0057/19-7 incidindo sobre as mesmas notas fiscais já constantes nos autos anteriores, acima indicados, situação esta que caracteriza bitributação.

Concluiu requerendo o cancelamento do presente Auto de Infração.

A autuante apresentou a Informação Fiscal de fl. 50, disse que analisando os elementos relacionados aos processos mencionados pela defesa, entendeu que o presente Auto de Infração tem como objetivo preponderante a cobrança de ICMS por antecipação total de mercadorias sujeitas a este regime, portanto considerada correta a exigência fiscal, razão pela qual mantém a autuação em sua inteireza.

## VOTO

Alegou o autuado que as notas fiscais consideradas na presente autuação, ocorrida em 16/05/19, a título de falta de pagamento do ICMS por **antecipação tributária total**, já foram objeto de autuações anteriores, levadas a efeito pela Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, quando naquelas oportunidades ocorreu a apreensão das mesmas no posto fiscal Honorato Viana, cujo imposto exigido **sobre os mesmos documentos fiscais, a título de antecipação tributária parcial**, fora integralmente pago, consoante documentos constantes nestes autos.

A autuante manteve a autuação, por considerar que o que ora se exige sobre os mesmos documentos fiscais, é ICMS por **antecipação tributária total**, enquanto nos autos anteriores as exigências recaíram sobre **antecipação tributária parcial**.

Fato é, que a situação aqui esposada demonstra uma total insegurança jurídica, na medida em que a SEFAZ exigiu sobre as mesmas operações de entradas, imposto por antecipação tributária parcial pago pelo autuado, e imposto a título de antecipação tributária total, aqui discutido.

Em princípio, esta seria uma questão a ser analisada no sentido de qual seria a correta exigência tributária e sua repercussão, pelo fato do autuado ter pago os autos de infração anteriores, inclusive para efeito de liberação das mercadorias anteriormente apreendidas, incidentes sobre os mesmos documentos fiscais constantes na presente autuação.

Entretanto, uma questão importante carece de ser examinada. Note-se que as autuações refletidas nas Notificações Fiscais n<sup>os</sup> 15227000131/19-0, 21131100406/19-1 e 21131100408/19-4 ocorreram em 16/05/19, mesma data do presente Auto de Infração, e outra em 13/05/19, as quais, de fato, ocorreram no âmbito do Trânsito de Mercadorias.

Já o Auto de Infração que ora se examina, apesar de indicar que fora lavrado na IFMT Metro, também em 16/05/19, mesma data de duas das notificações citadas, se louvou em um Mandado de Fiscalização expedido pela Central de Operações Estaduais, que remeteu tal mandato à Infaz Varejo – DAT Metro, para que fosse cumprido o Mandado de Fiscalização através do Regime Sumário de Apuração do ICMS, previsto pelo Art. 318 do RICMS/BA.

Isto posto, tem-se que as Notificações Fiscais anteriormente expedidas, que abrangeram os mesmos documentos fiscais constantes do presente auto de infração, ocorreram, de fato, no âmbito do Trânsito de Mercadorias, enquanto que o Auto de Infração sob análise, quando da sua expedição as mercadorias já estavam internalizadas, portanto, fora da alçada do Trânsito de Mercadorias.

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.

Neste sentido, destaco que para que se tratasse de fiscalização ocorrida no âmbito do trânsito de mercadorias, a legislação tributária estadual vigente, em especial o Art. 27 do RPAF/BA, determina os termos e atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, sendo que, no caso de fiscalização de trânsito de mercadorias, exige que sejam lavrados Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão das mercadorias que constituam prova material de infração, o que não ocorreu no presente caso.

Está posto na descrição dos fatos que o lançamento teve como base a seguinte infração “*A empresa encontra-se DESCRENCIADA no cadastro da SEFAZ, mercadorias incluídas na antecipação total, sendo que a mesma não recolheu o imposto devido tempestivamente. Mandado de Fiscalização COE nº 57496580000152-2019512, DANFE's n<sup>os</sup> 161376, 161368, 161365, 161381, 161471, 161450, 161449 e 161444*”.

Do exame no referido Mandado de Fiscalização, fl. 03, 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 expresso 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 à 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. 04, contendo a indicação dos DANFES para constituição de crédito fiscal, emitidos entre os dias 06 e 08/05/19, 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 das questões acima delineadas, dúvidas não restam que os fatos apurados pela presente autuação 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 observado 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 a apuração das ocorrências detectadas no trânsito de mercadorias, 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.

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 à presente já foram objeto de julgamento por este CONSEF, conforme Acórdãos 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, por exemplo, através dos Acórdãos nºs JJF 0093-06/16, 0223-03/16, 0125-03/17, 0044-05/19, 0047-05/19, 0030-02/20, 0024-03/20 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0057/19-7**, lavrado contra **IRSA ROLAMENTOS S/A**. Recomenda-se à autoridade competente que determine a instauração de novo procedimento fiscal, em fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR