

A. I. Nº - 232207.0042/19-6
AUTUADO - DFA BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-04/20-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 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. Auto de Infração **NULO**, conforme dispõe o Art. 18, I do RPAF/BA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de “*AUTO DE INFRAÇÃO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS*”, expedido em 12/06/2019 pela IFMT METRO, para exigir crédito tributário no valor de R\$36.785,36, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte acusação: “*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 que não preencha ou requisitos previstos pela legislação fiscal*”.

Consta, a título de descrição dos fatos: “*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 que não preencha ou requisitos previstos pela legislação fiscal. TAO: Ação originária do COE conf Mandado de Fiscalização 20422292003183-201967.DANFES:233471/381922/213360/4709212/4709372/843797/85920/18486/3621/3620/3622/4716032*”.

O autuado foi notificado do lançamento em 22/08/2019 e em 21/10/19 ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 39 a 43, a qual foi ratificada, devidamente assinada, às fls. 100 a 104, onde, após efetuar uma síntese dos fatos, adentrou ao mérito da autuação, pontuando que o autuante listou 12 (doze) DANFes que não teriam sido objeto de recolhimento de ICMS, entretanto, conforme diz comprovar através de cópias de DANFES anexas e de DAES respectivos, efetuou o recolhimento integralmente em relação a 08 (oito) dos documentos fiscais objeto da autuação, os quais relacionou.

Desta maneira, invocou o regramento constante do art. 156, I do Código Tributário Nacional, requerendo a extinção do crédito tributário em relação aos mesmos ante ao pagamento efetuado.

No tocante aos DANFES nºs 233471, 85920, 213360 e 4716032 diz que não localizou os pagamentos razão pela qual requereu que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, requerendo a emissão do DAE para fim de pagamento.

O autuante prestou a Informação Fiscal de fls. 165 e 166, citando que após verificação comprovou que todos os DANFES que efetivamente foram pagos, isto ocorreu após a data da lavratura do Auto de Infração, exceto em relação ao DANFE nº 18486 de 12/06/2019 que fora pago antes da ação fiscal.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$35.568,97 de acordo com o demonstrativo de fl. 167.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, diz respeito à *“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 que não preencha ou requisitos previstos pela legislação fiscal”*, razão pela qual, foi lançado ICMS no total de R\$36.785,36, com data de ocorrência em 12/06/2019.

Considero importante destacar algumas ocorrências importantes relacionadas ao presente feito. Assim é que, em primeiro lugar, observo que apesar do Auto de Infração ter sido lavrado com data de 12/06/19, a ciência/notificação ao autuado da sua lavratura só ocorreu em 22/08/19, consoante se comprova através do Aviso de Recebimento – AR de fl. 33.

O Termo de Ocorrência Fiscal constante à fl. 06, também datado de 12/06/19, não apresenta qualquer eficácia, visto que não contém assinatura do autuado ou de seu representante legal.

Os recolhimentos efetuados pelo autuado ocorreram da seguinte forma: em 09/07/2019 R\$2.876,10; 26/08/19 R\$23.894,19; 12/06/19 R\$1.216,39; 21/06/19 em 09/07/2019 R\$2.876,10; 26/08/19 R\$23.894,19; 12/06/19 R\$1.216,39; 21/06/19 6.175,89; 25/07/19 R\$27.825,27 e 09/08/19 R\$1.681,66.

Desta maneira, como o autuado somente foi cientificado da ação fiscal e respectivo lançamento em 22/08/19, dos pagamentos acima relacionados, apenas o ocorrido em 26/08/19, no valor de R\$23.894,19, ocorreu após a notificação do lançamento. Entretanto, no rol dos documentos fiscais incluídos neste pagamento, fl. 151, apenas o referente ao DANFE nº 4709372 é que se está exigindo pagamento da diferença no valor de R\$889,97.

Entretanto, após as ponderações supra postas, meramente a fim de esclarecimento, vejo que uma questão importante carece de ser ressaltada e examinada. O Auto de Infração que ora se aprecia, apesar de indicar que fora lavrado na IFMT METRO, se lavrou em um Mandado de Fiscalização expedido pela Central de Operações Estaduais, com data de impressão em 07/06/2019, com a indicação de um ***passível crédito a ser constituído no montante de R\$85.618,75***, referentes a diversas operações listadas no *“Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF”*, fls. 24 a 26, ocorridas entre os dias 30/05/2019 a 06/06/2019, o qual foi remetido 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, sendo que, após as análises levadas a efeito pelo autuante, foi apurado um valor a ser pago a título de antecipação parcial na ordem de R\$36.785,36, diferentemente, portanto, do valor acima sugerido pelo COE.

Isto posto, tem-se que as operações abrangidas no presente Auto de Infração referem-se a mercadorias que já se encontravam internalizadas neste Estado, 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 falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, entretanto, não apontou qual o requisito não preenchido.

Do exame no referido Mandado de Fiscalização, fl. 03, oriundo da SAT/Diretoria de Planejamento de Fiscalização, tem-se que o mesmo está direcionado à 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 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. 24 a 26, contendo a indicação de diversos DANFES para constituição de crédito fiscal, emitidos entre os dias 30/05/19 a 06/06/19, contendo a observação *“ICMS não antecipado – Empresa Normal”*, 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, volto a destacar que o estabelecimento autuado se encontra inscrito na SEFAZ na condição de “Normal”, com forma de pagamento do imposto através da apuração via conta corrente fiscal, consoante se verifica em sua ficha de Dados cadastrais, de fl. 28.

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 à 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, para efeito de verificação do adimplemento pelo autuado das obrigações pertinentes às operações abrangidas na presente autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232207.0042/19-6**, lavrado contra **DFA BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente que determine a instauração de novo procedimento fiscal, em fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas, na forma acima consignada.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR