

A. I. N° - 217449.0068/19-8
AUTUADO - LIVETECH DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S. A.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0130-03/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. Verificado que os atos fiscalizatórios, que culminaram na lavratura do Auto de Infração, foram efetuados por servidor sem competência legal, 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 na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Ademais, não consta do processo o demonstrativo de débito que serve de base à autuação. Falta de clareza na apuração do valor da base de cálculo. Lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 15/05/2019, e exige crédito tributário no valor de R\$62.465,18, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, pela aquisição de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, enquadrada na legislação interna no regime da substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, no mês de maio de 2019, DANFs fls. 11/23, Termo de Ocorrência fiscal n° 217449.1012/19-6 fls.03/07. Consta na descrição dos fatos, que foi constatado em consulta ao Sistema de NFe, que os DANFe não possuem evento de MDFe – (descredenciado –limite de crédito), nos termos do art. 309, § 9º, c/c o art. 332 § 2º do RICMS/12. (Infração 54.05.10).

O Autuado impugna o lançamento fiscal fls.43/44. Esclarece que efetuou o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial previsto na alteração n° 52 do RICMS/BA através de DAE cuja cópia anexa, código 2175, em 25/06/2019 e que tal recolhimento se refere às notas fiscais 7514, 7632, 7649, 8276, 8279, 8293, 8294 e 8300 no valor de R\$113.584,08, porém a fiscalização acresce os documentos de n° 7572, 8292, 8299, 37447.

Diz ter identificado que diversos de seus produtos adquiridos interestadualmente através das notas fiscais mencionadas, estão enquadrados na redução de base de cálculo prevista no art. 266, § XIII, do RICMS/BA, que reduz a carga tributária interna para 12%, porém essa premissa não foi considerada no cálculo de ICMS antecipação parcial devido.

Questiona a multa de 60% aplicada sobre uma suposta obrigação, que diz ter sido cumprida conforme DAE apresentado.

Requer a baixa dos valores apontados como débito da empresa autuada, conforme demonstrativo que acosta aos autos, com a composição por nota fiscal e produtos, com os respectivos DANFES e DAES fls. 45/54.

O Autuante presta a informação fiscal fls.60/64. Descreve os fatos. Sintetiza a defesa. Diz que vem prestar a informação fiscal, rebatendo a impugnação pelos motivos seguintes.

Afirma que através do Mandando de Fiscalização/COE nº 5917446000817-2019514 referente as mercadorias constantes dos Danfes chaves relacionadas na Lista para Constituição de Crédito em anexo e o Termo de fiscalização, através do COE (Central de Operações Especiais) via rastreamento e cruzamento de dados, constatou-se que o contribuinte deixou de emitir o MDFe para acobertar a operação, sendo obrigado a efetuar a antecipação tributária do ICMS considerando o descredenciamento, por não preencher os requisitos legais previstos na legislação.

A alegação de nulidade e improcedência da ação fiscal feita pela defesa, não procede, tendo em vista que a autuação contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Cita o CTN art. 123 e 124 que trata da responsabilidade por solidariedade e o art. 5º da LC 87/95; o art. 39 I “d” do RICMS/BA e a Súmula 03 do CONSEF.

Frisa que não houve qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. O autuado foi devidamente cientificado através de seu representante legal e deferido o requerimento de fiel depositário, sendo as mercadorias liberadas, sendo cientificado do prazo de 60 dias para apresentação da defesa administrativa.

Informa que a ciência do autuado foi feita através de “AR” / CORREIOS, mas sem sucesso, uma vez que a empresa funciona em local diverso do cadastrado na SEFAZ. Diz ter respeitado os princípios constitucionais tributários, não ocorrendo nenhuma violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Informa ter realizado diligência *in loco*, constatando que a empresa não funciona no endereço cadastrado no Sistema da SEFAZ/BA, e sim, em outro endereço dentro de uma transportadora denominada TopLog.

Explica que a NFe é disciplinada pelo Protocolo ICMS 10/07 e suas alterações, Ajuste do SINIEF e Atos COTEPE, contendo todos os requisitos e obrigatoriedade para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória de tais documentos. Descreve o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica). Explica ser de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, servindo para aferir se a nota fiscal eletrônica se refere àquela mercadoria indicada no documento. É utilizado para efetuar o registro de passagem pelos Postos Fiscais, através do código de barra, 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento. Afirma que a fiscalização tenta inibir a utilização ilícita de um mesmo DANFE, em mais de uma viagem, por meio de carimbo e chancelas eletrônicas. Esclarece que a placa do veículo transportador é uma obrigatoriedade que deve constar no documento fiscal que acompanha a mercadoria, consoante previsto no Ajuste SINIEF S/N, vinculando o veículo transportador ao Documento Fiscal, tendo como objetivo, coibir a prática ilícita de utilizar documentos fiscais de um veículo, em outras operações com veículos diversos.

Prossegue afirmando que o RICMS/BA no art. 332 § 2º, determina a obrigatoriedade da emissão do MDFe para que a operação interestadual preencha os requisitos previstos na legislação. A falta de emissão do MDFe para acobertar a operação interestadual, deixa a empresa na condição de descredenciada para a operação, devendo efetuar a antecipação tributária antes da entrada em território estadual.

Esclarece que a combinação do art. 332, § 2º, com o art. 309 § 9º, que reproduz, ainda permite condicionar a compensação do crédito na operação interestadual, com a efetiva da movimentação através da emissão do MDFe. Na presente autuação, diz que orientado pelo princípio da razoabilidade foi concedido os créditos e cobrado a antecipação tributária do ICMS devida.

Sobre a alegação defensiva de que efetuou o pagamento espontâneo através do DAE 1903928814 em 25/06/2019, o pagamento foi efetuado após a ação fiscal de 15/05/2019, não sendo suficiente para elidir a autuação, uma vez que o fator gerador foi a entrada em território baiano, sem o respectivo pagamento através de DAE ou GNRE, visto que não preenche os requisitos legais para a antecipação tributária estando a operação desacoberto do MDFe e o recolhimento efetuado pela autuada após 40 dias da autuação não legaliza a operação.

Esclarece que a falta do MDFe válido para acobertar a operação, permite o enquadramento legal da empresa, na condição de contribuinte que não preenche os requisitos legais para a operação, conforme previsto no art. 332 § 2º- A. O benefício para recolhimento do imposto dia 25 do mês seguinte, somente será concedido se houver emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal da operação, ainda que o contribuinte atenda aos requisitos definidos no referido dispositivo.

Assevera que a emissão do MDFe além de obrigatório é de fundamental importância para o controle e fiscalização no trânsito das mercadorias, visto ser uma declaração de que o DANFe entrou em circulação e o encerramento do MDFe, onde o transportador declara que a operação foi encerrada com a entrega da mercadoria ao destinatário. A alteração da legislação que passou a cobrar a antecipação tributária dos DANFes sem MDFe vinculados é uma medida eficaz para coibir a reutilização dos Danfes e impedir a utilização de créditos indevido de empresas fantasmas.

Acrescenta que a constatação de que a empresa funciona em local diverso do registrado no Sistema SEFAZ/BA, já configura o dolo das atividades desenvolvidas pela empresa, uma vez que o real endereço não possui nenhuma relação direta com a empresa e sim, com uma transportadora que não preenche os requisitos legais para logística. A autuada utiliza o nome fantasia de WDC Networkse verificação do cadastro no Sistema SEFAZ/BA onde consta que não possui nome fantasia registrado. Aduz que a empresa recebeu a notificação em tempo hábil, como não funciona no endereço cadastrado, o “AR” do correio foi enviado aos endereços dos sócios.

Sobre a multa aplicada cita o art.42 da lei 7.014/96, e o art. 45 do mesmo diploma legal sobre as reduções previstas, portanto diz que o valor exigido em nenhum momento é arbitrário.

Afirma que as planilhas do COE que anexa demonstra todos os cálculos e verificação se houve recolhimento e a situação de regularidade das operações, permitindo através do sistema das Planilhas de Constituição de Crédito/COE, reclamar o crédito tributário devido.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o autuado de falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, enquadrada na legislação interna no regime da substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. no mês de maio de 2019, DANFs fls. 11/23, Termo de Ocorrência fiscal nº 217449.1012/19-6 fls.03/07. Preliminarmente, da análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato falhas que se revelam insanáveis ferindo de nulidade o lançamento de ofício, visto que violam pressupostos de validade previstos no art. 18 do RPAF/99. Senão vejamos.

Consta na descrição dos fatos, que foi constatado em consulta ao Sistema de NFe, que serviram de base para autuação, os DANFe apensados às fls.11/23 e o resumo para constituição do crédito nos termos do relatório recebido do COE – Central de Operações Estaduais, com a informação de que para os citados DANFe, inexistiam os respectivos MDFe, o que pela sua ausência, obriga o contribuinte a recolher o ICMS antecipação, na entrada do território baiano.

Consta ainda deste processo, a emissão de Ordem de Serviço pela Inspetoria autorizando a ação fiscal. As mercadorias não foram apreendidas, sendo acostado para caracterizar a operação, um Termo de Ocorrência Fiscal nº 217449.1012/19-6 fls.03/07, sem a assinatura do autuado.

Da análise dos citados elementos, constata-se no presente caso, que não se justifica a lavratura de Auto de Infração - Trânsito de Mercadorias, já que, de acordo com os documentos inseridos nos

autos, resta comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos. No caso presente, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, art. 42, inciso II, do RPAF/99, que 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, e a realização do lançamento tributário, já que de acordo com o extrato emitido pelo sistema INC- Informações do Contribuinte, desta SEFAZ, anexado à fl. 32 do PAF, se trata de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto.

Do dispositivo legal citado, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio, é atribuída exclusivamente, aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Por outro lado, os erros presentes neste processo, não se restringem ao fato retromencionado. Verifica-se que o Autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, pela aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, enquadradas na legislação interna, no regime da substituição tributária.

Entretanto, observo que o Autuante não acostou o demonstrativo de débito aos autos, para que se pudesse verificar a correção dos cálculos aplicados (MVA, redução de base de cálculo etc). Em sede de informação fiscal, assim explicou: *“...através do Mandando de Fiscalização/COE nº 5917446000817-2019514 referente as mercadorias constantes dos Danfes chaves relacionadas na Lista para Constituição de Crédito em anexo e o Termo de fiscalização, através do COE (Central de Operações Especiais) via rastreamento e cruzamento de dados, constatou-se que o contribuinte deixou de emitir o MDFe para acobertar a operação, sendo obrigado a efetuar a antecipação tributária do ICMS, considerando o descredenciamento, por não preencher os requisitos legais previstos na legislação”*.

Dessa forma, o Autuante utilizou para constituição do crédito, o resumo recebido do COE – Central de Operações Estaduais, que relaciona empresas omissas do recolhimento do ICMS antecipação parcial. Cabe salientar, que é desta irregularidade (omissão do ICMS antecipação parcial) que o contribuinte se defende.

O defendente alegou, que diversas de suas mercadorias objeto deste lançamento fiscal, adquiridos interestadualmente, através das notas fiscais mencionadas, estão enquadradas na redução de base de cálculo prevista no art. 266, § XIII, do RICMS/BA, que reduz a carga tributária interna para 12%, porém, essa premissa não foi considerada no cálculo de ICMS antecipação parcial devido, exigido pelo Autuante.

Em face da inexistência de demonstrativo de débito neste PAF, não se tem como confirmar esta alegação.

Em obediência a legislação tributária e da situação relatada, o presente Auto de Infração não pode subsistir devido a insegurança na quantificação da base de cálculo. Nos moldes como foi apurada a infração, a mesma foi feita sem observação dos requisitos essenciais, em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado, que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada e o *quantum* devido, pois não foi seguido o devido procedimento legal.

É importante ressaltar, que o Relatório que é disponibilizado pelo multicidado COE, serve como instrumento indiciário de possíveis irregularidades, relativamente ao rellhimento do ICMS pelas empresas indicadas, portanto, não se trata de um demonstrativo de débito. Cabe ao fiscal designado, ante aos dados e documentos apresentados, caracterizar objetivamente a infração, produzindo o levantamento fiscal em consonância com a legislação de regência, para cada caso.

Assim, a falta de demonstração da base de cálculo apurada e a falta de competência do Autuante neste caso, para realizar o presente lançamento de ofício, implicam ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa acarretando a nulidade do Auto de Infração.

A autuação em foco enquadra-se, na situação descrita na Súmula CONSEF nº 1:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Ante ao exposto, concluo após toda a análise acima discorrida, que a falta de demonstração de como se chegou à base de cálculo do imposto e da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Represento à autoridade competente que determine a renovação do procedimento para verificação dos reais fatos ocorridos, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 217449.0068/19-8, lavrado contra **LIVETECH DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S. A.**

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS — JULGADOR