

**A. I. Nº** - 108491.0134/19-3  
**AUTUADO** - FORNO DE MINAS ALIMENTOS S/A.  
**AUTUANTE** - AILDETE PORTO DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 16/12/2020

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0234-04/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO 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 da falha apontada. 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”, lavrado pela IFMT Metro em 21/05/2019, para exigir crédito tributário no montante de R\$42.970,74, em decorrência da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária 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”*. Consta como enquadramento legal o Art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso III, alínea “a”, §§ 2º e 3º do RICMS/BA.

Foi acrescentado na Descrição dos Fatos do Auto de Infração: “Ação originária do COE (Central de Operações Estaduais), conforme Mandado de Fiscalização 3870455001209-2019511, DANFES 367.266 e 371.309.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fl. 26, pontuando que efetuou o pagamento tempestivo do ICMS reclamado através do presente Auto de Infração combatido, nas datas de 17/04/2019 para o DANFe 367.266 e em 10/05/2019 para o DANFe 371.309, conforme documentos juntados às fls. 30 a 33.

Em 13/12/2019 o presente PAF foi convertido em diligência à IFMT Metro no sentido de que a autuante prestasse a Informação Fiscal vez que, o processo foi encaminhado para julgamento no CONSEF com ausência dessa peça obrigatória.

A autuante atendeu à solicitação supra, fls. 44 e 44v, citando que os valores dos DAES pagos pelo autuado foram considerados nos cálculos que efetuou quando da autuação, consoante consta à fl. 17 dos autos (memória de cálculo), razão pela qual mantém a autuação e pugnou pela Procedência do Auto de Infração.

#### **VOTO**

A presente acusação, consigna que o autuado não efetuou o recolhimento do ICMS, no valor de R\$42.970,74, na primeira repartição fazendária 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 defesa arguir que efetuou o recolhimento dos valores relacionados aos documentos fiscais objeto da autuação, ou seja, nas datas de 17/04/2019 para o DANFe 367.266 e em 10/05/2019 para o DANFe 371.309, conforme documentos juntados às fls. 30 a 33, enquanto que a autuante informou que esses valores recolhidos tempestivamente pelo autuado foram considerados nos cálculos que efetuou para efeito da exigência do ICMS ST, de acordo com a memória de cálculo constante à fl. 17.

Isto posto, observo que as questões acima delineadas, deveriam ser apreciadas quando da análise do mérito da autuação, entretanto, uma questão de fundamental importância, que envolve o aspecto formal do lançamento, carece de análise, o que passo a proceder.

Dito isto, vejo que 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 “*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 3870455001209-2019511, DANFES 367.266 e 371.309*”.

Do exame no referido Mandado de Fiscalização, fl. 05, 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 lista à INFAZ Varejo, fl. 08, apontando os DANFES objeto da autuação, com datas de emissão em 15/04/19 e 10/05/19, para efeito de constituição de crédito fiscal, o que significa dizer, que não se tratam de operações simultâneas verificadas no trânsito de mercadorias, mas, detectadas em momento posterior ao ingresso das mesmas no território deste Estado, portanto, já internalizadas, situação está confirmada pela própria autuante ao informar que na memória de cálculo que realizou, fl. 17, considerou, de forma dedutiva, o imposto já pago tempestivamente pelo autuado em relação aos documentos fiscais objeto da autuação.

Assim é que, diante do quanto acima delineado, 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 exame pela Infaz Varejo, 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 contribuinte “Normal”, com forma de pagamento do imposto através da apuração via conta corrente fiscal, conforme consta nos Dados Cadastrais de fl. 11.

Nestas circunstâncias, 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, e de forma relevante, registro que a matéria acima posta já foi objeto de pronunciamento pela PGE/PROFIS, emitido em processo distinto, porém, com a mesma identidade, consoante se pode extrair do Processo nº 2019.340022-D de 27/02/2019, relacionado ao Auto de Infração nº 2130800038/19-2, que trata de situação absolutamente idêntica à qual ora se enfrenta, e que resultou em Representação a este CONSEF mediante Parecer PROFIS/NCA-ACM nº 086/2019, de 10/02/2020, de onde se extrai em sua conclusão: ***“Destarte, diante da demonstração da ilegalidade veiculada no presente auto de infração, é que, som supedâneo no art. 119, II, c/c art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), representa está Procuradoria Fiscal ao Egrégio CONSEF para que seja anulado o presente lançamento, recomendando a autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimento”***, (grifo acrescido).

Finalmente, destaco de forma exemplificativa, que ocorrências idênticas à presente, já foram objeto de julgamento por este CONSEF, conforme Acórdãos 0006-01/19, 0172-01/18, 0093-06/16, 0223-03/16, 0125-03/17 e CJF 0037-12/17, onde foi decidido pela nulidade dos respectivos autos de infração.

Isto posto, e ante o vício insanável acima delineado, é que, com base no Art. 18, inciso I do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, e nos termos do Art. 21 do mesmo Regulamento, recomendo à autoridade competente, que determine a realização de novo procedimento fiscal, desta vez a ser realizado em fiscalização de estabelecimento, para fim de verificação se o imposto atinente ao presente Auto de Infração foi regularmente adimplido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 108491.0134/19-3, lavrado contra FORNO DE MINAS ALIMENTOS S/A. Recomenda-se à autoridade competente, que determine a instauração de novo procedimento fiscal, em fiscalização em estabelecimento, a salvo de falhas, na forma acima delineada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR