

A. I. Nº - 213080.0084/19-4
AUTUADO - CAMAN ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-04/21-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 09/08/2019, por servidora lotada na IFMT METRO, para exigir crédito tributário no valor de R\$34.458,26, 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 na legislação fiscal*”.

Consta, a título de descrição dos fatos: “*A empresa não possui regime especial de carnes, para pagamento posterior. Mandado de Fiscalização COE nº 29825928000197-2019613, DANFE’s nºs 127151, 5324, 126060 e 126797*”.

O autuado foi notificado do lançamento em 27/11/2019 e em 05/12/2019, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 23 a 26, onde, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, por incompetência do preposto fiscal que o expediu, ao argumento de que pelo fato da autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais, não possui legitimidade para desenvolver ação fiscal em seu estabelecimento.

Disse que não é optante do Simples Nacional e que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, mas sim, decorrente de Mandado de Fiscalização nº 29825928000197-2019613.

Adiante pontuou que a autuante informou que a base de cálculo foi calculada com base nos DANFE que citou, entretanto não teve acesso aos demonstrativos, senão o constante no próprio Auto de Infração, acrescentando que a autuante apresentou um simplório demonstrativo de débito que não atende ao exigido no § 1º do Art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, pois não é possível conhecer, com segurança, o montante do débito tributário, sendo nulo o lançamento fiscal.

Após pontuar que não foi atendido a regramento contido no inciso II do Art. 51 do RPAF/BA e que sendo a mercadoria adquirida para revenda, não foi observado o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que estabelece que o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação parcial, mas que, comprovadamente recolher o imposto nas

operações de saídas, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II do citado artigo.

Em conclusão pugnou pela nulidade do Auto de Infração e que as intimações e notificações sejam encaminhadas ao endereço profissional do representante legal que subscreveu a peça defensiva, o qual indicou.

Agente de Tributos estranha ao feito, designada para prestar a Informação Fiscal de fls. 35 e 36, disse que a questão principal se resume à exigência do imposto em razão do autuado se encontrar descredenciado, fato este que considera incontestável.

Acrescentou que os argumentos apresentados pelo autuado são de ordem formal os quais não podem ser questionados a não ser para efeito de procrastinação do julgamento, afirmando que as notas fiscais estão todas relacionadas, com indicação do infrator, a infração e os dispositivos legais infringidos, sendo a ação fiscal perfeita e cristalina, tratando-se de fato comprovado através de cópias dos referidos documentos constantes do processo.

Afirmou que o direito de defesa foi totalmente respeitado, cujo material colhido e apensado ao processo se constitui meio de prova contundente que não deixa nenhuma dúvida quanto à lisura do processo.

Ponderou que o autuado é sabedor de que estava em situação irregular de descredenciamento e o crédito reclamado está em conformidade com o previsto pelo Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, enquanto que o autuado procura de todas as formas de se eximir do pagamento da antecipação parcial.

Após transcrever os Arts. 274 e 332, III, “d” do RICMS/BA, concluiu afirmando que não há como se sustentar os argumentos defensivos.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira, OAB/BA nº 26.397, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

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\$34.458,26 com data de ocorrência em 10/05/2019.

Inicialmente, destaco que apesar do Auto de Infração ter sido considerado como lavrado na IFMT Metro – Trânsito de Mercadorias, em 10/09/2019, o autuado só tomou ciência do mesmo, na própria peça da autuação, em 27/11/2019, portanto, decorridos mais de 02 (dois) meses da lavratura, o que não se justifica para um Auto de Infração, dito de trânsito de mercadorias.

Acrescente-se a isto, que o único demonstrativo elaborado pela autuante, fl. 07, se refere a *“Tabela de cálculo para Substituição Tributária”*, cuja cópia não foi entregue ao autuado, e se refere a notas fiscais emitidas em maio e junho de 2019, onde consta que o ICMS foi pago em parte por antecipação tributária, exigindo-se apenas a diferença dita pago a menos. Apesar disto, ou seja, os cálculos terem sido efetuados para exigência de antecipação tributária total, inclusive com acréscimo de MVA, a acusação trata de falta de pagamento de antecipação parcial, fato este que, por se só, já implicaria em nulidade do Auto de Infração.

Entretanto, após as ponderações supra, vejo que uma questão importante e de maior relevância, carece de ser ressaltada e considerada. O Auto de Infração que ora se aprecia, apesar de indicar que fora lavrado na IFMT Metro, se louvou em um Mandado de Fiscalização expedido pela Central de Operações Estaduais, com data de impressão em 13/06/2019, com a indicação de um *“passível crédito a ser constituído no montante de R\$57.390,63”*, a título de falta de pagamento do

ICMS antecipação total, referente a diversas operações listadas no “*Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*”, fls. 4 e 4v, ocorridas entre os dias 10/05/2019 a 07/06/2019, 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, a autuante lançou o valor de R\$34.458,26 a título de pagamento efetuado a menos a título de antecipação parcial, diferentemente, portanto, do valor acima sugerido pelo COE.

Isto posto, à luz do quanto acima exposto, 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 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 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. 4 e 4v, contendo a indicação de quatro DANFES para constituição de crédito fiscal, emitidos entre os dias 10/05/19 e 07/06/19, contendo a observação “*ICMS não antecipado – contribuinte Ativo - Credenciado*” 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 Empresa de Pequeno Porte, **não optante do Simples Nacional**, com forma de apuração do imposto com base na conta corrente fiscal consoante se verifica em sua ficha de Dados cadastrais de fl. 06.

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 acima posta, isto é, não optante do Simples Nacional, não poderia o Auto de Infração ter sido 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 à presente, já foram objeto de julgamento por este CONSEF, conforme Acórdãos nºs 0006-01/19 e 0172-01/18, tendo, ambos, também decidido pela nulidade dos respectivos autos de infração, situação está 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.

Finalmente, e por se constituir fato de suma relevância, 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 esta 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).

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 **213080.0084/19-4**, lavrado contra **CAMAN ALIMENTOS EIRELI**. 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, 02 de fevereiro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR