

A. I. N° - 118505.0144/14-7
AUTUADO - LD COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CONFECÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 27/04/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0075-03/15

EMENTA: ICMS: NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18 IV, “a” do RPAF/BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/07/2014, reclama o valor de R\$14.761,73 acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação tributária parcial ou total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 41 a 48, diz que o Auto de Infração foi lavrado sobre a suposição de “falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação para comercialização, por contribuinte “descredenciado”, baseado no Mandato de Fiscalização nº 2014 5 4 48690340000178-201451.

Esclarece que as aquisições são de fardos de tecidos conforme descritos nos respectivos documentos fiscais, objeto da acusação, sendo desprovida de hipótese de incidência do ICMS, tendo em vista tratar-se de peças de tecidos voltados para a industrialização (insumos).

Aduz que o Auto de Infração se sujeita às imperiosas normas de direito público, devendo satisfazer as condições essenciais de validade exigidas pelo ordenamento jurídico de forma a dar ao PAF o aparato dos princípios constitucionais consubstanciados em regras de observância permanentes e obrigatórias, quais sejam, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e ampla defesa dentre outras como forma de traduzir a segurança jurídica e justiça entre fisco e contribuinte. Cita ensinamentos de Hugo de Brito Machado sobre o tema.

Diz que no caso em comento, vislumbra-se a existência de vício formal que macula o ato administrativo conforme o disposto no art. 196 do CTN, que transcreveu. Entende que de acordo com o citado artigo, é certo que a autoridade administrativa está adstrita a procedimentos legais que determinam a validade dos atos jurídicos. Na norma jurídica Estadual estatuída pelo Código Tributário Estadual, Lei nº 3.956 de 11/12/1981, enumera taxativamente as hipóteses do início da ação fiscal disposta no seu art. 127, sendo as hipóteses taxativas e não exemplificativas. Ainda, de acordo com o COTEB/BA, exime-se da obrigatoriedade da lavratura do termo de início ou encerramento da fiscalização, conforme determinado no art.17 – B, do citado dispositivo.

Prossegue afirmando que, no caso em questão, foi lavrado Auto de Infração no trânsito de mercadorias para exigência de “falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial sobre a aquisição de mercadorias oriundas do Estado de Minas Gerais referente a operações de compras no período de 01 a 31 de janeiro de 2014”. Para sustentar a ação fiscal foi lavrado termo de ocorrência fiscal para referendar a falta de recolhimento do ICMS, conforme auto de infração lavrado no mês de julho de 2014. Portanto, convém frisar que não houve, apreensão de mercadorias, nem pagamento imediato do imposto conforme exigido na letra “b” do dispositivo acima mencionado. Partindo desse pressuposto, cabe a indagação se ocorreu ação que caracterizasse operação no trânsito de mercadorias que eximisse o preposto fiscal da lavratura do termo de início de fiscalização, como exige o comando legal. Cita e transcreve o acórdão proferido pela 1ª JJF 0025-01/14, deste Conselho que decidiu pela nulidade da ação fiscal em situação análoga.

No mérito, argui que a Autoridade Fiscal arguiu equivocadamente a incidência de ICMS sobre operação não tipificada na Antecipação Parcial, pelos motivos que elenca:

Trata-se de uma empresa de Pequeno Porte, optante do SIMPLES Nacional desde 01/07/2007. Como empresa inscrita no SIMPLES NACIONAL tem como norma diretriz a Lei Complementar nº 123/2006 e Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional. Logo, entende que ao optar por este regime de recolhimento de tributo dar-se-á de forma unificada e centralizada na forma do art. 146 da Constituição Federal/88 e, portanto, os seus tributos são recolhidos mensalmente, mediante documento único de arrecadação. Aduz que atua no ramo de “Confecção, sob medida, de roupas profissionais”, classificada com o código 1413402, sendo esta a atividade econômica principal, conforme informações inseridas nos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Reitera que a autuação baseou-se na falta de recolhimento do ICMS sobre a aquisição de mercadorias (tecidos) em outra unidade da Federação. No entanto, o comando legal dado pela Lei Estadual nº 7.014/96 em seu art. 8º, § 8º, e incisos seguintes, preleciona o contrário da fundamentação que embasa o Auto de Infração, pois como o próprio entendimento da SEFAZ/BA, pode-se concluir que o fato gerador da antecipação parcial é a aquisição interestadual de mercadorias para fins de comercialização, conforme sanciona o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, o que não foi o caso, pois as aquisições efetuadas diz respeito a insumos destinados ao processo de industrialização. Afirma ainda que para ser alegado de que o produto por ela adquirido (peças de tecido) não se trata de insumos para industrialização, só pode ser objeto de mera presunção fiscal, presunção esta que não recebe amparo legal. Cita definições sobre presunções legais.

Ratifica que a atividade produtiva da empresa tem processo produtivo voltado para a confecção de roupas e que se utiliza do tecido e demais acessórios como insumo e reitera a não incidência da antecipação parcial nas aquisições dos tecidos, logo inexiste o fato gerador que embasa a reclamação. Cita e transcreve Pareceres da DITRI sobre o tema, assim como a Cláusula segunda do Protocolo ICMS 104/2009. Anexa notas de produção do estabelecimento para dirimir quaisquer dúvidas sobre sua atividade.

Finaliza pedindo a Improcedência da Ação fiscal por violação a legislação tributária em vigor, já que o “descredenciamento” não impede a empresa industrial de adquirir insumos para a sua atividade, posto que esta, não sofre a incidência da antecipação parcial do ICMS e a aplicação do art. 155, § único do RPAF/99.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 77 a 80 esclarecendo que a questão principal se resume a exigência do imposto pelo fato da empresa se encontrar descredenciada e isto é inquestionável. O contribuinte se exime do pagamento da antecipação parcial e requer apenas a nulidade do processo, sem nenhum argumento convincente.

Diz que a ação fiscal é perfeita e cristalina, pois se trata de um fato comprovado através de cópias dos referidos documentos fiscais, anexos ao processo. Esclarece que o enquadramento, a descrição dos fatos, a base de cálculo apresenta-se perfeita na peça vestibular, no qual estão indicados os dispositivos regulamentares cabíveis, além da tipificação prevista. Em relação a fiscalização sumária diz estar prevista no art. 318 do RAICMS, que transcreveu.

Ressalta que o crédito reclamado não diz respeito a fiscalização de estabelecimento que exige os procedimentos do CTN e do artigo 127 do RPAF, mas sim um procedimento sumário, que exige o pagamento de impostos, nas operações e prestações sujeitas à antecipação tributária.

Afirma que a fiscalização foi baseada pela ação da COE, uma nova ferramenta de trabalho, utilizada para fiscalização sumária, cumprida através do mandato de Fiscalização, descrito no Auto de Infração.

Quanto à nulidade arguida pelo contribuinte, afirma não existir respaldo legal pois o crédito foi reclamado em obediência ao art. 12-A da Lei 7.014. Reafirma que se trata de uma fiscalização sumária e não se trata de fiscalização de estabelecimento e que o contribuinte somente teria razão se estivesse credenciado, consoante o Decreto 13.780/12. Portanto, no presente caso o ICMS é exigido nas entradas, conforme prevê o artigo 352-A do RAICMS, que transcreveu. Cita e transcreve Acórdão da 4@ JJF deste Conselho sobre o tema.

Afirma que para afastar todos os argumentos da autuada no que diz respeito a destinação das aquisições objeto da acusação fiscal, anexa as folhas, 75, 76, 77, e 78 os DANFEs números 224, 237, 299 e 330, como prova material de que a requerente comercializa os mesmos produtos inacabados, que foram adquiridos e revendidos da mesma forma.

Aduz que "não há como sustentar os argumentos do autuado quanto a sua ilegitimidade quanto paciente do tributo devido, devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador".

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Tributária parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O autuado alega a existência de vício formal que macula o ato administrativo conforme disposto no art. 196 do CTN, reclamando que não foi lavrado o termo de início da ação fiscal, já que o termo de ocorrência utilizado para sustentar a ação fiscal não tem validade legal pois inexistiu apreensão de mercadorias, e pagamento imediato do imposto, conforme exigido na letra "b" art. 127 do Código Tributário Estadual, Lei nº 3.956 de 11/12/1981.

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, o que não ocorreu, já que o Termo de Ocorrência Fiscal anexado aos autos não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, pelos motivos a seguir expostos.

Para embasar a acusação foi elaborado um demonstrativo denominado “Memória de cálculo para antecipação tributária”, acompanhado de uma Intimação para apresentação de Notas Fiscais eletrônicas e respectivos DAES de pagamento, referentes aos meses de janeiro a maio de 2014, Mandado de Fiscalização (ordem de Serviço), e fotocópias de diversos documentos fiscais, fls.6 a 38.

Da análise dos citados documentos constata-se que a exigência fiscal diz respeito a Documentos Auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas - DANFEs emitidos no período compreendido entre 02 a 31 de janeiro de 2014, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, com data de ocorrência em 01/02/2014, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou 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.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. Na situação sob análise, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a destinação das mercadorias adquiridas, já que, de acordo com o cadastro desta Secretaria, a mesma tem como atividade econômica a "confecção, sob medida, de roupas profissionais- 1413402", e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **118505.0144/14-7**, lavrado contra **LD COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CONFECÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2015.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ-RELATORA