

A. I. Nº - 210313.0031/14-5
AUTUADO - MARIAN COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 27.05.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-02/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. O lançamento foi realizado através do Auto de Infração Modelo 04, previsto para o trânsito, indicando que a ação fiscal se realizou no trânsito da mercadoria, ou seja, no momento da circulação física da mesma, o que efetivamente não ocorreu, tendo em vista o simples fato de que o Termo de Apreensão consta data de 01/01/2014 e os fatos geradores nos dias 05/12/2013, 09/12/2013, 11/12/2013, 17/12/2013 e 23/12/2014. Não há consonância entre a data de ocorrência e as diversas datas de saída e circulação das mercadorias, ou seja, há uma única data de ocorrência, no presente caso 01/01/2014 e várias datas de saídas e de circulação das mercadorias constantes dos documentos fiscais, durante todo o mês de dezembro de 2014. Nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/03/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$10.555,47, em razão de: INFRAÇÃO - 54.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS referente à 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 em sua defesa, fl. 23, aduz que a autuação decorreu da falta de recolhimento do ICMS antecipação “total”. Entretanto, o autuante não considerou que houve recolhimento da antecipação do ICMS não como “total”, mas como antecipação “parcial”.

Destaca que o autuante fez o levantamento correto, abatendo os créditos destacados nas notas fiscais e os valores consignados nos DAE's pagos.

Salienta que é optante do Simples Nacional e que no cálculo do mesmo, referente aos meses autuados, informou as receitas de revenda de mercadorias sem substituição tributária o que originou ICMS a recolher e, caso fosse informado corretamente, não haveria valor a recolher.

Reconhece que recolheu a antecipação de forma equivocada, ou seja, como “parcial” quando o correto seria “total”, mas resultou um recolhimento a maior no Simples Nacional, favorecendo o Estado da Bahia.

Na informação fiscal, fls. 47 e 48, o autuante destaca que o acerto da ação fiscal foi comprovado pela própria defesa quando assevera que: “*O preposto fiscal fez o levantamento correto abatendo os créditos destacadores nas notas fiscais e os daes pagos resultando no valor autuado.*”

Ressalta que o erro da contabilidade de incluir notas fiscais de mercadorias sujeitas a Substituição Tributária na base de cálculo do pagamento do Simples Nacional não invalida a autuação.

Ratifica que a infração está perfeitamente tipificada.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária “*total*”, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Analizando a Memória de Cálculo à folha 19, verifico que efetivamente a exigência fiscal diz respeito a antecipação tributária “*total*”.

O sujeito passivo não contesta o fato do descredenciamento, nem os cálculos dos valores consignados no levantamento fiscal e nem os percentuais de MVA aplicados, inclusive reconhece expressamente que os cálculos do preposto fiscal foram realizados corretamente. Portanto, não existe lide sobre os valores apurados na ação fiscal.

Preliminarmente, devo destacar que a Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em dois seguimentos:

O primeiro exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de Infração, modelo 04, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa.

O segundo exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, as suas operações comerciais já realizadas. Porém em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal (e definido no RPAF/BA) sob pena de seu ato não ter qualquer validade jurídica. E mais uma vez, corroborando tal situação, a própria Secretaria de Fazenda Estadual determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, modelo 03.

Ao analisar os requisitos formais do lançamento tributário de ofício em lide, observo o mesmo foi realizado através do Auto de Infração Modelo 04, previsto para o trânsito, indicando que a ação fiscal se realizou no trânsito da mercadoria, ou seja, no momento da circulação física da mesma, o que efetivamente se constata que não ocorreu, tendo em vista o simples fato de que o Termo de Apreensão consta data de 01/01/2014, sem a assinatura do contribuinte, o que já é causa de nulidade, e os fatos geradores estão datados de 01/01/2014. O próprio modelo do Auto de Infração, que é utilizado no trânsito, exigiu uma única data de ocorrência, conforme se verá adiante, demonstrando a sua impropriedade para a constituição do presente crédito tributário.

Ressalto que não há consonância entre a data de ocorrência e as diversas datas de saída e circulação das mercadorias, ou seja, há uma única data de ocorrência, no presente caso 01/01/2014 e várias datas de saída e circulação das mercadorias constantes dos documentos fiscais, durante todo o mês de janeiro de 2014.

A legislação que rege a matéria alinha que, no caso de descredenciamento, conforme alegado, a data prevista para o cumprimento da obrigação principal, a que se refere à antecipação, é antes da entrada no território deste Estado. Assim, não se pode determinar que as notas fiscais emitidas, entre 05/12/2013, 09/12/2013, 11/12/2013, 17/12/2013 e 23/12/2014, tenham todas as mesmas datas de ocorrência, ou seja, antes da entrada no território deste Estado, em 01/01/2014.

Por se tratar de fatos pretéritos, deveria ter sido aplicado o procedimento previsto para a

fiscalização de estabelecimento, com a lavratura do Auto de Infração específico (modelo 03), e não para o trânsito de mercadorias, como foi feito no caso em lide.

Diante do exposto, não há como examinar as questões de mérito levantadas pelo impugnante, pois considero que o lançamento foi realizado sem os necessários requisitos ou elementos para se determinar a infração imputada, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210313.0031/14-5**, lavrado contra **MARIAN COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR