

**A. I. Nº** - 210436.0209/14-9  
**AUTUADO** - AV ENERGIA DO MAR COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP  
**AUTUANTE** - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 13.07.2015

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

##### **ACORDÃO JJF Nº 0116-04/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. **a)** 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 deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. **b)** INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO AGENTE FISCAL. Procedimentos de fiscalização típicos de auditoria fiscal de estabelecimento. Fatos geradores não verificados no trânsito de mercadorias, e sim, após a entrada das mercadorias no estabelecimento comercial, relativas a operações acobertadas por diversos DANFES destinados a contribuinte inscrito na condição de normal. **c)** FALTA DE TERMO DE OCORRÊNCIA. 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, incisos I e IV, "a" do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de outubro de 2014 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$9.663,38, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

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.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 35 e 36, onde argüi em sua defesa, que reconhece e acata parcialmente a infração, pela qual já providencia em tempo sua devida quitação.

Argumenta, porém, que as notas fiscais 6069 e 6070, foram levantados dois débitos pelo qual tinha sido regularizado através de denuncia espontânea, conforme documento que anexa.

Entende relevante apontar que a autuante calculou a substituição tributária em duas notas fiscais (nº 6069 e 6070), tomando produtos que estão na substituição tributária com MVA de 80,30%, quando não adquiriu tais produtos.

Informa que compra produtos que estão cadastrados com o NCM 4202.2 e 4202.3 e não fazem parte do grupo sujeito a substituição tributária conforme o anexo I do RICMS/BA 2012.

Solicita o julgamento do Auto de Infração como parcialmente procedente.

Informação fiscal constante às fls. 59 e 60 argumenta que a questão principal se resume à exigência do imposto pelo fato da empresa se encontrar descredenciada sendo isto questão incontestável, reconhecido pelo próprio contribuinte.

Observa que o recolhimento apresentado pela autuada, não pode ser considerado pois além da divergência apresentada nos valores constante no crédito reclamado, a ocorrência foi em 18/10/2014, e o recolhimento apresentado que não é uma "denúncia espontânea", conforme denominado na peça defensiva, está datado de 20/10/2014, após a ocorrência, o que vem a se constituir em inobservância ao artigo 138 parágrafo único do Código Tributário Nacional. Traz ementas de decisão judicial de Tribunal Superior, ao amparo de tal raciocínio.

Destaca que no PAF está consignado na memória de cálculo no campo próprio, a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, e a multa é de observância obrigatória para o motivo determinante da autuação, tendo cumprido o que determina o artigo 42, da Lei 7.014/96, transcrevendo teor de decisão de 1º grau deste órgão julgador.

Observa que a empresa autuada apresentou um recolhimento espontâneo após a intimação, e não quer pagar mais nada da antecipação parcial, desejando apenas que seja considerado o pagamento para extinguir a ação fiscal, sem nenhum argumento convincente com pedidos que foge aos procedimentos legais da denúncia espontânea, ainda que sabedora da sua situação irregular de descredenciado, razão pela qual pede a procedência do lançamento.

#### VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização: 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.

Muito embora não tenha havido argüição preliminar, cabe ao julgador, de ofício, analisar a presença dos requisitos indispensáveis para a validade do lançamento, o que agora faço.

Verifico, inicialmente, que as mercadorias não foram objeto de fiscalização no trânsito de mercadorias, como seria de se esperar, diante do modelo de Auto de Infração utilizado para a realização do lançamento (Modelo 4), e sim, de fiscalização típica em estabelecimento, podendo tal fato ser facilmente percebido, pela própria análise dos documentos fiscais emitidos e objeto da autuação (fls. 14 a 24), em datas e origens diferentes.

Da mesma forma, observo a existência de um Termo de Intimação para Apresentação de DAES, emitido pela autuante em 21 de outubro de 2014, com ciência no dia posterior, no qual é solicitada a *"apresentar os DAES/GNRES de antecipação parcial ou total do exercício 2014 pagos tempestivamente referente aos DANFES abaixo relacionados"*.

Tal intimação, demonstra, sobremaneira, que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, e o próprio Termo de Ocorrência Fiscal de fls. 04 e 05, essencial para a formalização da ação fiscal no trânsito de mercadorias, assim o demonstra, vez que, embora datado de 28 de outubro de 2014, apresenta ciência do contribuinte apenas em 28 de abril de 2015, mesma data da ciência do Auto de Infração, sem qualquer motivo que justificasse tal demora.

Com isso, entendo patente o fato de que o Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado com o único intuito de dar aparente legalidade ao lançamento.

Também observo que o documento acostado às fls. 07 e 07v. informa a situação cadastral do contribuinte, e a sua opção para figurar na condição de "normal" frente a apuração do imposto, ainda que empresa de pequeno porte. Em assim sendo, a autuante não teria a devida competência

legal para realizar a autuação, tal como feita, à vista do disposto no artigo 42, inciso I, do RPAF/99.

Desta maneira, entendo violados o artigo 18, incisos I e IV, "a" do RPAF/BA, motivo pelo qual voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado nulo, recomendando que o órgão competente, no estabelecimento do contribuinte, verifique o cumprimento de suas obrigações tributárias, em novo procedimento de fiscalização, que não contenha os vícios acima enumerados.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210436.0209/14-9**, lavrado contra **AV ENERGIA DO MAR COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA - EPP**.

Sala de Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA