

A. I. Nº - 210436.0179/14-2
AUTUADO - GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 13.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0158-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O procedimento fiscal ultrapassou o roteiro legal estabelecido para a fiscalização de mercadoria de trânsito. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece de competência ao Agente de Tributos na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, devendo ser observadas as regras de direito formal, que determinam a quem compete a constituição do crédito, bem como os procedimentos a ele inerentes. Pelo art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente ou o lançamento efetuado com preterição do direito de defesa e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2014, exige ICMS no montante de R\$6.388,54, além da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração

"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".

Consta no campo descrição dos fatos a natureza da infração: *"falta de recolhimento de ICMS antecipação total sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedente de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado"*. Relação dos DANFE,s nº 36.626, 2970 e 36.983. Mandado de Fiscalização COE nº 13441837000894-2014919.

Constam dos autos: Demonstrativo Antecipação Tributária (folha 06); Mandado de Fiscalização Monitoramento (folha 08); histórico da situação cadastral (folhas 10 e 11); lista de DANFE (folha 12); cópias dos DANFE,s (folhas 14 a 17); Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (folha 7); Resumo do Demonstrativo de Cálculo (folha 6).

A autuada apresenta impugnação às folhas 21 a 27, através de Procuração à fl. 28, contestando o presente lançamento, mediante as razões a seguir aduzidas:

Diz que é tempestiva a sua defesa, relata os fatos ocorridos, identifica-se como uma empresa que atua no ramo de comercialização varejista de calçados e cumpre regularmente as obrigações

trabalhistas e fiscais. Pede nulidade do auto de infração por inconsistência no seu preenchimento, em face aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Explica que no processo administrativo, o auto de infração deve conter a origem e a natureza do crédito tributário, além de fazer menção ao dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição dos fatos que ensejaram a autuação. Imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas para que possa exercer seu direito de defesa. No caso, não foi observado o art. 39 do RPAF/BA. O contribuinte autuado tem como CNPJ 13.441.837/0008-94 e o demonstrativo de débito consta ou outro CNPJ nº 13.441.837/0001-94.

Diz que resta positivada a inconsistência do auto de infração, uma vez que este não decorreu da fiscalização procedida e não atende ao disposto legal supra indicado. Aduz que da descrição elaborada pelo "Auditor Fiscal" não permite ao contribuinte identificar a origem do suposto crédito, em ofensa ao direito de ampla defesa, insculpido no art. 5º, LCV, CF/88.

No mérito, argumenta que houve regularidade no recolhimento do ICMS, nos termos da legislação de regência (art. 332, §2º, do RICMS/BA; artigos 8º, 12-A e 32 da Lei nº 7.014/96), posto que os DANFE,s foram emitidos pela empresa remetente, o que denota a regularidade cadastral do autuado; não houve apreensão de mercadorias nas barreiras. Explica que se empresa autuada estivesse descredenciada, quando do ingresso da mercadoria no Estado da Bahia, esta deveria proceder a antecipação parcial do ICMS, sob pena de apreensão, o que não ocorreu. Em contrário, nesse momento, o autuado se encontrava credenciado (art. 332, §2º, do RICMS/BA).

Ressalva que a autuação também foi abusiva porque o recolhimento foi feito no prazo, conforme DAE,s anexados aos autos. A multa de 60% deve também ser anulada, em face aos fatos retro narrados. Invoca a suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, III, do CTN.

Pede o acolhimento da defesa, declaração de nulidade do Auto de Infração, suspensão da exigibilidade do tributo, além da apresentação de outros meios de prova e que as notificações e intimações sejam entregues no endereço indicado, sob pena de nulidade.

O autuado volta a manifestar-se nos autos requerendo a juntada dos DANFES descritos à fl. 53.

A autuante presta informação fiscal à folha 60 a 63, tecendo as considerações a seguir.

Reitera os termos da autuação, do pedido de redução da multa sobre o crédito reclamado. Informa que os critérios a serem observados sobre as mercadorias enquadradas na substituição tributária é que esteja classificada no NBM/SH e que descrição precisa. A adoção do regime dependerá de acordos específicos celebrados pelos estados, o que ocorreu, no presente caso, conforme prevê o art. 353, II, RICMS/BA.

Diz que a ação fiscal foi perfeita e que o contribuinte não apresentou comprovação de recolhimento da operação, mesmo sendo intimado, em 23.09.2014 (fl. 07). Diz ainda que no sistema da SEFAZ não constam tais pagamentos. Descarta o cerceamento do direito de defesa. Mantém a exigência do crédito exigido.

Esse é o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação de *"falta de recolhimento de ICMS referente a 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"*, no valor de R\$6.388,54, com multa de 60%.

O agente fiscal elaborou planilha com o demonstrativo de débito, tabela de cálculo para antecipação tributária, Termo de Ocorrência Fiscal, Mandado de Fiscalização, cópias das notas fiscais e demais documentos relacionados à exigência.

Contudo, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do "*due process of law*". Cabível, portanto, o exame das formalidades legais inerentes à ação de fiscalização que estão expressamente previstas em lei e demais atos normativos.

De plano, observa-se que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e que o preposto do Fisco é Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no RPAF/BA (Decreto 7.629/99).

A fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão, por óbvio, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias, em situação irregular, competência para a autuação dos Agentes de Tributos Estaduais.

O que caracteriza a situação de "*mercadorias em trânsito*" não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração, próprio para as ações do trânsito, nem mesmo quando o lançamento foi efetivado pela Inspetoria Fiscal de Mercadorias em Trânsito – IFMT, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto. Verifico que, apesar de a data da lavratura do Auto de Infração constar 29.09.2014, a exigência teve origem numa ordem de serviço, documento impresso em 20.09.2014 (fl. 09), antes, portanto, do momento da ação fiscal no trânsito de mercadorias, mas já fazendo referência aos documentos fiscais que teriam sido objeto da apreensão e a consequente autuação; o demonstrativo da base de cálculo da infração, acostado aos autos (fl. 06), discrimina operações ocorridas em diversos momentos, no mês anterior da autuação, incompatíveis com a situação pontual que caracteriza a fiscalização no trânsito de mercadoria.

Aliás, o próprio documento emitido pela Superintendência da Administração Tributária - Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE – Central de Operações Estaduais - Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria 217/2012, ao autorizar fiscalização no estabelecimento do estabelecimento do autuado, comprova tratar-se de Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, competência incompatível com os executores do feito.

Nesses Termos, ao examinar 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 por 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.

A tarefa de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária deverá sempre pautar-se em um termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal. Na fiscalização de trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Termo de Liberação ou de Depósito objetivam documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto 7.629/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

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 (Termo de ocorrência Fiscal), mediante emissão do instrumento próprio, conforme retro mencionado.

Verifico que, apesar de constar, às fls. 3 e 4, um "Termo de Ocorrência Fiscal", não houve apreensão de coisa alguma, o termo não serve de prova alguma e não materializa nada. Não serve de qualquer suporte para os fatos que foram transcritos no Auto de infração e não existe no mundo

jurídico. O próprio autuado fundamento pedido de ilegalidade da autuação sob argumento de *"não ter havido apreensão das mercadorias nas barreiras"*.

Portanto, no caso presente, houve vício jurídico de monta, capaz de tornar nula a exigência. A lavratura do Termo de Apreensão tem por objetivo "documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato". É através do Termo de Apreensão que se constitui a prova da materialidade do fato ocorrido no trânsito. Conseqüentemente, se não existe um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, como consta no presente PAF, de forma válida, não há prova material da infração.

Como se não bastasse, outras situações comprometem o presente lançamento de ofício:

- 1) o preposto fiscal, apesar da explicação no campo da "descrição dos fatos", faz uma certa confusão na acusação do que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária (chamado de antecipação total) ou antecipação parcial, posto que nem mesmo o demonstrativo de débito, acostado aos autos (fl. 06), que poderia colaborar na elucidação da questão, foi assinado ou entregue ao contribuinte;
- 2) a infração está enquadrada na alínea "g", inciso III do art. 332 do RICMS/2012, que trata da responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, e ao mesmo tempo, no art. 12-A, § 6º da Lei 7014/96 que trata da antecipação parcial, incidente apenas sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que não encerra a fase de tributação, tipificando infrações tributárias completamente diversas;
- 3) o documento expedido pelo COE - Central de operações estaduais (fl. 09) faz referência no seu rodapé à página 1/2, sem que a página 2/2 esteja anexadas aos autos, não se sabendo do que se trata ou se comporta alguma relevância na construção do crédito tributário.

A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias não pode resistir, seja pela incompetência do agente fiscal na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS; pela imprecisão material, pela mácula na formação da base de cálculo, como algo que possa dimensionar a materialidade da hipótese de incidência e as proporções reais do fato. Havendo tantos equívocos na descrição da exigência, formulação da materialidade, na base de cálculo do ICMS apurado, o resultado estará comprometido por vício insanável, bem como todos os atos subsequentes de formação da relação jurídico-tributária, seja o lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário, a inscrição de dívida ativa, etc.

Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, da confusão e da incerteza gerada na lavratura do presente Auto de Infração, com amparo no art. 18, do RPAF, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Diante do exposto, julgo **NULO** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210436.0179/14-2**, lavrado contra a empresa **GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR