

A. I. Nº - 210313.0151/14-0
AUTUADA - COMÉRCIO CIEGAS DA BAHIA LTDA
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 15.09.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-05/15

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. O ato administrativo de lançamento tributário 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 DANFES destinados a contribuinte inscrito na condição de normal. **c)** TERMO DE OCORRÊNCIA INVÁLIDO. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materializa a “fiscalização de mercadorias em trânsito”. Evidenciado, no caso dos autos, ofensa ao art. 18, incisos I e IV, “a” do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, em 30/07/2014, para exigir ICMS no valor de R\$ 7.771,15, acrescido da multa de 60% com a seguinte imputação:

"Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada". Enquadramento do fato gerador: arts. 5º e 8º, § 4º, inc. I, letra "b" e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 332, inc. III, letra "d", do RICMS - Dec. 13.780/12. Capitulação da multa: art. 42, inc. II, letra "d", da Lei nº 7.014/96.

Constou do campo descrição dos fatos do A.I.: *"Falta de recolhimento do ICMS antecipação total e/ou parcial sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outras unidades da Federação por contribuinte descredenciado"*. DANFES nº 272 e 282 (anexos), Mandado de Fiscalização COE nº 3852463000190-2014721.

Serviu de lastro probatório do A.I. o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210313.0122/14-0, lavrado também em 30/07/14, contendo a relação das mercadorias apreendidas e a descrição dos fatos apurados. Juntado ainda a Demonstrativo denominado "Memória de Cálculo" (doc. fl. 7), com o detalhamento do imposto apurado pelo agente fiscal.

Após a frustrada tentativa de se notificar a empresa via Correios, através de "AR" (aviso de recebimento), visto que o contribuinte não foi encontrado pelo agente postal no endereço indicado no respectivo termo, a repartição fiscal providenciou a intimação do sujeito passivo perante seus sócios, conforme atesta a documento apensado à fl. 26 do PAF. O ato de comunicação do lançamento concretizou-se em 24/03/2015.

A autuada ingressou com impugnação administrativa, protocolada em 24/04/15 (doc. fls. 30/31 e fls. 41/42), através de petições subscritas por seus sócios e administradores, o Sr. Gustavo Amarante Simões Figueiredo e a Sra. Érica Simões de Figueiredo.

Nas respectivas peças de defesa os signatários afirmaram não reconhecer a operação de compra acobertada pelo DANFE nº 282, acrescentando que não houve nenhum ato de comércio posterior relacionado às mercadorias listadas no mencionado documento visto que a empresa notificada se encontrava com inscrição no Estado em situação de "baixa", conforme comprovante anexado à fl. 11 dos autos. Afirmaram em seguida que encontraram em contato com a emitente do documento fiscal, a empresa Promoapple Distribuidora de Materiais Promocionais, CNPJ nº 15.291.936/0001-96, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, pedindo esclarecimentos acerca da operação. Diante do ocorrido foi enviada uma carta (doc. fls. nº 32/33), através da qual a empresa emitente do DANFE declarou que houve um equívoco ou erro na emissão do citado documento fiscal, acrescentado que não se verificou qualquer pedido com finalidade de compra da parte da empresa Comércio Ciegas da Bahia e tampouco saídas efetivas de mercadorias de seu estabelecimento relacionadas ao DANFE nº 282. Diante do ocorrido a Promoapple efetuou o cancelamento da NF nº 282, através da emissão da NF nº 409, datada de 16/04/2015, com CFOP 2949, comprometendo-se a assumir qualquer responsabilidade de natureza fiscal.

Em relação à NF nº 272, disse que a mercadoria acobertada por este documento foi enviada para a residência da notificada, ou seja, dos sócios, a título de presente (brinde), sem qualquer ônus, com o objetivo de divulgação dos produtos da Promoapple. Observou ainda que no referido documento fiscal constou que a natureza da operação foi descrita como remessa de "Amostra", revelando que não havia intenção de se promover a revenda ou comercialização do produto remetido pela Promoapple.

Ao finalizar a peça impugnatória a defesa formulou o pedido pelo cancelamento do Auto de Infração em lide.

Ao prestar a informação fiscal (doc. fls. 54/58 do PAF), o autuante consignou, inicialmente, que a ação fiscal empreendida originou-se na Superintendência de Administração Tributária - SAT, em cumprimento das disposições do Dec. Estadual nº 14.208/2012, que dispõe sobre o novo Modelo de Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, com base em documentos eletrônicos. Disse que a Central de Operações Estaduais (COE) detectou compras feitas pela empresa autuada em outras unidades da Federação sem o pagamento do ICMS devido antes da entrada no território do Estado da Bahia, em razão do contribuinte se encontrar com a situação cadastral de "inapto".

No tocante à defesa, argumentou que o contribuinte não questionou a sua situação cadastral de "inapto", mas tão somente a forma de cobrança do imposto, ao sustentar que uma simples declaração do remetente dos produtos, localizado em outra unidade da Federação, seria suficiente para resolver a questão. Observou ainda que a condição de inapto do autuado decorreu do fato da empresa nunca ter funcionado no endereço cadastrado no CAD-ICMS, entendendo ser aplicável ao caso as disposições do art. 44, inc. II, da Lei nº 7.014/96, que prescreve ser inidôneo o documento fiscal que embora esteja revestido das formalidades legais, tenha sido emitido com intuito comprovado de fraude e por contribuinte com inscrição desabilitada. Logo, por ser um estabelecimento "fictício" os documentos fiscais para ele emitidos devem ser considerados inidôneos. Pontuou também que as mercadorias foram entregues em local diverso do endereço do estabelecimento empresarial, revelando que os atos apurados na ação fiscal foram praticados com violação da lei, da ordem pública, dos bons costumes e sem observar as formalidades previstas na legislação de regência.

Diante disso, sustenta ser aplicável ao caso as disposições do art. 289, §§ 14 e 17 c/c os arts. 318, inc. III e 332, inc. VIII, do RICMS/12, que prescrevem regras de pagamento de imposto por antecipação, especialmente na situação em que o contribuinte estiver na condição de não inscrito ou irregular perante o cadastro estadual do ICMS.

Entende, portanto, que os argumentos defensivos são inócuos e não se prestam a invalidar ou cancelar o lançamento em lide. Pede, ao finalizar a peça informativa, que o Auto de Infração seja julgado totalmente PROCEDENTE.

VOTO

O lançamento em lide constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização nos seguintes termos: *"Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada"*.

Muito embora não tenha havido arguição de nulidade, 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, a partir dos termos emitidos pela agente fiscal, em especial o Termo de Ocorrência (doc. fl. 3), onde sequer foi consignada a assinatura do detentor das mercadorias e a quem foi confiada a posse dos produtos após o encerramento da ação fiscal, na condição de depositário.

O próprio autuante admite na informação prestada à fl. 54 do PAF, que desenvolveu a ação fiscal no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Logo, teria, necessariamente, de ter observado as rotinas e roteiros próprios da fiscalização de estabelecimentos, tanto no início, como no encerramento dos trabalhos.

Por sua vez, acostou aos autos documentos de acusação relacionados às rotinas e roteiros próprios do trânsito de mercadoria, como o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210313.0122/14-0 (fl. 3); Memória de Cálculo para a constituição de crédito tributário (fl. 7), e cópia dos DANFEs nº 272 e 282, com data de emissão, respectivamente, em 18/06/14 e 17/07/14 (docs. fls. 5 e 6), entre outros.

Há de se observar que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo o Agente Fiscal agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. Logo é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa.

No caso em exame, o Agente Fiscal acosta às fls. 8/9 dos autos cópia do Mandado de Fiscalização nº 3825463000180-2014721, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, através Regime Sumário Apuração do ICMS (art. 318 do RICMS-BA), no estabelecimento do contribuinte autuado, relativo à operação de circulação de mercadoria com viés de risco de sonegação.

Diante desta situação, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, para melhor desenvolver suas atividades, divide as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, isto é, 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 4, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa.

A segunda equipe 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. A constatação de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de Infração, modelo 3.

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.

Corroborando com tal situação, a própria Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, modelo 3 por Agentes Fiscais atuando em estabelecimento de empresas; modelo 4 por Agentes Fiscais atuando em atividades no trânsito de mercadorias.

No caso presente, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado por agente de tributos lotado na IFMT Metro, ele não é um Auto de Infração de trânsito, mas de monitoramento (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte, com relação a algumas operações de circulação de mercadorias ocorridas em determinado período do ano de 2014, com viés de risco de sonegação determinado pela COE nos termos do art. 3º, da Portaria SEFAZ nº 217 de junho de 2012. Ou seja, ele deixou de ser uma abordagem imediata a alguma atitude adotada pelo contribuinte em um exato momento, para ser um acompanhamento de seus procedimentos fiscais durante um período.

Em assim sendo, 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 correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide, visando não onerar a Fazenda Pública.

Fica patente, portanto, que o Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado com o único intuito de dar aparente legalidade ao lançamento tributário, que em verdade não ocorreu em ação fiscal empreendida no trânsito de mercadorias.

Também observo a partir do documento acostado às fls. 11 e 11v., a situação cadastral do contribuinte, enquadrado como microempresa, e a sua opção para figurar na condição de "normal", via apuração do imposto pelo sistema de débito e crédito (conta corrente fiscal). 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 violado o artigo 18, incisos I e IV, "a" do RPAF/BA, motivo pelo qual o lançamento em lide deva ser julgado nulo. Recomenda-se ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuintes, que verifique o cumprimento de obrigações tributárias do sujeito passivo, em novo procedimento de fiscalização que não contenha os vícios acima enumerados.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210313.0151/14-0**, lavrado contra **COMÉRCIO CIEGAS DA BAHIA LTDA**.

Recomenda-se ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuintes, que verifique o cumprimento de obrigações tributárias do sujeito passivo, em novo procedimento de fiscalização que não contenha os vícios acima enumerados.

Sala das Sessões do CONSEF, em 01 de setembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR