

A. I. N° - 232340.002414-3
AUTUADO - SB EMBALAGENS E ARTIGOS PARA FESTA LTDA.-ME
AUTUANTE - JOSE LUIS COUTO MULLEM
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 08.10.2015

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0168-02/15**

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. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/09/2014, reclama o valor de R\$9.796,85, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente à 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. 20 a 23, após descrever a autuação requer a nulidade do Auto de Infração, por não existir precisão e clareza dos fatos ocasionadores da pretensa obrigação tributária. Ressalta que o ato administrativo deve conter todos os elementos necessários a sua validade. Assim, ocorrendo omissões de requisitos essenciais o ato deve ser considerado nulo.

No mérito, afirma que o cálculo está equivocado pois foi aplicada uma MVA de 75,92% sobre o valor da nota fiscal de aquisição de balões, entretanto, existe um Parecer o de número 31056/2010 de 05/11/2010 que suspende a sua aplicação. Assim, no seu entendimento não se pode exigir o valor do imposto de R\$15.674,95 inserido no Auto de Infração , acrescido da multa de 60%.

Finaliza pedindo a Nulidade ou a Improcedência da Ação fiscal, e informa, em relação ao descredenciamento da sua situação cadastral, que já providenciou a sua reativação.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 33 a 37 esclarecendo que a questão principal se resume na exigência do imposto em razão da empresa se encontrar descredenciada e isto é uma questão incontestável, e o requerente na condição de contribuinte descredenciado, alega simplesmente “não existir precisão e clareza dos fatos ocasionadores do nascimento da pretensa obrigação tributária”.

Prossegue afirmando que no entendimento da empresa, por ela ser optante do regime de apuração do simples nacional, não deve nada pagar, apesar de ser contribuinte descredenciado.

Afirma que a peça vestibular é precisa, pois apresenta os fundamentos legais da respectiva lavratura, descreve a hipótese de incidência tributária e discrimina os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, não existindo nenhuma contestação legal, pois o contribuinte apenas informa que é enquadrado no simples nacional.

Entende que tais argumentos são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento, pois o Auto de Infração encontra-se com a identificação do infrator, da infração e os dispositivos legais dados por infringidos.

Ressalta que a ação fiscal é perfeita e cristalina pois se trata de um fato comprovado de que o contribuinte encontrava descredenciado e que o direito de defesa foi totalmente respeitado, e que o material colhido e apensado ao processo é um meio de prova contundente que não deixa nenhuma dúvida quanto a lisura do processo ao que concluiu a ação fiscal.

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.

Destaca que o crédito foi reclamado em obediência à legislação estadual, que prevê, através do artigo 12A da Lei 7.014/96, a exigência e o recolhimento da antecipação parcial do ICMS quando o contribuinte se encontrar descredenciado, que é o caso concreto pois a própria autuada reconhece que estava descredenciada. Questiona apenas que nada deve ser exigido por ser optante do regime de apuração pelo Simples Nacional.

Afirma que no presente caso o ICMS é exigido nas entradas, conforme prevê o artigo 352-A do RAICMS, que transcreveu. Cita e transcreve Acórdão da 4ª JJF deste Conselho sobre o tema.

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 ausência do regime especial deferido.

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.

Verifico que apesar de, às fls. 04, 05 ,12 e 13 constar um "Termo de Ocorrência Fiscal de número 232.340.0017/14-7" lavrado em 17/09/2014 o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo além de não se encontrar assinado pelo autuado, diz respeito ao DANFE 146.225, cópia à fl. 11, com data de emissão e saída em 27/08/2014, não se justificando a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, já que restou comprovado que se trata de fato pretérito, 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. No caso em questão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador, 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 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **232340.0024/14-3**, lavrado contra **SB EMBALAGENS E ARTIGOS PARA FESTA LTDA.-ME**

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR