

**A. I. Nº** - 232153.0029/15-7  
**AUTUADO** - M & W COMERCIAL LTDA. - EPP  
**AUTUANTE** - ELIEZER DE ALMEIDA DIAS  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** 01/10/2015

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0198-03/15

**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, sem assinatura do autuado ou seu preposto e que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/04/2015, exige crédito tributário no valor de R\$44.699,65, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadoria elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, (Infração - 54.01.03).

Consta na “Descrição dos Fatos”: “Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos DANFES de nº 31755, 46471, respectivamente, anexos, em razão de antecipação parcial e/ou total do ICMS das operações subsequentes. Operação de circulação de mercadorias constatadas nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no “Ajustes SINIEF 05 de 30 de março de 2012(Ciência da Operação e Confirmação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização, anexo – constatação de eventos, tendo em vista a ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias, e seguindo o princípio do Direito Tributário”In Dubio Pro Reo”, foi considerado como data de ocorrência a data da constatação do evento.”

O autuado ingressa com defesa tempestiva, fl. 26, articulando os argumentos a seguir sintetizados.

Diz que o código NCM 3920.10.99 refere-se a “*Outros*” produtos enquadrados como “*Outras chapas, folhas, películas, tiras e lâminas, de plástico não alveolares, não reforçadas, não estratificadas, sem suporte, nem associadas de forma semelhante a outras matérias.*”.

Observa que de forma genérica, este código não faz distinção entre material destinado à construção civil ou demais atividades produtivas. Cita apenas e exclusivamente o material “plástico” de sua composição como matéria-prima.

Menciona que o item 24.7 do anexo I do Dec. nº 13.780 de 16/03/2012 (RICMS-BA/12) cita o referido código “3920” como sendo de Material de Construção e conseqüentemente, sujeito a substituição tributária quando este entrar no Estado da Bahia, oriundo de outra unidade da federação. Prossegue aduzindo que somente e exclusivamente os produtos destinados a “construção civil” são sujeitos a Substituição Tributária.

Afirma que não há no RICMS/BA e em nenhum Protocolo ou Ajuste SINIEF do CONFAZ referência sobre Substituição Tributária de produtos com fins agrícolas, assim como as Lonas/filmes para cobertura de estufas ou de solo.

Para reforçar seu entendimento sobre a Legislação das Lonas/filmes para cobertura de estufas ou de solo (Grupo de NCM 3920) na Bahia, reproduz:

*No dia 15/04/2015, a mercadoria contida na NF-e nº 46972 de 10/04/2015, de origem da empresa Electro Plastic S/A(61.421.657/0001-17) para a empresa W & E Comercial Ltda – EPP(21.832.125/0001-58), foi apreendida no posto fiscal Benito Gama em Vitória da Conquista/BA. O próprio fornecedor (Electro Plastic), fez contato, por telefone, com o Fiscal Sr. Ricardo Rizélio, alegando que o bem, filme agroplás Extra Longa Vida Leitosa, era destinado a fins agrícolas, e não destinado à operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, conforme determinado no Protocolo ICMS 104/09.*

Afirma que no momento da fiscalização, foi tudo resolvido, inclusive, com a liberação da mercadoria, sem a exigência de qualquer recolhimento de imposto ou multa de parte do Posto Fiscal.

Conclui requerendo a anulação do débito sobre o produto Filme Agroplás Extra Longa Vida Leitosa, contido na NF-e nº 46971 de 10/04/2015.

O preposto fiscal designado para prestar a informação fiscal, fls. 34 e 35, alinha os argumentos a seguir resumidos.

Inicialmente esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em virtude da aquisição interestadual de mercadorias para comercialização por contribuinte que se encontrava com sua inscrição INAPTA.

Observa que ao impugnar o lançamento, o contribuinte alega que a mercadoria constante do DANFE nº 46971 não está enquadrada no regime de substituição tributária. Assinala que inexistem razões para o acatamento de tal argumentação.

Registra que o contribuinte não nega o cometimento da infração, nem contesta os motivos que levaram à lavratura do presente Auto de Infração. Revela que o inconformismo do defendente se limita a negar o enquadramento da mercadoria constante no DANFE nº 46971 no regime da substituição tributária.

Explica que o impugnante, efetivamente, estava com a inscrição INAPTA na data da operação como se vê da informação colacionada às fls. 21, estando, portanto, obrigado ao pagamento da antecipação total nas aquisições interestaduais antes do ingresso das mercadorias no território baiano, o que de fato não ocorreu.

Esclarece que o art. 332 do RICMS-BA/12, define os prazos para recolhimentos do ICMS, onde indica no inciso III, alínea “d”, que o prazo para recolhimento do ICMS relativo a aquisições interestaduais por contribuinte com inscrição inapta é antes da entrada das mercadorias no território baiano, independentemente do tipo de mercadoria adquirida.

Afirma que a acusação fiscal se baseia na aquisição interestadual de mercadorias para comercialização, como comprova cópia do DANFE às fls. 16 e 17, por contribuinte que no

momento da operação estava com a sua inscrição estadual inapta, sem recolhimento anterior ao ingresso das mercadorias em território baiano do ICMS devido.

Diz restar perfeitamente configurada a infração apontada, que se aperfeiçoou no momento do ingresso das mercadorias em território baiano sem o recolhimento do ICMS devido.

Reafirma que o contribuinte não nega o cometimento da infração, apenas contesta os valores lançados, pois, ao seu ver, o DANFE nº 46971 deveria ser excluída da ação fiscal, para ressaltar o posicionamento equivocado, já que a exigência não decorre da natureza da mercadoria, e sim da situação cadastral irregular do estabelecimento autuado.

Assevera que a apuração do imposto se deu nos moldes regulamentares, como facilmente se depreende da planilha da base de cálculo e do ICMS assentada às fls. 07 e demonstrativo de débito às fls. 06.

Sustenta que o inconformismo do contribuinte decorre exclusivamente do seu erro de interpretação dos documentos que compõe o presente Auto de Infração.

Depois de destacar que o defendente não traz aos autos elemento algum de convicção apto a elidir a acusação fiscal, pugna pela procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento, preposto do autuado, em sustentação oral, declarou que as mercadorias objeto da autuação não foram apreendidas na passagem pelo Posto Fiscal e nem no trajeto para o estabelecimento, informou também que o Fiscal supervisor no Posto Fiscal, com a intervenção do motorista, entrou em contato com o fabricante das mercadorias, ocasião em que foi informado de que são aplicadas na agricultura e a carga foi liberada sem qualquer exigência. Revelou que o estabelecimento autuado, desde o início de suas atividades sempre esteve em funcionamento e desconhecia, até a lavratura do Auto de Infração, que se encontrava descredenciado ou inapto.

## VOTO

A acusação fiscal trata do cometimento pelo autuado da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadoria elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme cópias dos DANFES nºs 31755(23/03/2015) e 46471(10/04/2015), colacionados às fls. 08 e 09.

Ao compulsar os elementos que constituem o presente Auto de Infração, constato a existência de óbices intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. É cediço que os princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal são norteadores da instauração, do preparo, da instrução e da decisão do processo administrativo. Ademais, por ser o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

De início verifico que, apesar do Auto de Infração ser lavrado com a emissão do “Modelo 4” destinado a apuração de irregularidades ocorridas no trânsito de mercadorias, resta patente nos autos que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias. O Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 04, não faz constar o local do cometimento da irregularidade apurada e indica o local da lavratura como sendo a Inspetoria de Fisc. Merc. Trânsito Região Sul, portanto, não faz menção que o fato tenha se verificado no trânsito de mercadorias, revelando assim que a cobrança, ora em lide, não se concretizou no momento em que as mercadorias estavam postas em circulação ou de passagem por postos fiscais da Secretaria da Fazenda da Bahia.

Outro aspecto formal que macula o procedimento fiscal é a constatação da falta de assinatura do Termo de Ocorrência Fiscal por parte do contribuinte. Também não há nos autos qualquer prova, a exemplo de declaração de recebimento que indique tenha sido entregue ao contribuinte o demonstrativo da origem da exigência fiscal com a respectiva apuração da base de cálculo.

Configurando-se, assim, em mais um vício formal a reforçar as fragilidades do lançamento fiscal.

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, o que não ocorreu, já que o Termo de Ocorrência Fiscal anexado aos autos não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, pelo motivo expendido.

Entendo que, nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorrera no presente caso. Situação que caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a destinação das mercadorias adquiridas.

Em suma, não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal. Ou seja, o Auto de Infração nasceu sem qualquer respaldo legal para ter sustentação, vez que afrontou, claramente, o princípio constitucional da ampla defesa.

Dessa forma, concluo que o lançamento não observou o mandamento do devido processo legal, resultando em preterição do direito de defesa do sujeito passivo, óbice expressamente elencado no inciso II, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Recomendo, nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo dos vícios acima apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232153.0029/15-7**, lavrado contra **M & W COMERCIAL LTDA**.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR