

**A. I. Nº** - 118505.1029/16-3  
**AUTUADA** - LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI  
**AUTUANTE** - LAURICE SOARES MENEZES  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 27.10.2016

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0173-05/16

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO EM DESACORDO COM AS NORMAS DE REGÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Apuração de diversos fatos geradores em que não é possível se determinar, através da fiscalização de trânsito, se praticados pelo estabelecimento autuado. Recomendação de renovação da ação fiscalizatória pelos agentes que atuam nas atividades de fiscalização de estabelecimentos. Existência de vícios insanáveis do procedimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, Modelo 4, lavrado em 25/02/2016, para exigir ICMS no valor de R\$197.195,22, acrescido da multa de 60% com a seguinte imputação:

*"Falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada. Fatos geradores ocorridos em 23/10/15".*

Constou do campo descrição dos fatos do A.I.: *"Falta de recolhimento do ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte na condição de INAPTO". Ação fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT, Central de Operações Estaduais – COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 10950965000107 – 2016222.*

*A base de cálculo foi apurada através dos DANFES (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – NFe), recebidos pelo contribuinte (fls. 11 a 15), conforme memória de cálculo (doc. fl. 04), intimação fiscal e outros documentos apensos. Toda documentação aqui acostada é parte integrante do processo que constitui prova material de infração à legislação do ICMS.*

Serviu ainda de lastro probatório da acusação estampada no A.I. o Termo de Ocorrência Fiscal documento juntado à fl. 10.

Intimado pessoalmente, em 23/05/16, o contribuinte ingressou com defesa administrativa em 14/06/16, em petição acostada às fls. 21 a 22 do PAF, subscrita por seu sócio administrador, o Sr. Wilian Almeida Maia, conforme comprovado através da juntada aos autos do respectivo contrato social (doc. fls. 39 a 25).

Na peça defensiva o contribuinte salientou, inicialmente, que a empresa LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI ME se encontrava cadastrada como microempresa, desenvolvendo as atividades de comércio de material de limpeza e de fabricação de papel para uso na higiene pessoal, conforme CNAE 17.21-4/00.

Afirmou, em seguida, que no presente Auto de Infração, é exigido ICMS a título de antecipação parcial sobre as operações de aquisição de mercadorias para fins de comercialização. Porém, os DANFES arrolados no processo são todos referentes a aquisições de equipamentos que seriam utilizados nos processos de fabricação de papel, constituindo, portanto, ativos imobilizados da empresa.

Frisou que de acordo com a legislação em vigor a antecipação parcial está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à revenda e, o diferencial de alíquotas, nas operações de entrada de materiais de uso e consumo e ativos permanentes, desde que o sujeito passivo não esteja enquadrado na condição de microempresa.

Argumentou que no caso em exame, os DANFES listados na autuação se referem a equipamentos destinados ao ativo permanente da empresa, situação em que é dispensado do pagamento do ICMS por diferença de alíquotas.

Acrescentou, mais à frente, que as operações acobertadas por todos os DANFES (nºs 1.138 / 1.137/0300 / 0301), à exceção do de nº 0553, foram objeto de devolução, dentro do próprio mês de aquisição, conforme demonstrado na listagem reproduzida à fl. 22. Foram também anexadas na peça defensiva, às fls. 32 a 38, cópias dos DANFES relacionados às devoluções das notas fiscais de nºs 1.138 / 1.137/0300 / 0301 - (DANFES 0102, 0103, 0106 e 0107).

O contribuinte finalizou a peça defensiva formulando pedido pela declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração vez que as operações lançadas não estavam sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação parcial, além da empresa autuada, na condição de microempresa, ser dispensada do recolhimento de ICMS a título de diferencial de alíquotas (DIFAL).

A autuante prestou informação fiscal em 01/09/2016, peça que foi apensada ao PAF às fls. 49/50. De início, afirmou que a empresa autuada declarou, na peça de defesa, ter reconhecido *“os valores lançados em declaração, porém requer deste conselho a verificação das retificações realizadas em seus lançamentos, referentes às declarações (DMA) do período citado, pois identificou diversos equívocos nos lançamentos das notas fiscais de venda das mercadorias, em sua grande maioria, sujeitas ao regime da substituição tributária e, portanto os produtos já haviam sofrido retenção e recolhimento do ICMS no sujeito passivo anterior”*.

Disse em seguida que a questão principal se resume à exigência de imposto em relação à empresa que se encontrava descredenciada e que não foram apresentadas provas do recolhimento do tributo devido.

Discorreu acerca dos procedimentos legais para a constituição do crédito tributário via lançamento de ofício, reafirmando que o autuado tinha pleno conhecimento da sua situação cadastral irregular. Teceu considerações também em torno da cobrança de ICMS a título de antecipação parcial, prevista no art. 352-A do RICMS e da correspondente penalidade lançada no A.I., inserida no art. 42, inc. IV, letra “i”, da Lei nº 7.014/96.

Concluiu a peça informativa pedindo que o Auto de Infração seja mantido.

## VOTO

Inicialmente verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado no trânsito de mercadorias contra contribuinte que, segundo a peça acusatória, se encontrava na condição cadastral de INAPTO e se refere à exigência de ICMS, por antecipação tributária, com agregação de MVA (margem de valor agregado) na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias.

O lastro probatório do lançamento se encontra baseado nos DANFES (documentos auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – NFe), cujas cópias foram anexadas às fls. 11 a 15 deste PAF e Demonstrativo denominado “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária” (doc. fl. 4). A condição de INAPTO do sujeito passivo foi documentada através do relatório juntado à fl. 6, extraído do sistema de cadastro da SEFAZ-BA.

Na peça de defesa o contribuinte apresentou provas documentais que parecem evidenciar que as operações acobertadas por todos os DANFES (nºs 1.138 / 1.137/0300 / 0301), à exceção da NF-e nº 0553, foram objeto de devolução, dentro do próprio mês de aquisição, conforme demonstrado na listagem reproduzida à fl. 22. Foram também anexadas na peça defensiva, às fls. 32 a 38, cópias

dos DANFES relacionados às devoluções das notas fiscais de nºs 1.138 / 1.137/0300 / 0301 - (DANFES 0102, 0103, 0106 e 0107).

As devoluções dos bens, nos termos da legislação de regência do ICMS, implica em desfazimento das operações de aquisição, circunstância que determinaria a exclusão dos DANFES nºs 1.138 / 1.137/0300 / 0301 do Demonstrativo de Débito em razão da inoccorrência dos fatos geradores descritos no Auto de Infração.

Em relação ao documento que teria remanescido na autuação - DANFe nº 0553, datado de 23/10/2015 (doc. fl. 15), verifico que o mesmo acobertou a aquisição de uma máquina de cortar toalha e de uma máquina de rebobinar lençol hospitalar. Trata-se de compra de equipamentos para integração no ativo fixo do contribuinte, visto que a empresa autuada opera nas atividades de venda de produtos de limpeza e fabricação de papel para uso na higiene pessoal (CNAE 17.21-4/00).

O Auto de Infração, todavia, foi lavrado 25/02/2016, revelando que a exigência fiscal sobre o documento remanescente não foi 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 Fiscal (doc. fl. 10).

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.

No caso em exame, o Agente Fiscal acosta às fls. 8/9 dos autos cópia do Mandado de Fiscalização nº 10950965000107-2016222, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, através Regime Sumário de 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 2015, 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.

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 na ação fiscal empreendida no trânsito de mercadorias.

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.

Frente ao acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Recomenda-se, todavia, a remessa dos documentos do presente PAF à fiscalização de estabelecimento para que seja avaliada possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos vícios acima apontados.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 118505.1029/16-3, lavrado contra **LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI**.

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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 27 de setembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR