

**PROCESSO** - A. I. Nº 118505.1029/16-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0173-05/16  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 13/04/2017

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0052-11/17

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO EM DESACORDO COM AS NORMAS DE REGÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Exigência fiscal realizada em apuração de fatos geradores ocorridos em exercício anterior ao fiscalizado, o que descaracteriza atividade de fiscalização de mercadorias em trânsito. Incerteza quanto à materialização de operação com incidência do imposto por antecipação. Vícios insanáveis dos procedimentos. Recomendação de renovação da ação fiscalizatória pelos agentes que atuam nas atividades de fiscalização de estabelecimentos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 25/02/16, para exigir ICMS relativo a falta de recolhimento do imposto, 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 - R\$197.195,22, acrescido da multa de 60%.

Na Decisão proferida a 5ª JJF fundamentou que:

*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 inocorrência 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 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 Port. SEFAZ nº 217 de 06/2012. 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.*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169. I, "a", do RPAF/BA.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF para reexame da Decisão que desonerou na sua totalidade o valor exigido no Auto de Infração, declarando sua nulidade.

Em linhas gerais a Decisão pela nulidade do Auto de Infração fundamenta que:

- A) O Auto de Infração (Modelo 4) lavrado em 25/02/16, não foi objeto de fiscalização no trânsito de mercadorias, e sim, de fiscalização típica em estabelecimento, conforme Termo de Ocorrência Fiscal (doc. fl. 10).
- B) Foi indicado que a lavratura de AI ocorreu no trânsito de mercadorias, na primeira repartição

fiscal do percurso, contra contribuinte na condição cadastral de INAPTO, com exigência de ICMS, por antecipação tributária, com agregação de MVA. E que, na defesa o contribuinte apresentou prova de que as mercadorias consignada em parte dos DANFEs (das NFe) foram devolvidas, implicando em desfazimento das operações e o DANFe 0553, remanescente trata da aquisição de uma máquina de cortar toalha e de uma máquina de rebobinar lençol hospitalar.

Com relação ao primeiro fundamento, observo que as NFes de nºs 1138, 1137, 300, 301 e 553 (fls. 11 a 15) foram emitidas nos dias 10/03/15; 20/03/15 e 23/10/15. Entretanto, foi lavrado um Termo de Ocorrência em 02/02/16 (fl. 10) e indicado no Demonstrativo de Débito data de 23/10/15.

Pelo exposto, o desenvolvimento das atividades de fiscalização ocorreu quase um ano após a ocorrência das operações interestaduais de aquisição das mercadorias que foram objeto da autuação. Ou seja, não se coaduna com a acusação de que deixou de recolher o ICMS na primeira repartição da fronteira do Estado, por o contribuinte estar na condição de inapto, visto que o enquadramento da infração indica o art. 8º, §4º, I, “b” da Lei nº 7.014/96, que prevê que no caso das mercadorias for destinada à contribuinte não inscrito ou desabilitado do cadastro, o imposto será devido por antecipação tributária, no momento da entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado (art. 332, III, “d” do RICMS/12). Logo, ao ser exigido o imposto quase um ano depois, não se trata de operação de trânsito de mercadoria.

Com relação ao segundo fundamento, observo que conforme relatado no voto exarado pela 5ª JF, a fiscalização no exercício de suas atividades cumprindo o determinado no Mandado de Fiscalização nº 10950965000107-2016222, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, através Regime Sumário de Apuração do ICMS (fls. 8/9), no estabelecimento do contribuinte foi identificado no exercício de 2016, aquisições interestaduais de mercadorias no exercício de 2015, que o contribuinte alega ter sido devolvidas e que se destinaram ao ativo imobilizado.

Com relação a esta apreciação, constato que a descrição da infração indica que deixou de pagar o ICMS antecipação parcial sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, por o contribuinte estar na situação de inapto, foi exigido o ICMS acrescido de MVA. Portanto, em se tratando de constatação de inaptidão caberia investigar se no momento que foi desencadeado a atividade fiscalizadora o contribuinte estava inapto, averiguar se efetivamente ocorreram as devoluções que alegou ter sido feitas, e em se tratando de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, caberia a exigência do ICMS do diferencial de alíquota, se exigível.

Observo que parte do lançamento poderia ser saneado mediante a realização de diligência fiscal, desde que não mudasse o fulcro da infração. Como o primeiro vício (ação fiscal que não ocorreu no trânsito de mercadorias) não é passível de saneamento, considero correta a Decisão proferida pela 5ª JF, que deve ser mantida pela Nulidade do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, reiterando a recomendação de que a autoridade administrativa determine a realização de fiscalização no estabelecimento autuado para averiguar se inexistiu a falta de pagamento de ICMS devido, a salvo dos vícios acima apontados.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **118505.1029/16-3**, lavrado contra **LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI**. Recomenda-se que a autoridade administrativa determine a realização de fiscalização no estabelecimento autuado para averiguar se inexistiu a falta de pagamento de ICMS devido, a salvo dos vícios acima apontados.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS