

A. I. Nº - 099883.0498/17-4
AUTUADO - UNIK ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/07/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0082-01/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal; os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, fulminam de materialidade a exigência. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/08/2017, exige ICMS no valor de R\$30.161,47, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em razão da irregularidade descrita a seguir: *"falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, ocorrido em 23/08/2017.*

Consta ainda no campo descrição dos fatos: *"deixou de recolher o ICMS da antecipação parcial/total das mercadorias enquadradas no Anexo Único do RICMS/BA, constante nos DANFE's nº 164.782, 165.020 e 538.025. Apuração feita pela Central de Operações Estaduais – COE, Mandado de Fiscalização nº 5643237000104-201786.*

Na peça defensiva apresentada (fls. 12 a 14), alega o autuado a sua tempestividade, aduzindo que o Auto de Infração não pode prosperar, pois possui crédito fiscal reconhecido judicialmente no bojo da Ação Declaratória nº 0520811-52.2013.8.05.0001. Afirmou que os valores devidos a título de ICMS foram devidamente compensados com o referido crédito fiscal.

Disse que no dia 23/08/2017, a mercadoria da contribuinte chegou a um dos postos de fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ao analisar os respectivos DANFEs, o agente de fiscalização identificou que supostamente não havia sido recolhido o valor devido a título de ICMS, motivo pelo qual lavrou o auto de infração em referência.

Alegou que o agente fazendário lavrou o auto de infração, desconsiderando que o autuado possui crédito fiscal devidamente compensado com os valores devidos a título de ICMS, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, que condenou o Estado da Bahia à restituição, mediante compensação com operações futuras, dos valores indevidamente recolhidos a maior nos últimos cinco anos, contados do ajuizamento da ação.

Destacou que a sentença fora julgada procedente para determinar ao Estado da Bahia *"que utilize como base de cálculo das operações realizadas pelas Autoras com comércio de gêneros alimentícios em geral, notadamente a venda de carne, para fins de incidência do ICMS, o preço da operação do produto; condenando-o, em consequência, à restituição, mediante compensação com operações futuras, dos valores indevidamente recolhidos a maior (com base na IN SAT n. 4, de 27/01/2009) nos últimos cinco anos, contados do ajuizamento da ação, que deverão ser apurados em liquidação de sentença e devidamente corrigidos nos termos estipulados nesta decisão".*

Disse que diante do trânsito em julgado da sentença, a notificada requereu a liquidação da sentença, evidenciando montante a ser restituído no valor de R\$1.694.175,57. O Estado da Bahia manifestou concordância, motivo pelo qual, em 13/09/2016, o juiz promoveu a homologação dos cálculos, de modo que desde a referida data a notificada começou a compensar os valores devidos a título de ICMS, com o crédito reconhecido judicialmente.

Lamentou que mesmo após a decisão de homologação dos cálculos, os prepostos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, não reconhecendo o crédito fiscal da notificada, continuaram lançando créditos tributários, como o que ora se verifica, e apreendendo mercadorias da notificada, em flagrante descumprimento à decisão judicial, levando o juiz a proferir nova decisão em 10/11/2016, determinando que o Estado da Bahia *“cumpra a sentença, de forma que não crie, direta ou indiretamente óbice ao exercício do direito de compensação do crédito fiscal reconhecido judicialmente, viabilizando que a requerente proceda à compensação no limite do crédito fiscal de ICMS liquidada, com débitos de operações futuras, relativos a todos os tipos de recolhimento de ICMS existentes no RICMS-BA, abstendo-se de adotar medidas restritivas ao exercício do direito, tais como retenção de mercadorias e cobrança ilegítima do ICMS devidamente liquidado por compensação, sob pena de descumprimento da sentença”*.

Confirmou que no que tange aos DANFEs n. 164.782; 165.020; 538.025, que fundamentaram a lavratura do presente Auto de Infração, verifica-se que nos respectivos DAEs consta a informação da compensação do imposto devido, com o crédito fiscal decorrente da Ação Judicial nº 0520811-52.2013.8.05.0001. Acrescentou que na planilha de acompanhamento da compensação, no mês de agosto/2017, os DANFEs n. 164.782; 165.020; 538.025 estão devidamente registrados e os respectivos créditos tributários computados para abatimento do crédito fiscal da notificada.

Postulou ainda, a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexos e perícia técnica.

Na informação fiscal prestada (fl. 95), o autuante disse que a ação fiscal teve origem na COE, ordem de serviço em Mandado de Fiscalização nº 5643237000104, emitido em 06/08/2017.

Reconheceu que o autuado obteve no Tribunal de Justiça da Bahia o direito de compensar créditos fiscais, conforme Ação Judicial nº 0520811-52.2013.8.05.0001. Opinou pela improcedência do auto de infração.

VOTO

A autuação não pode prosperar em face das várias irregularidades observadas em todo o procedimento fiscal, inclusive na lavratura do respectivo Auto de Infração.

De início, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura do Auto de Infração (23.08.2017), do Mandado de Fiscalização (07/08/2017) e da intimação do contribuinte (11/12/2017), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Inexiste nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal, que deveria documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, quando desnecessária a apreensão nas operações de trânsito, conforme estabelece o art. 28, IV-A do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 03); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 04); três DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de saídas em 07, 12 e 14 de julho de 2017 (fls. 05 a 07); todos, em contrário, comprovam que não se trata de operação ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo ainda, que o modelo de Auto de Infração adotado no caso em concreto, é, de fato, o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4), e que o autuante é um Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no art. 42, II do RPAF BA, para a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte, que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nesse sentido, a tarefa de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária, deverá sempre pautar-se em um termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal. Na fiscalização de trânsito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Termo de Liberação ou de Depósito, objetivam documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

A fiscalização de trânsito ocorre, contudo, quando as mercadorias estão, por óbvio, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias em situação irregular, oportunidade em que a competência para a autuação é dos Agentes de Tributos Estaduais.

O que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração próprio para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a investigação, o que efetivamente não ocorreu no caso em concreto, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 23/08/2017, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias nessa data. Um Mandado de Fiscalização para o comparecimento do Agente de Tributo, no estabelecimento do autuado, foi expedido em 07/08/2017, conforme consta nos documentos retro referenciado. Respectivo Auto de Infração somente foi lavrado no dia 23/08/2017. Verifico ainda que a intimação regular ao contribuinte somente ocorreu em 11/12/2017, constituindo-se um atraso considerável na apuração do suposto ilícito tributário, simplesmente pela falta de observação do rito legal próprio.

Em não se tratando de ocorrência pontual no trânsito de mercadorias e sendo o contribuinte autuado inscrito no cadastro de contribuinte na condição de normal, não poderia o respectivo Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, a teor da Lei nº 11.470/09, além do RPAF BA.

A legislação estabelece competência aos auditores fiscais na constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional (art. 42, I, RPAF BA), lugar da autuação dos agentes de tributos, para constituição de créditos tributários (art. 42, II, RPAF BA).

Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (as operações listadas não são operações de trânsito) e ausência do Termo de Ocorrência, com amparo no art. 18 do RPAF, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Diante do todo exposto, o presente Auto de infração é NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **099883.0498/17-4**, lavrado contra **UNIK ALIMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR