

A. I. Nº - 210313.0036/18-0
AUTUADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/11/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-01/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias. 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 02/03/2018, exige ICMS no valor de R\$39.352,67, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em razão da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total antes da entrada no território deste Estado, em aquisição interestadual de cortes de frango, em cumprimento ao Mandado de Fiscalização COE nº 14345032000303-2018226 (54.05.10), ocorrido em 02/03/2018, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 28 a 35. Ressaltou que o Auto de Infração é nulo porque foi lavrado por agente incompetente, isto é, Agente de Tributos que, nos termos do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não possui atribuição de executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais em estabelecimento de contribuinte que apura o imposto pelo regime normal de apuração.

Destacou que as mercadorias indicadas nas notas fiscais relacionadas no auto de infração não estavam em trânsito na data da lavratura. Afirmou que as mercadorias foram recebidas durante o mês de janeiro e o auto de infração foi lavrado em março.

Acrescentou que efetuou o pagamento de todo o ICMS devido antes da entrada das mercadorias no Estado e anexou os comprovantes das fls. 52 a 92. Requereu a improcedência do auto de infração.

Na informação fiscal prestada (fls. 53 e 54), a autuante disse que o § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956/81 permite que o agente de tributos efetue fiscalização de mercadorias em trânsito. Acrescentou que a ação fiscal está baseada no Decreto nº 14.208/12 que criou o novo modelo de fiscalização de trânsito de mercadorias e que para sua operacionalização foi criada a Central de Operações Estaduais – COE. Enfatizou que não houve visita ao estabelecimento, nem intimação, retenção ou solicitação de qualquer documento, livro fiscal ou lavratura de termo de início de fiscalização.

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 (02/03/2018), da data de emissão dos documentos fiscais (entre 23 e 31/01/2018 - fls. 06 a 12), e da intimação do contribuinte (06/04/2018) (fl. 26), além da existência de Mandado de Fiscalização (fl. 04), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 04); memória de cálculo, relacionando às notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 05); seis DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão entre 23 e 31 de janeiro de 2018 (fls. 06 a 12); 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 lotada 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 02/03/2018, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias, nessa data.

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, de acordo com a 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 do RPAF BA), lugar da autuação dos agentes de tributos para constituição de créditos tributários (art. 42, II do RPAF BA).

Ademais, o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado através de análises e cruzamentos prévios das informações, mediante critérios de relevância e risco da mercadoria, do contribuinte e do transportador. O monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como risco de sonegação. Em momento algum este decreto buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário, e ainda assim, continuarem a ser

consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

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

Diante do todo exposto, o presente Auto de infração é NULO, recomendando que na repetição dos atos sejam analisados os comprovantes de recolhimento anexados pelo autuado neste auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210313.0036/18-0**, lavrado contra **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se a repetição dos atos em nova ação fiscal, analisando os comprovantes de recolhimento anexados pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR