

A. I. Nº - 232195.0280/17-0
AUTUADO - SANTAGEN COMERCIO DE ARTIGOS DO VESTUARIO LTDA
AUTUANTE - WELIGNTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-02/18

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 e os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 17/11/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$27.502,75, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Referente ao período de outubro/2017.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 18 a 19, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva afirmando que o estabelecimento notificado realizou a devolução total das mercadorias indicadas no DANFE 669, conforme cópia da nota fiscal nº 108, que anexou. Assim, defendeu a impossibilidade da antecipação parcial na situação em debate.

Sustentou que o auto de infração foi lavrado por preposto titular do cargo de Agente de Tributos Estaduais (ATE), que não tem competência legal para desenvolver ação fiscal no estabelecimento do autuado.

Alegou que o estabelecimento autuado não está enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, conforme documento anexado aos autos.

Destacou o § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 1981, que diz apenas competir aos Agentes de Tributos Estaduais 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.

Posteriormente, ponderou que a fiscalização realizada não foi sobre mercadorias em trânsito no Estado da Bahia, como determina a Lei.

Assegura que a fiscalização foi originária da COE – Central de Operações Estaduais, através do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO Nº 10626454000479-20171013.

Enfatiza que o DANFE 669 deu circulação às mercadorias no mês de outubro de 2017. A partir da fiscalização realizada, foi lavrado o auto de infração em referência no dia 17 de novembro de 2017.

Explana que para que o procedimento de fiscalização desenvolvido pelo Agente de tributos se enquadrasse na chamada “fiscalização de mercadorias em trânsito”, conforme previsto no § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 1981, deveria ter ocorrido durante o trânsito das mercadorias pelo território do Estado Bahia.

Destacou que a “fiscalização no trânsito de mercadoria” se caracteriza pelo desenvolvimento do procedimento fiscal de fiscalização iniciado durante o trânsito da mercadoria pelo território do Estado.

Frisa que não se pode considerar fiscalização no trânsito de mercadoria como procedimento de fiscalização sobre mercadoria que um dia transitou pelo território do Estado.

Conclui que o auto de infração nº 232195.0280/17-0 foi lavrado por agente sem competência legal para fazê-lo.

Por fim, pleiteou a nulidade do auto de infração.

Caso a nulidade não seja acatada, pleiteou pela improcedência do auto de infração.

Posteriormente, o Autuante fiscal apresentou sua informação fiscal, fls. 32 a 36. Inicialmente, pontuou que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação à empresa encontrar-se “descredenciada” para pagamento da antecipação tributária, afirmou ser esta uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, que além de não questionar a ação FISCAL apenas declara que “não se pode considerar fiscalização no trânsito de mercadoria como procedimento de fiscalização sobre mercadoria que um dia transitou pelo território do Estado” e arremata: que o auto de Infração foi lavrado por agente sem competência.

Ressaltou que a Impugnante ao declarar o exposto demonstrou que desconhece a legislação. Asseverou que início da ação fiscal partiu de uma obrigação vinculada, exigindo o cumprimento do dever funcional e em respeito a determinação da Superintendência de Administração Tributária – SAT, Central de Operações Estaduais – COE, através de Ordem de Serviço “Mandado de Fiscalização”, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208 de 13 de novembro de 2013, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos, enviados pela Central de Operações Estaduais de observância obrigatória arts. 1º e 2º do referido decreto que reproduziu.

O Autuante assegura que está executando uma ação fiscal em obediência a uma determinação de um decreto do Governador, que tem por escopo o combate a sonegação e o contribuinte declara que realmente não vai pagar tendo seu procedimento questionável.

Destacou a declaração do autuado em sua impugnação de que: *“o estabelecimento autuado realizou a devolução total das mercadorias indicadas no DANFE 669, conforme cópia da nota fiscal nº 108, em anexo”* pelo que concluiu não ser devida a antecipação parcial.

Resumiu a situação da empresa autuada afirmando que a mesma é comercial varejista, que se encontra descredenciada, e não vem recolhendo o ICMS devido, e não quer pagar nada da antecipação parcial, conforme atesta o nosso “redy copy” (folha 10). Salientou que a norma geral da Antecipação Parcial determina o recolhimento do imposto devido antes do ingresso da mercadoria no território deste Estado, sendo o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, um benefício que é concedido para os estabelecimentos que atendam a determinadas situações, e que tenham mais de seis meses de recolhimento do tributo. A legislação é clara em relação ao assunto, senão vejamos:

“Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista

no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Alegou que se o requerente tivesse agido de forma correta deveria ter recolhido o ICMS antes da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

Em seguida, destacou a tentativa da empresa autuada de se eximir do pagamento da parcela do imposto ora discutido, o Contribuinte apresentou a Nota Fiscal de nº 0108, modelo 01 (manual), emitida em 01/11/2017, cuja natureza da operação é “devolução”. Revelou que o fato gerador da antecipação tributária ocorre no momento da entrada da mercadoria no território deste Estado, sendo portanto, devido o pagamento do tributo antes desta ocorrência. Sustentou que faltou ao contribuinte a apresentação de provas cabais de que realmente devolveu e enviou a mercadoria para o fornecedor, a exemplo de cópias do “Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas”, CTRC-e e, se possível, cópia do livro de Registro de Entradas do Contribuinte, para o qual foi devolvida a mercadoria.

Assegurou que a própria autuada reconheceu que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação, a “Antecipação Parcial”, é devido, e não foi recolhido. A autuada questionou apenas a forma de exigir o crédito tributário clamando indevidamente pela nulidade sem nenhum amparo legal. Em relação ao tema, o Regulamento do ICMS é pacífico quanto a questão, dando garantia ao entendimento expressado por este Autuante de forma que o ICMS é exigido “nas entradas” conforme prevê o artigo 332, inciso III, alínea “b”.

Posteriormente, o Autuante discorreu a respeito dos procedimentos legais para constituição do crédito.

Afirmou não haver nenhuma contestação feita pelo requerente relativa a apresentação dos fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada. A Nota Fiscal está relacionada, a identificação do infrator, a infração e os dispositivos legais dados por infringidos, todos constante na peça vestibular.

Sustentou que a ação fiscal é perfeita, pois trata-se de um fato comprovado através da “COE”. O descredenciamento da empresa, com cópias dos referidos documentos anexadas ao processo. Em outras palavras, afirmou que a redação está bem definida e não existe nenhum erro no procedimento. Segundo o Autuante, na tentativa de desvencilhar-se do processo, a autuada chega ao ponto de questionar até a competência da ação fiscal.

Insistiu que o material colhido e apensado ao processo é um meio de prova contundente que não deixa nenhuma dúvida quanto a lisura do processo ao que concluiu a ação fiscal. Afirmou que a requerente tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial que só foi descoberto pela ação da “COE”, uma nova ferramenta de trabalho da fiscalização do Transito de Mercadorias muito importante criada pela administração tributária e que está sendo cumprida através do mandato de Fiscalização.

Realçou que o autuado é sabedor de que estava em SITUAÇÃO IRREGULAR (descredenciado) e isto está sacramentado, desta forma, concluiu que o requerente preferiu contestar como uma forma de postergar o pagamento do tributo.

Defendeu que o crédito foi reclamado em obediência à legislação, que determina através do artigo 12-A, da Lei 7.014, a cobrança da ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Aduziu que em relação ao tema o CONSEF é pacífico quando a questão, dando garantia ao entendimento expressado por este Autuante pois atende as normas regulamentares.

Ressaltou e informou que o requerente procurou de todas as formas se eximir do pagamento da antecipação parcial. Desconsiderar a ação fiscal é mudar todo procedimento instaurado através da Lei 7014/96 que baseou toda a ação fiscal.

Por fim, concluiu que não há como sustentar os argumentos do Autuado quanto a sua ilegitimidade quanto paciente do tributo devido, defendendo a ratificação do presente auto de infração pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, com relação ao imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

O presente Auto de Infração modelo 4, foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS por *“falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”*.

Todavia, não deve 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 ocorrência dos fatos (31/10/2017), com a lavratura do Auto de Infração (17/11/2017) e intimação ao contribuinte (02/01/2018), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias, que exige apuração do delito fiscal no momento de sua ocorrência.

Nessa esteira, verifico que sequer consta dos autos o Termo de Ocorrência Fiscal, o qual é utilizado para 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, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Consta dos autos, entretanto, o *“Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal”* (fls. 05 e 06), *“Relação de Contribuintes Descredenciados”* fl. 08 e Lista de DANFE indicados para a constituição de Crédito Tributário (fls. 11 e 12), os quais reforçam a conclusão de que o objeto da autuação não se refere a operação ocorrida no trânsito de mercadorias.

Ressalto, todavia, 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/99, para a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e em 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 não poderá prescindir do termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal, que no caso da fiscalização de trânsito de mercadorias, seria o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Termo de Liberação ou de Depósito que 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/99). Estes, entretanto ausentes no presente Processo Administrativo Fiscal -PAF.

Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário. A fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida por ocasião da ocorrência do transporte da mercadoria, único fato que caracteriza a situação de *“mercadorias em trânsito”*, pois não é o fato da 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 apenas e unicamente o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em situação de trânsito entre o remetente e seu destino. Verifico que não foi isso o ocorrido no presente Auto de Infração.

Vale lembrar que a legislação estabelece competência apenas aos Auditores Fiscais na constituição de créditos tributários nos casos não relacionados à fiscalização de mercadorias em

trânsito ou nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, pois estas situações são restritas à competência dos Agentes de Tributos, para constituição de créditos tributários (Art. 42, II, do RPAF/99). Sendo assim, considerando que o lançamento não ocorreu em situação de trânsito de mercadorias e que a Impugnante não é optante pelo Simples Nacional, conforme pude constatar dos arquivos da SEFAZ-BA, carece o Autuante de competência para figurar no feito como Autoridade Lançadora.

Constata-se, então, haver ocorrido invasão de competência, resultando que a lavratura do presente Auto de Infração se deu em desconformidade com a forma legal. Assim, em face do ato ter sido praticado por autoridade, órgão ou servidor incompetente, tendo em vista que as operações listadas não se referem operações de trânsito de mercadorias, e pela falta de documentos essenciais (ausência do Termo de Ocorrência válido), com amparo no Art. 18, do RPAF, incorre em nulidade o lançamento efetuado. Diante do exposto, voto como NULO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.0280/17-0**, lavrado contra a empresa **SANTAGEN COMERCIO DE ARTIGOS DO VESTUARIO LTDA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR