

A. I. N° - 232153.0046/18-3
AUTUADA - ATC PISOS LTDA.
AUTUANTE - ELIEZER DE ALMEIDA DIAS
ORIGEM - DAT SUL/IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/12/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-03/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO E INAPTO NO CADASTRO ESTADUAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR AGENTE PÚBLICO INCOMPETENTE. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES ESSSENCIAIS PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. VICÍO INSANÁVEL. DECRETAÇÃO DA NULIDADE. Caracteriza nulidade do lançamento quando o procedimento fiscal é desenvolvido por preposto fiscal com atribuições para atuar na fiscalização de mercadorias em trânsito, sendo que, na verdade, a ação só seria possível quando as mercadorias ingressassem no estabelecimento autuado, caso em que se materializa o fato gerador. Cobrança formalizada em modelo incorreto de auto de infração e mandado de fiscalização com termo de ocorrência só concebidos para a atuação no trânsito de mercadorias. Autuação enseja vício formal irrecuperável, proporcionando a nulificação do ato. Auto de Infração NULO de pleno direito. Decisão unânime.

RELATÓRIO.

Oriundo da IFMT SUL, reclama o presente lançamento de ofício o seguinte:

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 outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

A irregularidade implicou em desobediência ao contido nos arts. 12-A, 23, III, 32 e 40, todos da Lei 7014/96, c/c o art. 332, III, “b”, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13780/2012, com multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

Traduz a dívida o valor nominal de R\$36.288,21, apontando-se a data de ocorrência 27/4/2018.

Alega-se estar o autuado enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Junta o autuante os seguintes demonstrativos:

- Planilha de Cálculos da Antecipação Parcial (fls. 04/42).
- Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 43).
- Anexos ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos no trânsito de Mercadorias (fls. 44/57).
- Parecer Opinativo – Mandado de Fiscalização (fls. 58/61).
- Danfes alcançados pela fiscalização (fls. 62/160).

- Documentos de Arrecadação – DAEs (fls. 161/164).

A IFMT Sul expediu intimação (fl. 165) ao contribuinte via “correios”, mediante “aviso de recebimento” (fl. 166), para este pagar a dívida ou contestá-la no prazo de lei.

A defesa (fls. 168/171) suscita preliminarmente a nulidade do lançamento face ausência de indicação do fundamento legal para a exigência do tributo e da penalidade, além da carência de informações que considera essenciais no auto de infração.

Neste compasso, assevera que todo procedimento administrativo fiscal deve se pautar no princípio da fundamentação, vez que todo e qualquer ato deve se basear em expressa fundamentação legal, ou seja, o dispositivo com o qual o fisco suportou sua acusação. Inobservar dito princípio equivale também a violar a legalidade tributária, a tipicidade cerrada, o contraditório e a ampla defesa, citando, inclusive, doutrina de James Marins.

Aduz que o princípio da fundamentação encontra respaldo no art. 129 do COTEB e art. 139 do RPAF-BA.

Salienta que a autuação faz apenas referência a dispositivos da Lei 7014/96, diploma instituidor do ICMS na Bahia, e que isto é muito pouco para “se aferir com exatidão, em qual infração ocorreu o contribuinte, inviabilizando a defesa ou prova em contrário do sujeito passivo” (sic; fl. 170).

E, por “corolário lógico”, não há que se falar em aplicação da sanção pecuniária.

Pede, por fim, que seja acolhida a questão preliminar suscitada, decretando-se a nulidade do auto de infração ante a ausência de indicação dos fundamentos legais para a exigência do tributo e, acaso rejeitada, seja o auto de infração julgado improcedente, nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF-BA.

Não há arguições de mérito.

Procuração anexada à fl. 172.

Alterações contratuais da autuada também são apresentadas (fls. 173/177).

Documentos da autuada também em mídia eletrônica.

Informações fiscais (fls. 185/187) – produzidas por fiscal estranho ao feito - atendem aos requisitos estabelecidos no §6º do art. 127 do RPAF-BA.

No seu bojo, vê-se reconhecimento da nulidade do lançamento de ofício, haja vista o descumprimento de formalidade essencial à continuação da cobrança, qual seja, a lavratura por parte de preposto fiscal cuja investidura de funções não engloba a situação aqui alcançada.

Pondera o informante que, na verdade, o auto de infração foi lavrado para atender ordem da Central de Operações Estaduais (COE), haja vista a aquisição de produtos por parte de contribuinte que estava com a sua inscrição DESCREDENCIADA, sem o pagamento do imposto estadual a título de antecipação tributária parcial.

E esclarece que se trata de “microempresa com regime de pagamento por conta corrente fiscal, como se observa no documento de fls. 60, portanto fora do alcance da competência funcional do agente de tributos para constituição do crédito, afastado do transito de mercadorias, ao teor do que dispõe o art. 107, §2º, do COTEB...” (sic; fl. 185).

Traz, para sustentar seu pedido de nulificação, Acórdãos da 4ª JJF, 2ª CJF e 1ª JJF, nos quais se vê que em casos semelhantes decidiu-se pela nulidade da exigência porque utilizou-se modelo específico de fiscalização de trânsito de mercadorias para alcançar operações de comércio, sendo que o termo de ocorrência resultou inválido, por não materializar fiscalização de mercadorias em trânsito, desatendendo-se o inciso IV do art. 28 do RPAF-BA.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Atribuo suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, portanto, a relatar o meu voto.

VOTO.

A questão ora ventilada precisa ser analisada focando-se na informação produzida pelo fiscal estranho ao feito.

Em primeiro lugar, porém, cumpre esclarecer que a fiscalização de trânsito do sul do Estado cobrou da empresa o imposto devido por antecipação tributária já no posto de fronteira, antes mesmo das mercadorias adentrarem o estabelecimento autuado, pelo fato dele ter sido DESCREDENCIADO, deixando, nestas condições, de usufruir de prazo maior para recolhimento do tributo.

Pela leitura do documento de fl. 43, o agente fiscal lavrou um Termo de Ocorrência Fiscal, pautado em mandado de fiscalização, para documentar a situação irregular dos bens e das mercadorias, na hipótese de desnecessidade de Termo de Apreensão.

Todavia, como se verá adiante, a atuação desenvolvida pelo agente autuante não caracteriza fiscalização de mercadorias em trânsito, e sim, uma fiscalização de comércio, a ser encetada depois que os produtos entrarem no estabelecimento, nunca é demais relembrar.

A começar pela quantidade expressiva de itens e de documentos fiscais contidos nos demonstrativos de fls. 04 a 42, que bem delineiam tratar-se de procedimento a ser desenvolvido por prepostos que atuem na “fiscalização de comércio”, para usar novamente uma expressão da *praxis tributária*.

São, portanto, documentos fiscais emitidos em datas pretéritas à ocorrência consignada no auto de infração, cujo modelo só admite o registro de uma única data.

Por isto mesmo, a lavratura da irregularidade não poderia ter sido formalizada no Modelo “Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias”. A situação aqui retratada não pode caber numa autuação típica do trânsito de mercadorias. Não poderia ser este o modelo formal que deveria abrigar o lançamento de ofício.

Importantíssimo assinalar, ainda, que coube a agente de tributos lavrar o lançamento de ofício contra Microempresa, mas que faz a apuração do seu imposto com base no cotejamento entre os débitos e créditos fiscais, o conhecido conta-corrente normal do imposto, conforme fazem prova os Pareceres Normativos – Mandados de Fiscalização (fl. 58/61).

Nestas condições, não reunia o autuante a investidura formal para constituir créditos desta natureza, porque direcionado contra sujeito passivo que não adota a tributação sobre a receita bruta como forma de apuração do ICMS.

Taxativo é o mandamento disposto no art. 7º, III da Lei 8210/2002, com redação modificada pela Lei 11.470/2009, ao dizer que faz parte da competência dos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos integrantes do Simples Nacional.

Comando replicado no art. 42, II do RPAF-BA, vale dizer, o de competir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários resultantes da fiscalização de mercadorias em trânsito e das microempresas e empresas de pequeno porte, que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Igual disposição se encontra no art. 107, §3º do COTEB.

Vejam-se estes dois últimos dispositivos:

COTEB

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 3º Compete 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.”

RPAF-BA

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

(...)

II - compete 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”.

Não estava o contribuinte oficialmente sujeito a regime especial de fiscalização e pagamento, que no caso em tela, autorizasse mais ainda a antecipação do fato gerador para a entrada das mercadorias na divisa do Estado da Bahia, em vez de ser quando do seu ingresso nas dependências do estabelecimento comercial.

A operação não era para ser feita no trânsito das mercadorias, e sim depois que ela adentrasse os portões da empresa, por assim dizer. É, portanto, uma operação típica de fiscalização de comércio.

Ainda mais quando o titular das mercadorias adota como forma de pagamento do imposto o sistema de conta-corrente fiscal.

Tais defeitos de forma, suscitam irremediavelmente a nulidade do procedimento, seja porque lavrado em modelo de auto de infração inadequado, seja porque efetivado para alcançar fatos geradores pretéritos e não interceptados ainda quando as mercadorias transitavam com destino ao estabelecimento autuado, seja porque a empresa se vale da conta-corrente com cotejamento de débitos e créditos fiscais.

Neste sentido, a nulidade do auto de infração vem sacramentada pela disposição do art. 18, I do RPAF-BA, *verbis*:

“Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;...”

Vale pontuar, que o fiscal estranho ao feito, ao produzir o informativo correspondente, percebeu tais anomalias formais. Tanto é que pugnou pela nulidade do lançamento de ofício.

Bem a propósito, somem-se às decisões trazidas pelo informante os escólios abaixo:

“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O procedimento fiscal ultrapassou o roteiro legal estabelecido

para a fiscalização de mercadoria de trânsito. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece de competência ao Agente de Tributos na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, devendo ser observadas as regras de direito formal, que determinam a quem compete a constituição do crédito, bem como os procedimentos a ele inerentes. Pelo art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente ou o lançamento efetuado com preterição do direito de defesa e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

**“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0115-02/15**

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece competência ao Agente de Tributos autuante a lavratura de Auto de Infração no caso concreto. Decretada, de ofício, a NULIDADE do procedimento fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime”

**“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0044-02/15**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE DESCRENDENCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Sujeito passivo optante do regime normal de apuração do imposto. O lançamento de ofício deve cumprir os requisitos formais para produzir seus efeitos jurídicos, dentre os quais consta a competência do autuante. Constatação de que os atos da ação fiscal empreendida, que culminaram na lavratura do Auto de Infração, foram efetuados por servidor sem competência legal. Infringência às normas contidas no art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.470/09 e no art. 42, II, do RPAF/99. Aplicação do art. 18, I, c/c art. 20, todos, do RPAF/99. Recomendada a renovação do procedimento fiscal. Art. 21 do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

Inquestionavelmente, o autuante laborou em vício formal insanável, comprometendo todo o procedimento legal e maculando o ato de lançamento de invalidade, incapaz, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

Por seu turno, pela circunstância de preferir a qualquer outra questão jurídica a aferição do ato administrativo do lançamento ter sido efetuado por autoridade administrativa incompetente e sendo esta resposta afirmativa, todo o restante das alegações fica prejudicado de apreciação, inclusive a arguição do contribuinte de nulidade do lançamento pelo veio da ausência de indicação do fundamento legal e de informações essenciais para a caracterização da irregularidade.

Portanto, considero nulo o presente lançamento, recomendando-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, de acordo com o estabelecido no art. 21 do RPAF-BA.

RESOLUÇÃO.

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232153.0046/18-3**, lavrado contra **ATC PISOS LTDA**, recomendando-se à unidade fazendária de origem do lançamento, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito no sentido de, à vista dos fatos geradores aqui

analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas. Alçada restrita à primeira instância, ressalvada a hipótese estabelecida no §2º do art. 169 do RPAF-BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

PAULO DANILI REIS LOPES