

A. I. Nº - 210436.0099/18-1
AUTUADO - BBA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.03.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-02/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Procedimento fiscal a estabelecimento efetuado como se fora em operação de mercadoria em trânsito 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 ato administrativo estritamente vinculado, devendo a autoridade fiscal 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 29/06/2018, o Auto de Infração exige ICMS no valor histórico de R\$37.610,39, acusando falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal. Período: Junho de 2018. Enquadramento legal: Alínea “b” do inciso III, do art. 332, I do RICMS-BA/2012, c/c os arts. 12-A, 23, III, 32 e 40, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição que a ação fiscal é originária da Central de Operações Estaduais – COE, através da OS emanada do Mandado de Fiscalização nº 145298290001-2018624, em consonância com o que determina o Decreto nº 14.208/13, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos – DANFES recebidos pelo contribuinte, conforme planilha anexa.

O autuado impugna o lançamento fiscal à fls. 84-95. Fala da tempestividade da defesa, relata os fatos e, de logo, pede a decretação da nulidade do procedimento fiscal por não especificar exatamente qual seria o requisito legal que ele, autuado, não preencheu e por ausência de elementos essenciais à identificação da infração, cerceando o direito à ampla defesa.

Reproduzindo o art. 142 do CTN, alega que o lançamento não é claro, pois, mesmo a genérica descrição dos fatos, não a individualiza a conduta e que a autuação está desacompanhada de prova capaz de atestar, de modo incontestável, que a Impugnante estaria descredenciada.

Seguindo, no item 4 – 4.1 da Defesa, trata de demonstrar sua regularidade cadastral na SEFAZ. Aduz que o ponto central do AI aparenta girar em torno do fato do momento em que o ICMS antecipação tributária parcial é devido, havendo dúvida razoável se no momento da entrada da mercadoria no solo baiano, ou no dia 25 do mês subsequente ao da realização da operação.

Para comentá-lo detalhadamente, reproduz a disposição legal de enquadramento do AI e diz que, estando regular desde 25/01/18 (conforme consulta no site da SEFAZ, Doc. 06), tem o direito de pagar o tributo até o dia 25 do mês subsequente ao da realização da operação, de modo que constando ocorrência em 24/06/18, a autuação não procederá já que preenchia todos os requisitos para pagar o tributo posteriormente.

Nesse sentido, destaca que tendo em vista que o ato de credenciamento à antecipação tributária ter caráter declaratório, mesmo que a empresa tivesse regularizado sua situação de habilitado em momento posterior ao do lançamento, ou seja, 29/06/18, o lançamento seria improcedente.

Com relação à determinação contida no §2º, “a”, do art. 332, do RICMS-BA, informa que dispõe de aplicativo para eletronicamente manifestar-se sobre NFs-es emitidas em relação ao seu CNPJ, para cientificar sobre emissão, confirmação da operação ou seu desconhecimento e, caso seja do interesse do julgador, requer prazo para fazê-lo.

No item 4.4, diz que, como se nota dos DAE's e dos respectivos comprovantes de pagamento (Doc. 4), o ICMS relativo aos DANFES indicados no AI foram pagos entre os dias 28/06 e 05/07/18, totalizando R\$ 38.143,47, antes, portanto, do prazo para apresentação da impugnação, uma vez que sua ciência acerca do AI, ocorreu em 01/08/18 (Doc. 03), em razão da regularidade do credenciamento, nos termos do art. 332, §2º, I e IV, do RICMS-BA, e isto não significa reconhecimento da autuação, mas obediência ao cronograma de pagamento, consoante a legislação a respeito. Havendo, portanto, um saldo a seu favor no valor de R\$ 533,09.

Aduz que, nesse caso, também não há que falar em penalidade para o Impugnante, pois, conforme visto, pode recolher o ICMS antecipação parcial em prazo dilatado. Contudo, caso se entenda pela manutenção da multa, ela deve ser reduzida em 90%

Concluindo, pede:

- (I) A nulidade do AI, por preterição do direito de defesa e/ou ausência de elemento essencial à sua formação (prova do efetivo desc credenciamento);
- (II) A improcedência do AI;
- (III) Afastamento da multa ou a sua redução em 90%, além de ser abatido R\$ 533,09.

Na informação fiscal às fls. 243 (frente e verso), após reproduzir as alegações defensivas, a Agente de Tributos autuante informa o que segue:

- 1 – Que na data da ocorrência a empresa autuada estava desc credenciada para recolher o imposto no mês subsequente;
- 2 – Que o a ação fiscal foi desenvolvida na forma regulamentar; as NFs estão relacionadas, não existe erro no procedimento e o direito de defesa foi respeitado;
- 3 – Que o “requerente tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial que só foi descoberto pela ação da COE, uma nova ferramenta de trabalho importante criada pala administração tributária e que estamos cumprindo através de mandado de Fiscalização”;
- 4 – Que o autuado reconhece que a exação fiscal é devida e não foi recolhido, questiona apenas a data do desc credenciamento;
- 5 – Que “em relação ao tema o CONSEF é pacifico quando a questão, dando garantia ao entendimento expressado por este Autuante, pois atende as normas regulamentares”.

VOTO

O Auto de Infração contém, uma única acusação fiscal que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributaria parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedente de outras Unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Como acima relatado, a discussão da lide reside em saber se no período compreendido pela autuação o sujeito passivo estava ou não credenciado para recolher o ICMS antecipação parcial até o dia 25 do mês subsequente ao da ocorrência, já que, ainda que não analisados oportunamente pela Agente de Tributos autuante, o Impugnante anexou à peça defensiva os documentos de fls. 113-233 (DOC. 05), que são cópias de DAE's e DANFES que diz corresponderem às NFs objeto da autuação e ao respectivo pagamento da exação fiscal, antes da apresentação da defesa, razão pela qual diz que, ainda não se aceite seu argumento de direito no que diz respeito

ao *status* de contribuinte credenciado, lhe seja concedida a redução de 90% da multa sugerida no AI.

Todavia, a despeito da defesa não tê-los abordado, verifico que o procedimento fiscal do qual resultou o lançamento em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante não pode prosperar, pois, como efetuado, não respeitou aspectos formais que, ausentes, produzem insanável vício de nulidade do ato administrativo.

De logo, refiro-me à utilização do Auto de Infração Modelo “4”- Trânsito, quando, de fato, a ação fiscal realizada se mostra típica de estabelecimento.

Ora, no caso concreto, como fato que descaracteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, é o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura do Auto de Infração (29.06.2018), da data de emissão dos documentos fiscais (fl. 04 – emitidas no período 31/05 a 22/06/2018) e da intimação do contribuinte para apresentação de documentos fiscais na IFMT METRO (27/06/2018 - fl. 14), além da existência de Mandado de Fiscalização (fls. 05 e 15), documentos que indicam claramente não se tratar de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias, em que apenas se dispensa a lavratura de Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal para documentar situação de trânsito irregular de mercadorias - ausentes neste caso -, quando o sujeito passivo efetua, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada ou se o caso se relaciona à prestação do serviço de transporte (RPAF: art. 29, I, “b” e “c”).

Observe que foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fls. 05 e 15); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 10); Informativo prévio do valor do crédito passível de ser exigido (fl. 16; Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal (fls. 18-23); Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF (fls. 24-26); cópias de DANFE’s objetos da ação fiscal (fls. 27-79), elementos que, indubitavelmente, corroboram não se tratar de ação fiscal ocorrida em fiscalização com mercadorias em trânsito.

Sem embargo, ao contrário das evidências pontuadas, para formalizar o crédito tributário, equivocadamente se utilizou modelo de Auto de Infração destinado às autuações da fiscalização com mercadorias em trânsito (modelo 4), quando, em verdade, o procedimento fiscal demonstrado nos autos evidencia ocorrência de ação fiscal típica de estabelecimento.

Portanto, vê-se no caso em apreço, a presença de diversas antinomias, pois, ainda que se admita tratar-se de fiscalização de mercadorias em trânsito, para corretamente caracterizar o procedimento, e por conseguinte, o devido processo - faltar-lhe-ia imprescindíveis documentos, quais sejam, “Termo de Ocorrência Fiscal”, “Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal)”, “Termo de Liberação ou de Depósito”.

É que tais documentos se vinculam à estrita legalidade do lançamento tributário, pois, especialmente na fiscalização de mercadorias em trânsito, 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 e – o que não se aplicaria ao caso - a lavratura dos dois últimos citados apenas pode ser dispensada nas seguintes situações: I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: a) descumprimento de obrigação acessória; b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias (RPAF: Art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99).

Ademais, a autuação na fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva, física, momentânea, do trânsito das mercadorias em situação irregular.

Sendo assim, por óbvio, 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 ação do fisco.

Sem embargo, os autos denotam que não foi o que efetivamente ocorreu no caso em juízo de revisão administrativa, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 24/06/2018, não consta dos autos elemento que configure o evento no curso do trânsito das mercadorias objeto da autuação nessa data.

Ademais, o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias exclamado pela Agente de Tributos autuante e exposto no Decreto nº 14.208/12, consiste em 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. Tal monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas com risco de sonegação. Contudo, sua normativa não modifica a definição conceitual sobre “trânsito de mercadoria” para, extrapolando limites e permissivos legais, autorizar que ações possam ser executadas a tal título, mesmo após as mercadorias serem entregues ao destinatário. Observa-se que no presente caso, além de a ação fiscal não ter ocorrido quando a as mercadorias estavam em trânsito, vê-se no extrato cadastral de fl. 11 que o contribuinte autuado, embora inscrito na condição de microempresa, à época da autuação apurava o ICMS através de conta corrente fiscal, ou seja, era contribuinte não optante pelo regime de apuração pelo Simples Nacional, o que impediria a atuação da Agente de Tributos autuante por ilegitimidade ativa, conforme § 3º do artigo 107, do Código Tributário do Estado da Bahia, abaixo reproduzido:

Art. 107...

§ 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.

Dessa forma, em face de tais considerações, entendo que o lançamento foi efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Diante do todo exposto, voto pela NULIDADE do 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 210436.0099/18-1, lavrado contra a empresa **BBA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR