

A. I. Nº - 210436.0003/19-2
AUTUADA - FAGNER CAVALCANTE DE OLIVEIRA
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.05.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-05/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO E INAPTO NO CADASTRO ESTADUAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES ESSENCIAIS PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. VÍCIO 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 foi empreendida quando as mercadorias já ingressaram no estabelecimento autuado. Cobrança formalizada em modelo incorreto de auto de infração, intimação para apresentação de guias e mandado de fiscalização só concebidos para a atuação no trânsito de mercadorias. Autuação enseja vínculo formal irrecuperável, proporcionando a nulificação do ato. Auto de Infração NULO de pleno direito. Decisão unânime.

RELATÓRIO

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

Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial/total sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedente de outra unidade da federação por contribuinte DESCREDENCIADO. Ação fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, através da Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 27713877000186-201914, 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 nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte. DANFE(S) Nº conforme PLANILHA anexa.

E, especificamente, fez-se a tipificação abaixo:

INFRAÇÃO 01 – 54.05.10

Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

A irregularidade implicou em suposta desobediência ao contido nos arts. 8º, §3º, §4º, I, art. 23, §6º, 32 e 40, todos da Lei 7.014/96, c/c o art. 332, III, “a” e “d” do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12, com multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da mencionada Lei.

Traduz a dívida o valor nominal de ICMS de R\$31.447,52, mais consectários, apontando-se a data de ocorrência 04.01.2019.

Consta ser o autuado contribuinte Microempresa, com forma de apuração do imposto debaixo das normas do denominado “Simples Nacional”, dados cadastrais e resumo fiscal completo juntos ao PAF (fls. 09/11).

Além dos já citados documentos, junta a autuante:

- Planilha de ICMS Antecipação Parcial devido em 2018 (fl. 03).
- Intimação para Apresentação de DAEs (fl. 12).
- Histórico do Descredenciamento do Contribuinte (fl. 13).
- Mandado de Fiscalização (fls. 04/05, juntado em duplicidade às fls. 14/15)
- Rateio do valor do ICMS pago em único DAE, relativo a vários Danfes (fls. 16/17).
- Danfes (fls. 18/100).

A unidade fazendária emitiu via SIGAT para o contribuinte, intimação da lavratura (fl. 102), indo esta via “correios”, mediante “aviso de recebimento” (fl. 103), atestando-se o seu recebimento regular.

Na impugnação (fl. 105), apensada em duplicidade (fl. 106), a empresa opõe “que a autuante considerou todas as mercadorias com o mesmo NCM enquadrada na Substituição Tributária do ICMS, tendo mercadoria com o mesmo NCM, mas não é contemplada com a mesma descrição dos itens relacionados no anexo I regulamento do Dec. 13780/12 da ST e sim pertencente a outro grupo de tributação e recolhido” (sic.).

Com a defesa, planilhas são apresentadas (fls. 107/111) e também mídia eletrônica (fl. 113).

Fiscal estranho ao feito produz informativo fiscal (fl. 115, frente e verso), ponderando que, face a situação irregular do sujeito passivo, “... o direito ao desconto esta vinculada a tempestividade do recolhimento... antes da entrada no território baiano” (sic.), nos termos do art. 274, c/c o art. 332, III, “d”, ambos do Regulamento baiano do ICMS.

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 considerando inicialmente o fato da exigência atender ou não os requisitos formais reclamados pela legislação tributária, aplicável na espécie.

Em primeiro lugar, porém, cumpre esclarecer que a fiscalização de trânsito da região metropolitana de Salvador, cobrou da empresa o imposto devido por antecipação tributária, em decorrência do contribuinte estar à época da autuação na condição de DESCREDENCIADO.

Todavia, pela leitura do documento de fls. 04 e 05 (repetido às fls. 14 e 15) – mandado de fiscalização, a agente fiscal desenvolveu um monitoramento através do regime sumário de apuração do imposto, à vista do art. 318 do RICMS-BA, para alcançar operações de circulação de mercadorias com viés de risco de sonegação, com a observação no final deste mandado, de se fazer o procedimento específico de acompanhamento de descarga ou recebimento de mercadoria em operações especificadas nas NFe listadas no Anexo ao Termo de Fiscalização – “constatação de eventos no trânsito de mercadorias” (sic; destaquei).

Contudo, como se verá adiante, a atuação desenvolvida pela agente autuante não caracteriza fiscalização de mercadorias em trânsito, e sim, uma fiscalização de comércio, desenvolvida após os produtos entrarem no estabelecimento.

A lavratura da irregularidade foi formalizada no Modelo “Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias”. Por não ser uma autuação típica do trânsito de mercadorias, não poderia ser este o modelo formal que deveria abrigar o lançamento de ofício. Vale dizer que o modelo, por si só, não ensejaria a nulidade, mas a circunstância de envolver vários marcos temporais, que escapam da ideia de significar uma ação de trânsito, instantânea, que exige uma – apenas uma - data de ocorrência do fato, a interceptação da operação quando as mercadorias transitavam rumo ao seu destino.

Verifica-se pela intimação para apresentação de DAE (s), apostila à fl. 12, e a relação de **dezenas** de notas fiscais apensada à fl. 03, que pelas datas de emissão contidas no último documento citado – compreendidas entre 29.11.2018 e 21.12.2018 –, tudo leva a crer que os produtos já tinham ingressado no estabelecimento autuado quando disparada a ação de trânsito e lavrado o lançamento respectivo, mais precisamente em 07.01.2019.

Sabe-se que a ação fiscal de trânsito se caracteriza pelo fato das mercadorias, objeto da autuação, ainda estarem se movimentando fisicamente com destino ao endereço do adquirente, vale reprimir, sendo interceptadas no caminho ou quando estavam sendo descarregadas irregularmente em determinado local, sem cobertura documental idônea.

Os elementos colhidos nesta demanda, asseguram que a ação haveria de ser encetada pela equipe de servidores lotada na chamada “fiscalização de comércio”, mesmo sendo o contribuinte microempresa e recolher ICMS sob a égide do “Simples Nacional”, visto que não seria razoável numa única ação de trânsito serem açambarcados produtos contidos em quase uma centena de notas fiscais, salvo demonstração cabal em contrário, pelo que, face à inexistência disto, é de se concluir que os produtos não estavam mais se movimentando fisicamente para o seu destino.

Nestas condições, a cobrança do imposto exteriorizou-se em instrumento formal não permitido para esta situação, só utilizável quando resulta de uma ação fiscal tipicamente empreendida no “trânsito de mercadorias”, o que, definitivamente, não ocorreu para o caso sob análise.

Em suma, 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.

Tais defeitos de forma, suscitam irremediavelmente a nulidade do procedimento, porquanto efetivado quando não mais as mercadorias transitavam com destino ao estabelecimento autuado.

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;...”*

Caminham na mesma trilha, decisões proferidas pelo segundo grau administrativo, entre as quais, cabe reprodução às ementas a seguir, sobretudo porque publicadas em data bem recente:

*“PROCESSO - A. I. N° 213080.1151/16-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 4ª JJF nº 0233-04/17
ORIGEM - IEMT - DAT/METRO*

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

*2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0316-12/18*

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito,” não lhe empresta tal qualidade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV 'a' do RPAF/BA. Representação à autoridade competente para

refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime” (negritei).

*“PROCESSO - A. I. Nº 232340.0047/17-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ GLEISIVALDO BOIA DE SOUZA - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0177-01/17
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO*

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/08/2018

*2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0199-12/18*

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEERVÂNCIA 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime” (negritei).

Inquestionavelmente, a 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.

De modo que, toda a análise de mérito fica prejudicada, situação que poderá ser examinada e exigida quando da renovação a salvo de falhas do procedimento fiscal a ser refeito por quem de direito, a qual recomendo, pela inteligência do art. 21 do RPAF-BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210436.0003/19-2, lavrado contra **FAGNER CAVALCANTE DE OLIVEIRA**, 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, 02 de abril de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

TERESA CRITINA DIAS CARVALHO - JULGADORA