

A. I. Nº - 210436.0153/18-6
AUTUADA - F G - GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORT. DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.05.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051-05/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO E INAPTO NO CADASTRO ESTADUAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR AGENTE PÚBLICO INCOMPETENTE. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES ESSENCIAIS 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 mercadoria 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 só concebidos para a autuação no trânsito de mercadorias. Autuação enseja vício formal irreversível, 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 11048149000167-2018927, 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\$49.024,34, mais consectários, apontando-se a data de ocorrência 27.9.2018.

Consta ser o autuado contribuinte Microempresa, embora tenha optado pela forma de apuração do imposto através do sistema de conta corrente fiscal, dados cadastrais e resumo fiscal completo juntos ao PAF (fls. 11/15).

Além dos já citados documentos, junta a autuante:

- Planilha de ICMS Antecipação Parcial devido em 2018 (fl. 04, juntado em duplicidade na fl. 10).
- Mandado de Fiscalização (fls. 05/06, juntado em duplicidade às fls. 16/17).
- Histórico do Descrédenciamento do Contribuinte (fl. 18).
- Danfes (fls. 19/64).

A unidade fazendária emitiu, via SIGAT, para o contribuinte, intimação da lavratura (fl. 66), indo esta via “correios”, mediante “aviso de recebimento” (anexo, sem numerar), atestando-se o seu recebimento regular.

Na impugnação (fls. 68/69), a empresa reconhece parcialmente a infração, aduzindo que para determinados documentos fiscais – elencados à fl. 69 – o imposto já foi pago, dizendo apresentar os comprovantes de quitação.

Solicita, por fim, a suspensão da multa proposta, “por entendermos que a mesma não condiz com a realidade a partir dos dados apresentados” (sic.).

Com a defesa, mídia eletrônica (fl. 113) é apensada.

Fiscal estranho ao feito produz informativo fiscal (fl. 74, frente e verso), ponderando que, face a situação irregular do sujeito passivo, “... o direito ao desconto está vinculado 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.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Considero 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 aos 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. 05 e 06 (repetido às fls. 16 e 17) – 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).

A começar pela quantidade expressiva de itens e de documentos fiscais contidos no demonstrativo de fl. 04, 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 – compreendidas entre 05 e 25.9.2018 - 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 dados cadastrais do contribuinte (fl. 11), resumo fiscal completo (fls. 13 a 15) e mandado de fiscalização (fl. 17).

Nestas condições, não reunia a 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 8.210/2002, 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”.

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;...”*

Bem a propósito, cabe trazer à baila, emanados do primeiro e do segundo graus, os escólios abaixo:

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

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 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 1º 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. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime” (negritei).

“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”

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.

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.

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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210436.0153/18-6**, lavrado contra **F G - GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORT. DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO 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 abril de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - -PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIASCARVALHO - JULGADORA