

A. I. Nº - 213080.0085/18-2
AUTUADO - METALIMPEX DO NORDESTE S.A.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-01/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Evidente o equívoco incorrido pela Fiscalização ao exigir o ICMS por Antecipação Parcial, haja vista que não se trata de aquisição (entrada de mercadorias para comercialização), realizada pelo autuado, mas sim venda de mercadoria ocorrida por meio das Notas Fiscais nºs 5818, 5797, 5783, 5807, 5798, 5784 e 5782, emitidas pelo autuado, com destino à Arcelormittal Brasil S.A., que por sua vez, emitiu as Notas Fiscais eletrônicas arroladas na autuação, nas quais identificou as Notas Fiscais emitidas pelo autuado. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/07/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$24.974,75, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, imputada ao autuado: *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.*

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que o autuado não recolheu tempestivamente o imposto devido e que se encontra descredenciado no cadastro da SEFAZ/BA. Mandado de Fiscalização COE nº 20129936000124-2017115 e DANFES nºs 144465, 144460, 144505, 144523, 144521, 144520 e 144603.

Data de ocorrência: 26/10/2017

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.27 a 57). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que o Auto de Infração é improcedente.

Reporta-se sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Observa o impugnante que enquanto estiver pendente qualquer discussão na esfera administrativa, é seu direito ter a exigibilidade do crédito tributário suspenso.

Argui a nulidade do Auto de Infração. Alega ausência de descrição clara e precisa da acusação fiscal – vício na motivação do lançamento de ofício. Neste sentido, invoca a teoria da Regra-Matriz de Incidência Tributária concebida por Paulo de Barros Carvalho. Invoca e reproduz também o art. 142 do Código Tributário Nacional, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, e lição de Alberto Nogueira, para se reportar sobre o devido processo legal. Salienta que o art. 39 do Decreto nº 7.629/99 [RPAF/99] traz os requisitos necessários ao Auto de Infração. Reproduz o referido dispositivo regulamentar processual.

Afirma que no Auto de Infração em questão incorre em erro na descrição da acusação, impossibilitando-lhe o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Assevera que não realizou qualquer operação de entrada de mercadorias advindas de outras

unidades da Federação, pelo contrário, toda a mercadoria que adquire advém de empresas com domicílio fiscal no próprio Estado da Bahia.

Observa que a Fiscalização utilizou como meio de prova, diversos DANFES no intuito de fundamentar a autuação, contudo, todas as Notas Fiscais apresentadas, tem como emitente a empresa Arcelormittal Brasil S.A., que tem sua sede no Estado do Espírito Santo.

Salienta que a Arcelormittal Brasil S.A. realizou a compra de mercadorias, no caso sucatas de aço, e ao receber as mercadorias emitiu Nota Fiscal de entrada, conforme imagem que apresenta, utilizada para demonstrar as informações prestadas.

Acrescenta que a aquisição pode ser comprovada pela natureza da operação, descrita pelo número 0 (zero) que indica entrada. Ou seja, trata-se de uma nota fiscal de entrada de mercadorias que foi emitida pela empresa Arcelormittal Brasil S.A. na entrada de mercadorias em seu estabelecimento, localizado no Estado do Espírito Santo.

Observa, ainda, que as informações complementares fazem referência à Nota Fiscal nº 5782, esta sim de sua emissão referente à venda das mercadorias a Arcelormittal Brasil S.A., além do CFOP 2101 que significa compra para industrialização, entre outras informações que comprovam que houve a aquisição de mercadorias pela empresa Arcelormittal Brasil S.A.

Sustenta o autuado que desse modo, todas as Notas Fiscais emitidas pela Arcelormittal fazem menção às Notas Fiscais de saída (venda) de sua empresa, conforme apresenta:

NF Entrada (emitida pela Arcelormittal)		NF Saída (emitida pela Metalimpex)
144603	Ref. à	5818
144520	Ref. à	5797
144523	Ref. à	5783
144505	Ref. à	5807
144465	Ref. à	5798
144521	Ref. à	5784
144460	Ref. à	5782

Ressalta o impugnante que as Notas Fiscais que emitiu dizem respeito à saída (venda) de mercadorias com indicação do número 1, para a empresa Arcelormittal Brasil S.A. localizada em Cariacica/ES. Acrescenta que o CFOP 6102 indica “venda de mercadoria adquirida de terceiros”, que por estar na sequência numérica 6000, indica “Saídas ou prestações de serviços para outros Estados”.

Assevera que desse modo, há uma grande divergência entre as provas apresentadas pela Fiscalização para instruírem a autuação, com a descrição dos fatos e a aplicação da penalidade.

Diz que nesse sentido, a alínea “a” do inciso IV do artigo 18 do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF/99], determina que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para determinar que ocorreu a infração. Reproduz o referido artigo.

Assevera que a Fiscalização não conseguiu demonstrar que houve por parte da empresa infração à legislação pelo não recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial antes da entrada no território do Estado da Bahia de mercadorias procedentes de outros Estados.

Conclusivamente, diz que resta evidente a nulidade do Auto de Infração por desrespeitar os requisitos formais de validade do lançamento, nos termos do artigo 142 do CTN, assim como os princípios da motivação e da ampla defesa, instituídos na Constituição Federal, devendo ser declarado nulo de pleno direito e extinto.

Argui a nulidade do Auto de Infração por ausência de comprovação da ocorrência do fato gerador para a incidência de ICMS por antecipação tributária parcial.

Afirma que as provas juntadas não conseguem demonstrar a ocorrência da infração, tendo em vista que os documentos vinculados dizem respeito à venda de mercadorias que realizou para a empresa Arcelormittal do Brasil S.A. que possui seu domicílio fiscal na cidade da Cariacica, no

Estado do Espírito Santo.

Esclarece que a sua atividade é o Comércio atacadista de resíduos e sucatas metálicas (ferrosos e não-ferrosos); comércio atacadista de resíduo e sucatas não-metálicas; comércio atacadista de aparas e resíduos de papel e papelão; serviços de coleta, remoção e transporte através de lixeiras, veículos ou caçambas, de lixo urbano, materiais recuperáveis e resíduos não-perigosos de origem doméstica, urna e industrial; transporte rodoviário municipal, estadual, interestadual e internacional de cargas em geral e contêineres, exceto produtos perigosos e mudanças; participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, no Brasil ou fora dele, como acionista ou quotista (Contrato Social anexo).

Consigna que como é cediço, as sucatas participam do regime de diferimento, que significa o adiamento ou postergação de uma ação ou evento.

Observa que no caso do ICMS, este termo é utilizado para indicar que haverá o recolhimento em uma etapa posterior da circulação da mercadoria. Ou seja, o primeiro ou os primeiros integrantes da cadeia comercial de um produto não recolherão este imposto, sendo que este ficará a cargo do último contribuinte da cadeia, que, no entanto recolherá o valor correspondente à sua saída. Reproduz o art. 9º do Código Tributário do Estado da Bahia.

Diz que o diferimento se trata de uma modalidade de substituição tributária, conhecida também como substituição tributária para trás, em que os primeiros contribuintes foram “substituídos” na obrigação do recolhimento pelo último, ou seja, pelo contribuinte “substituto”.

Observa que quando ocorre a saída de mercadorias para outras Unidades da Federação, encerra-se o diferimento, e o imposto deve ser recolhido, consoante o artigo 286, §2º, cuja redação transcreve.

Assevera que no caso em apreço ocorreu que a saída das mercadorias para o Estado do Espírito Santo, encerrou o diferimento das mercadorias comercializadas, motivo pelo qual efetuou o recolhimento do ICMS, conforme consta em todas as Notas Fiscais que estão acompanhadas dos comprovantes de pagamentos das guias de recolhimento referente ao ICMS. Neste sentido, a título de demonstração, apresenta uma das Notas Fiscais que instruem a autuação e também a defesa.

Ressalta que todos os DANFES que instruem a autuação estão acompanhados das Notas Fiscais de saída que emitiu, assim como os comprovantes de pagamento do ICMS.

Afirma que dessa forma, resta claro a incoerência prestada pela Fiscalização na autuação, baseada na acusação de que teria deixado de recolher o ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território da Bahia de mercadorias procedentes de outro território, pois todos os documentos comprovam que, na verdade, ocorreu a saída de mercadorias do Estado da Bahia para o Estado do Espírito Santo, e não o contrário.

Salienta que a Fiscalização tem autorização para efetuar quaisquer atos que auxiliem na investigação para verificação de infração. Diz que em conformidade com o artigo 28 do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF/99], a autoridade administrativa poderá lavrar ou presidir tarefas de fiscalização, como por exemplo, a determinação de apresentação de Livros e Documentos para que sejam esclarecidas dúvidas a respeito do cometimento da infração.

Alega que no entanto, a autoridade fazendária preferiu lavrar o Auto de Infração, mesmo que sem embasamento legal e provas suficientes do cometimento da infração.

Conclusivamente, diz que diante das informações prestadas, resta claro que a lavratura do Auto de Infração sob o fundamento de que a empresa deixou de recolher o ICMS por antecipação tributária parcial decorrente da entrada de mercadorias no Estado da Bahia, está totalmente eivado de nulidade, uma vez que as provas juntadas aos autos não conseguem comprovar que ocorreu o fato gerador para a incidência do imposto.

Prosseguindo, reporta-se sobre o instituto da Antecipação Tributária Parcial decorrente de aquisição de mercadorias advindas de outros Estados.

Observa que o artigo 12 da Lei nº 7.014/1996 dispõe a respeito da Antecipação Tributária Parcial, conforme transcrição que apresenta da redação do referido dispositivo legal.

Diz que o referido artigo descreve que será exigida a antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Registra que no intuito de elucidar quem é o responsável pelo recolhimento do imposto e quando ocorre o fato gerador dessa tributação, a própria SEFAZ/BA emitiu documento de esclarecimento de dúvidas no seu site, sendo a resposta bem clara no sentido de que somente ocorre a tributação nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização.

Acrescenta que com relação ao responsável pelo pagamento do tributo, a resposta constante no documento é a de que quem está obrigado a recolher o imposto é o adquirente no Estado da Bahia, ou seja, a empresa que tenha seu domicílio fiscal no Estado da Bahia.

Portanto, o recolhimento por antecipação tributária parcial é o instituto pelo qual o contribuinte com domicílio fiscal no Estado da Bahia, adquire (compra) mercadorias com o fim de comercialização, de outros Estados, no momento em que ocorre a aquisição, acontece o fato gerador da antecipação tributária parcial e, portanto, o imposto é devido.

Reafirma que não adquiriu mercadorias de outros Estados para fins de comercialização, pelo contrário, todas as mercadorias adquiridas pela empresa advêm de empresa do próprio Estado da Bahia, conforme os documentos contábeis colacionados comprovam.

Apresenta tabela com as Notas Fiscais que instruem a autuação, com as datas em que ocorreram as emissões, assim como o peso das mercadorias vendidas, conforme abaixo:

NF Saída (emitida pela Metalimpex)	Data saída	NF Entrada (emitida pela Arcelormittal)	Data entrada	Peso
5818	26.10.2017	144603	31.10.2017	24.600,000
5797	24.10.2017	144520	30.10.2017	27.170,000
5783	20.10.2017	144523	30.10.2017	25.500,000
5807	24.10.2018	144505	27.10.2017	27.230,000
5798	24.10.2017	144465	26.10.2017	31.210,000
5784	20.10.2017	144521	30.10.2017	25.230,000
5782	19.10.2017	144460	26.10.2017	25.380,000
Total:				186.320,00

Observa que as notas fiscais arroladas na autuação totalizam 186.320,000 kg, ou seja, esta é a quantidade de mercadorias que saiu da empresa com destino a Arcelormittal do Brasil S.A. em Cariacica/ES.

Alega o impugnante que as mercadorias que comercializa são todas adquiridas de empresas domiciliadas no Estado da Bahia, sendo que tal informação poderia ter sido facilmente constatada pela autuante, com a realização de fiscalização, por meio de consulta aos livros Registro de Entradas de Mercadorias, Balancetes mensais, SPED Fiscal, Controle de Estoque, entre outros tantos documentos que consubstanciam as operações que realizou.

Frisa que como não houve essa consulta por parte da autuante, antes de lavrar o Auto de Infração, faz a juntada desses documentos para que seja avaliado em conjunto com a impugnação, a fim de comprovar a veracidade das afirmações prestadas.

No tocante ao livro Registro de Entradas, diz que é possível constatar qual a localidade de onde vieram as mercadorias. Neste sentido, colaciona cópia do Livro Registro de Entrada das Mercadorias dos meses antecedentes ao mês de outubro, que segundo diz comprovam a aquisição de mercadorias apenas advindas de empresas com domicílio no Estado da Bahia. Colaciona também cópia das notas fiscais emitidas pela Ford Motor Company Brasil Ltda., principal fornecedora da empresa, referentes às mercadorias adquiridas nos períodos antecedentes ao das notas fiscais constantes no Auto de Infração.

Salienta que no intuito de corroborar com as suas afirmações, colaciona notas fiscais de compras do período do dia 10.10.2017 à 18.10.2017, que demonstram aquisição de mercadorias em peso bem

superior ao que vendido para a empresa Arcelormittal.

Consigna que o Demonstrativo de débito que apresenta, comprova que adquiriu entre os dias 10.10.2017 e 18.10.2017 quantidade de mercadoria por peso muito superior à quantidade que foi vendida para a empresa Arcelormittal.

Afirma que diante do demonstrativo apresentado, e corroborando com o livro Registro de Entradas da empresa, comprova que além das mercadorias que adquiriu, não terem sido compradas de empresas de outros Estados, as notas fiscais de compra permitem auferir que a quantidade comprada somente em nove dias, 10.10.2017 a 19.10.2017, somam uma quantidade superior ao que fora vendido para a empresa ArcelorMittal.

Quantidade vendida para a empresa ArcelorMittal	Quantidade adquirida pela empresa Metalimpex do Nordeste Ltda entre os dias 10.10.2017 e 18.10.2017
186.320,000kg	875.650,000kg

Diz que assim sendo, a acusação fiscal de que adquiriu as mercadorias constantes nas Notas Fiscais n^{os} 5818, 5797, 5783, 5807, 5798, 5784 e 5782 de empresa de outra Unidade da Federação, é totalmente inconsistente, uma vez que o livro Registro de Entradas e as Notas Fiscais de compra, comprovam que não adquire mercadorias de outro Estado.

Quanto ao Balancete Mensal, consigna que é um demonstrativo auxiliar que relaciona os saldos das contas remanescentes no diário, sendo imprescindível para verificar se o método de partidas dobradas está sendo observado pela escrituração da empresa. Observa que este método cada débito deverá corresponder a um crédito de mesmo valor, cabendo ao balancete verificar se a soma dos saldos devedores é igual a soma dos saldos credores.

Frisa que dessa forma, colaciona ainda o Balancete de verificação referente aos meses de agosto, setembro e outubro de 2017, provando no Código Contábil 122 – Estoques na subconta 12201 (Mercadorias para revenda), que a empresa possuía em estoque quantidade suficiente e muito maior do que fora vendido à Arcelormittal com relação às Notas Fiscais n^{os} 5818, 5797, 5783, 5807, 5798, 5784 e 5782.

Mês	Saldo Anterior	Débitos	Créditos	Saldo Atual
Agosto	1.516.589,93	2.513.630,53	2.786.528,58	1.243.691,88
Setembro	1.243.691,88	2.115.365,17	2.241.350,48	1.117.706,57
Outubro	1.117.706,57	2.135.387,09	2.365.136,66	887.957,00

Salienta que dessa forma, os artigos pelos quais a autuante utiliza para enquadramento da infração, no caso art. 332, III, alínea “b”, RICMS BA (Decreto n° 13.780) c/c o art. 12-A, Art. 23, III, Art. 32 e Art. 40 da Lei n° 7.014/96, versam sobre a entrada de mercadorias no Estado da Bahia, sendo que a tipificação no artigo 42 da Lei n° 7.014/96 visa punir com multa quem não recolher imposto devido por antecipação tributária.

Sustenta que tais alegações são totalmente inaplicáveis ao caso, pois conforme delineado, não adquiriu mercadorias oriundas de outro Estado, mas sim vendeu e efetuou o recolhimento do ICMS pela saída das mercadorias para outro Estado.

Acrescenta que não há nos autos qualquer documento capaz de demonstrar a ocorrência da infração imputada pela autuante, uma vez que não juntou aos autos elementos comprobatórios que ensejem na sua culpabilidade, haja vista que as Notas Fiscais que instruem a autuação não demonstram qualquer relação com a acusação fiscal descrita.

Continuando, invoca o princípio da legalidade que vincula as atividades administrativas à estrita manifestação legal com o escopo de se garantir ao indivíduo a liberdade em face do abuso de poder por parte do Estado e seus agentes. Consigna que não se pode olvidar que os atos administrativos somente projetam eficácia quando preenchem os requisitos de competência, objeto, motivo, finalidade e forma. Invoca ensinamentos doutrinários de Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Mello e Carlos Ari Sundfeld.

Afirma que tudo comprova, portanto, que o Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa

está eivado de nulidade, diante do flagrante desrespeito ao princípio da legalidade, visto que a descrição da infração e as normas aplicadas não condizem com os documentos apresentados, infringindo o elemento da motivação, essencial para a validade do ato administrativo, sendo que uma vez ausente o ato é nulo de pleno direito.

Finaliza a peça defensiva requerendo a Nulidade do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 179/180). Consigna que a questão principal se resume à exigência do imposto em razão de a empresa se encontrar descredenciada. Afirma que isto é uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, que além de não questionar a ação fiscal apenas apresenta argumentos que fogem da ação fiscal. Ou seja, alegando que a ação fiscal não pode reclamar o crédito tributário referente à Antecipação Parcial de ICMS no tocante às mercadorias mesmo estando descredenciado.

Em resumo, diz que o autuado não quer pagar nada a título de antecipação parcial, fazendo muitas citações que não guardam conformidade com a pretensão invocada, sem nenhum argumento convincente.

Reporta-se sobre os procedimentos legais para constituição do crédito tributário. Afirma que no tocante a apresentação dos fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, não existe nenhuma contestação pelo impugnante que apenas exige acesso aos documentos que geraram a ação fiscal. Entende que o argumento defensivo diz respeito a elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Assevera que a ação fiscal é perfeita e cristalina, tratando-se de um fato comprovado por meio de cópias dos referidos documentos anexados ao processo.

Diz que o autuado tenta fugir do pagamento do ICMS antecipação parcial que só foi descoberto pela ação do COE, uma nova ferramenta de trabalho importante criada pela Administração Tributária e que está cumprindo mediante mandado de Fiscalização.

Salienta que é indiscutível que o próprio autuado reconhece que o ICMS Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido, questiona apenas outros aspectos, mesmo sabendo que recebeu e as cópias dos documentos estão anexadas ao processo.

Finaliza a peça informativa mantendo na totalidade o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante. Verifica-se que a conduta infracional encontra-se claramente descrita no Auto de Infração, ou seja: *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*. Identifica-se claramente o sujeito passivo, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o montante do imposto exigido, inexistindo, desse modo, qualquer cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório que, registre-se, foi exercido plenamente pelo autuado.

Verifico que se encontram acostados aos autos os seguintes documentos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 03); demonstrativo de memória de cálculo, relacionando as Notas Fiscais eletrônicas n^{os} 144465, 144460, 144505, 144523, 144521, 144520 e 144603, emitidas pela ArcelorMittal Brasil S.A. (fl.04); cópias dos DANFES n^{os} 144465, 144460, 144505, 144523, 144521, 144520 e 144603 (fls.07 a 13).

Observo que o modelo de Auto de Infração utilizado na autuação, trata-se de “AUTO DE INFRAÇÃO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS”, portanto, aplicável às ocorrências no trânsito de

mercadorias, sendo que o autuante se trata de Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no art. 42, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para 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.

É certo que a fiscalização de trânsito de mercadorias ocorre quando as mercadorias estão, obviamente, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias, em situação irregular, oportunidade em que a competência para a autuação é dos Agentes de Tributos Estaduais.

Vale observar que o que caracteriza a situação de *mercadorias em trânsito*, não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotada 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 fiscalização, o que, efetivamente, não ocorreu no presente caso, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em 11/07/2018, enquanto a data de ocorrência da infração foi em 26/10/2017.

Por certo que não se tratando de conduta infracional ocorrida no trânsito de mercadorias, e sendo o autuado inscrito no Cadastro de Contribuinte na condição de normal, não poderia o Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, consoante a Lei nº 11.470/09 e o RPAF/BA/99.

A legislação estabelece competência ao Auditor Fiscal na constituição de créditos tributários, exceto na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional (art. 42, I RPAF BA), lugar da atuação do Agente de Tributos, para constituição de créditos tributários (art. 42, II RPAF BA).

Relevante assinalar que o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um 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. O monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como com risco de sonegação. Ou seja, em momento algum o referido Decreto nº 14.208/12, buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria, para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário e, ainda assim, continuarem a ser consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

Diante disso, considerando que os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, no caso a incompetência decorre do fato de não se tratar de operação de trânsito de mercadorias, o lançamento seria nulo.

Entretanto, em face do que dispõe o parágrafo único, do art. 155 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de que, *quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*, deixo de pronunciar a nulidade e passo ao exame do mérito da autuação.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, permite constatar que assiste razão ao impugnante. Na realidade, as Notas Fiscais Eletrônicas nºs 144465, 144460, 144505, 144523, 144521, 144520 e 144603, arroladas na autuação, foram emitidas pela empresa ArcelorMittal Brasil S.A., localizada em Cariacica/ES, porém, se trata de Notas Fiscais de entrada, conforme se verifica nas cópias dos DANFES nºs 144465, 144460, 144505, 144523, 144521, 144520 e 144603, acostadas às fls. 07 a 13.

Verifica-se, claramente, que procede a alegação defensiva de que a Arcelormittal Brasil S.A. realizou a compra de mercadorias, e ao receber as mercadorias, emitiu Nota Fiscal de entrada.

Nos referidos documentos fiscais, consta o código de entrada 0 (zero); Natureza da operação: *Compra para industrialização*; CFOP 2101.

Resta evidente, o equívoco incorrido pela autuante ao exigir o ICMS por Antecipação Parcial, haja vista que não se trata de aquisição (entrada de mercadorias) realizada pelo autuado, mas sim venda de mercadoria ocorrida por meio das Notas Fiscais n^{os} 5818, 5797, 5783, 5807, 5798, 5784 e 5782, emitidas pelo autuado com destino à Arcelormittal Brasil S.A., que por sua vez, emitiu as Notas Fiscais eletrônicas n^{os} 144465, 144460, 144505, 144523, 144521, 144520 e 144603, nas quais identificou as Notas Fiscais emitidas pelo autuado.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213080.0085/18-2**, lavrado contra **METALIMPEX DO NORDESTE S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR