

A. I. N° - 1288630004/19-8
AUTUADA - JOSÉ INÁCIO FOLLMANN
AUTUANTE - ANTONIO CARLOS DE SOUZA CARVALHO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/07/2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0072-05/19

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 mercadorias em trânsito, sendo que, na verdade, a ação deflagrada tem feição diferente, de fiscalização de estabelecimentos, quando a mercadoria já ingressou nos estoques da autuada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 11/01/2016, Oriundo da IFMT-SUL, reclama o presente lançamento de ofício o seguinte:

Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais: Resumo para Constituição de Crédito Tributário, Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos do Trânsito de Mercadorias, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes. Operação de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de Março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito “in dubio pro reo”, foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos Eventos. MANDADO N° 5787370001196-20181220.

E, especificamente, fez-se a tipificação abaixo:

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 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. 12-A, 23, III, 32 e 40, todos da Lei nº 7014/96, c/c o art. 332, III, “a” e “d” do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13780/12, com multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da mencionada Lei.

Traduz a dívida o valor nominal de ICMS de R\$27.061,44, mais consectários, apontando-se **três ocorrências com mesma data**, qual seja, 11.01.2019.

Consta ser o autuado contribuinte qualificado como empresa de pequeno porte, com forma de pagamento de ICMS pelo regime jurídico do “Simples Nacional”, conforme registrado no Mandado de Fiscalização (fl. 05) indicado na Descrição dos Fatos do Auto de Infração de Trânsito de Mercadorias.

Além do já citado mandado, junta o autuante:

- Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 04).
- Planilha intitulada “03 – Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos do trânsito das Mercadorias” (fl. 06).
- Planilha intitulada “05 – Resumo para Constituição de Crédito Tributário” (fl. 07).
- Planilha intitulada “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” (fl. 08).
- Planilha intitulada “08 – Relação Pagamentos Parciais – no Demonstrativo Cálculo” (fl. 09).
- Planilha intitulada “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fl. 10).
- DANFE da NF-e 000.000.203 (fl. 11).

Após ter tomado ciência do lançamento em 16.01.2019, contribuinte oferece defesa numa só página (fl. 14) em 22.02.2019, com registro no sistema de protocolo (fl. 13), alegando basicamente que, em face das Notas Fiscais nºs 203 e 204, não adquiriu as mercadorias nelas relacionadas, sendo para ele, portanto, operações desconhecidas, conforme denunciado em boletim de ocorrência policial apenso aos autos (fl. 16, frente e verso).

Com a impugnação, dentre outros documentos, são anexados, além do B.O., cópias de uma das notas fiscais atrás mencionadas (nº 203, fl. 19) e o que denominou “Cópia da Manifestação no site da SPED referente à informação do desconhecimento da operação” (fls. 26/35).

As informações fiscais (fl. 36) se limitam a encaminhar o PAF para apreciação deste Conselho de Fazenda, diante da alegação do sujeito passivo de “que não comprou as referidas mercadorias” (sic.).

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 de a 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 Sul da Bahia, cobrou da empresa o imposto devido por antecipação tributária parcial, em decorrência do contribuinte está à época da autuação na condição de DESCREDENCIADO.

Todavia, pela leitura do documento de fl. 05, frente e verso, – mandado de fiscalização, o agente fazendário 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).

À vista da quantidade expressiva de itens e de documentos fiscais contidos nos demonstrativos de fls. 06 a 08, frente e verso, verifica-se que a ação fiscal envolve 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 16.11.2018 e 11.12.2018 - 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.

Bem verdade que, ao consultar-se o banco de dados da Secretaria da Fazenda, nomeadamente no sistema “INC”, relatório intitulado “Histórico de Dados Cadastrais”, verifica-se que, à época da emissão dos documentos fiscais relacionados com a autuação, estava jungido o contribuinte à forma de apuração do imposto com base no “Simples Nacional”.

Taxativo é o mandamento disposto no art. 7º, III da Lei nº 8210/2002, com redação modificada pela Lei nº 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, visto que estas já adentraram 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, 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.

Não bastasse isso, percebe-se desconexão entre os montantes apontados nos demonstrativos acostados pela fiscalização e os valores efetivamente lançados no auto de infração, até porque, tais demonstrativos acabam por englobar simultaneamente supostas infrações a título de antecipação tributária total, com supostas infrações a título de antecipação parcial.

Neste sentido, a nulidade do Auto de Infração vem sacramentada tanto pelo mandamento contido no inciso I, órgão fazendário desprovido de competência empreender ações de fiscalização de comércio, tanto pelo mandamento contido na alínea “a”, do inciso IV, ambos do art. 18 do RPAF-BA, a saber:

“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, 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, posto lotada na IFMT SUL, sendo a operação “típica de comércio”, além de não ser possível fazer-se correspondência segura entre a infração contida no lançamento e os demonstrativos colacionados pelo autuante, 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, conforme 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 **1288630004/19-8**, lavrado contra **JOSÉ INÁCIO FOLLMANN**. Recomenda-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, 16 de maio de 2019.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR