

A. I. Nº - 232329.0213/18-4  
AUTUADO - A&G REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO EIRELI  
AUTUANTE - SUELI AMARAL CAMPODONIO FERREIRA  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/01/2021

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0255-04/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. PROCEDIMENTOS INCOMPATÍVEIS COM A FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS. Lançamento Fiscal lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Em sendo assim, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pela agente Fiscal Autuante foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, resta evidenciado a existência de vício na constituição do lançamento que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos. Isto posto, ante o vício insanável acima delineado, é que, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração e, nos termos do art. 21 do mesmo Regulamento, recomendo à autoridade competente que determine a realização de novo procedimento fiscal, desta vez a ser realizado em fiscalização de estabelecimento, para fim de verificação se o imposto atinente ao presente Auto de Infração em relação, apenas, a nota fiscal de nº 758, foi regularmente adimplido junto ao Estado da Bahia, vez que demais Notas Fiscais de números 755, 756, 757 e 763 emitidas em 15/10/2018, foram canceladas, fato esse confirmado pela agente Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/11/2018, constitui crédito tributário no valor de R\$47.188,60, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 54.01.03: Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado, na data de ocorrência de 06/11/2018, conforme demonstrativos e documentos de fls. 3 a 33 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$47.188,60, com enquadramento no art. 8º, §4º, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alínea “a”, §§ 2º e 3º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 26 a 28, com documentos anexados acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

Diz tratar-se de uma empresa que tem como atividade comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos e representação comercial de peças para veículos automotores.

Destaca que foram efetuadas transferências de mercadorias da empresa matriz para a filial, conforme DANFE's 758, 757, 756, 755 e 763 o que ocasionou o Auto de Infração, pelo fato de que deveria ter sido feito o recolhimento antecipado do ICMS das referidas NF-es.

Pontua que é uma empresa optante pelo simples nacional, que a mercadoria adquirida está sujeita a ST; e que a empresa matriz recolheu antecipadamente.

Registra que as Notas Fiscais de números 755, 756, 757 e 763 emitidas em 15/10/2018, foram canceladas junto à SEFAZ/MG pelo fato de terem sido emitidas de forma equivocada pela empresa matriz. Diante desse erro as mesmas foram canceladas junto à SEFAZ/MG conforme cópias dos DANFE's, que diz anexar e que pode ser comprovado em consulta feita sobre a situação no Portal de Consulta da NFE, que, também, diz anexar.

Consigna que a NF-e 758 de 15/10/2018, também foi emitida de forma errônea, o CFOP correto deveria ser 6.409, pois, a mercadoria está sujeita a substituição tributária, e não com o CFOP 6.152 que é para empresa não optante pelo simples nacional, conforme orientação equivocada pelo responsável da parte fiscal da contabilidade, que lhe presta serviço. Diz, também, que foi feita a carta de correção para alteração do CFOP 6.409 e CSOSN 500, conforme carta de correção, que aduz anexar.

Diante dos fatos, pede o cancelamento do Auto de Infração, em tela.

A agente Autuante em sua informação fiscal às fls. 79/80, após apresentar a descrição dos fatos da autuação, bem como os termos da defesa de forma resumida, assim discorre:

Diz que, após verificação, foi comprovado que os DANFE's de números 755, 756, 757 e 763 foram cancelados no dia 21/11/2018, portanto após a ação fiscal que ocorreu em 06/11/2018. Em seguida destaca o art. 1º do ATO COTEPE ICMS 13, de 17/06/2010.

Com relação a nota fiscal eletrônica de número 758, diz que foi cobrado a falta de recolhimento do ICMS em virtude de a empresa encontrar na situação de "descredenciada" e não ao fato do CFOP está indevido.

Assim, nos termos das alegações apresentadas pela defesa, pede que o Auto de Infração em análise seja mantido e julgado procedente.

À fl. 82, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

## VOTO

Trata de Auto de Infração, lavrado em 06/11/2018, que resultou de um ação fiscal realizada por agente Fiscal lotado na unidade da IFMT METRO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, constituiu o presente lançamento fiscal de ICMS no valor de R\$47.188,60, na modalidade de AUTO DE INFRAÇÃO - TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em cumprimento ao Mandado de Fiscalização nº 13936176000282-20181021 da Central de Operações Estaduais – COE, datado de 21/10/2018, de fl. 3 dos autos, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado, na data de ocorrência de 06/11/2018, relativo as operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ – "13 Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal" de fl. 6 e cópia dos documentos fiscais (NF-e) de fls. 7 a 16, mais especificamente os DANFE's 758 (fls. 7/8), 757 (fls. 9/10), 756 (fls. 11/12), 755 (fls. 13/14) e 763 (fls. 15/16), expedidos em 15 e 16/10/2018, pela empresa A&G REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO EIRELI, empresa matriz, CNPJ 13.936.176/0001-00, estabelecida no Estado de Minas Gerais, com destino a sua filial, de CNPJ 13.936.176/0002-00, Contribuinte Autuado, estabelecida no Estado da Bahia, com inscrição estadual sob nº 151.076.497.

Em sede de defesa o sujeito passivo registrou que as Notas Fiscais de números 755, 756, 757 e 763 emitidas em 15/10/2018, foram canceladas junto à SEFAZ/MG pelo fato de terem sido emitidas de forma equivocada pela empresa matriz, que poderia ser comprovado, em consulta feita sobre a situação, no Portal de Consulta da NF-e, o que foi confirmado seu cancelamento, pelo agente Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal, em que manteve a autuação, não porque não houvera sido cancelada, mas por terem sido canceladas no dia 21/11/2018, portanto após a ação fiscal que ocorreu em 06/11/2018.

Por outro lado, a outra nota fiscal de nº 758, e última, objeto da autuação fiscal, aduz o sujeito passivo, que fora emitida de forma errônea, ou seja, o CFOP correto deveria ser 6.409 (*Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária*), pois, a mercadoria estaria sujeita a substituição tributária, e não com o CFOP 6.152 (*Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*), como assim ocorreu.

Neste contexto, consigna o sujeito passivo, na peça de defesa, que foi feita a carta de correção para alteração do CFOP de 6.152 para o CFOP 6.409 CST/CSQN 500, com data de emissão em 18/12/2018, conforme cópia acostada à fl. 74 dos autos.

Sobre tal assertiva, a agente Fiscal Autuante, limitou a dizer que, com relação a Nota Fiscal eletrônica de número 758, diz que foi cobrado a falta de recolhimento do ICMS em virtude de a empresa encontrar na situação de “*descredenciada*” e não ao fato do CFOP está indevido.

Pois bem! Sem adentrar no mérito da autuação, inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS comprehende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “*Modelo 4*”; ou de um “*Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias*” ou de uma “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 06/11/2018, a emissão do Mandado de Fiscalização, em 21/10/2018 e o trânsito das mercadorias constantes das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) 758 (fls. 6/7), 757 (fls. 9/10), 756 (fls. 11/12), 755 (fls. 13/14) e 763 (fls. 15/16), objeto da autuação, pois, as mesmas foram emitidas nos dias 15 e 16/10/2018, respectivamente.

Vê-se, então, que o procedimento fiscal, em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária do imposto, decorrente de entradas de mercadorias, no território deste Estado, praticadas por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Assim é que, diante do quanto acima delineado, dúvidas não restam que os fatos apurados não se deram através de fiscalização no trânsito de mercadorias, mas, com base em documentos arrecadados pelo COE e encaminhados para exame da IFMT METRO no sentido de que fosse verificado se o imposto decorrente dessas aquisições foi adimplido pelo sujeito passivo.

Neste contexto, não se tratando de uma operação de trânsito de mercadoria, cabe o entendimento de considerar a lavratura do auto de infração - trânsito de Mercadorias, como incompatível para o procedimento fiscal de apuração decorrente do exame de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais.

Em sendo assim, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, resta evidenciado a existência de vício na constituição do lançamento que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Isto posto, ante o vício insanável acima delineado, é que, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração e, nos termos do art. 21 do mesmo Regulamento, recomendo à autoridade competente que determine a realização de novo procedimento fiscal, desta vez a ser realizado em fiscalização de estabelecimento, para fim de verificação se o imposto atinente ao presente Auto de Infração em relação, apenas, a Nota Fiscal de nº 758, foi regularmente adimplido junto ao Estado da Bahia, vez que as demais Notas Fiscais de números 755, 756, 757 e 763 emitidas em 15/10/2018, foram canceladas, fato esse confirmado pelo agente Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232329.0213/18-4**, lavrado contra **A&G REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO EIRELI**, recomenda-se à autoridade competente que determine a realização de novo procedimento fiscal.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA