

PROCESSO - A. I. N° 088444.0003/13-1
RECORRENTE - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF n° 0009-06/14
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 28/07/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0166-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. Restou provado nos autos a existência de vícios constantes na intimação para apresentação de livros e documentos. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal que através do Acórdão JJF n° 0015-04/14 julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 26/07/2013, referente a seguinte infração:

Infração 01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de sujeito passivo por substituição tributária nas aquisições de mercadorias adquiridas em outros estados, e constantes dos anexos 88/89 do RICMS, sendo lançado o valor de R\$46.922,71, acrescido da multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal assim dirimiui a lide posta à sua apreciação:

“No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias incluídas no regime de substituição tributária pela legislação interna deste Estado [art. 289, do RICMS-BA/12, Anexo 1, item 35].

Em sua defesa, o autuado não nega que tenha efetuado as aquisições relacionadas na autuação, bem como não contesta que as mercadorias estejam enquadradas no regime de substituição tributária. Contudo, impugna a autuação sob o argumento de que não foram considerados os pagamentos efetuados, cujos comprovantes acostou às fls. 28 a 35 dos autos.

Conforme foi bem observado pelo autuante na informação fiscal, os comprovantes de pagamentos trazidos na defesa demonstram que efetivamente o ICMS lançado era devido, porém, não são capazes de elidir a autuação, conforme passo a me pronunciar.

Nos termo do art. 26, inc. III, do RPAF/99, a intimação, por escrito, do contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização demarca o início do procedimento fiscal. Após o início do procedimento fiscal, não será considerado espontâneo o pagamento ou a denúncia apresenta, conforme se depreende do disposto no parágrafo único do artigo 138 do Código Tributário Nacional - CTN.

No caso em análise, a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em comento foi iniciada às 10h do dia 11/07/13 com a Intimação de fl. 4, porém os pagamentos comprovados na defesa foram efetuados após as 13h do dia 11/07/13. Ressalto que os recolhimentos apresentados pelo autuado são em valor inferior ao lançado pelo autuante. Dessa forma, nos termos do art. 26, III, do RPAF/99, combinado com o parágrafo único do art. 138 do CTN, os referidos pagamentos não são capazes de elidir a acusação imputada ao autuado. Em consequência, a infração em comento subsiste integralmente.

Além do acima já exposto, não se pode olvidar que o autuado, conforme o documento de fl. 7, estava descredenciado a efetuar o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária após a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, o que mais uma vez demonstra o acerto do procedimento do autuante e a subsistência da infração apurada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, inicialmente relatando o início da

ação fiscal e esclarecendo que apresentou toda a documentação solicitada pelo Fiscal naquela oportunidade, tanto que a autuação teve como base apenas 04 (quatro) notas fiscais, por ele apresentada. Diz que os valores exigidos foram recolhidos e o próprio autuante, conforme relatado no Acórdão, *"sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente, homologando os valores já recolhidos."*

Prossegue afirmando discordar do entendimento da Junta de Julgamento no que diz respeito ao alcance do art. 138 do CTN, que transcreveu. Diz que, mesmo não admitida a espontaneidade do recolhimento do ICMS relativas às Notas Fiscais, base do Auto de Infração, deve-se considerar que o tributo foram efetivamente recolhido, conforme atesta o próprio autuante, restando apenas a exigência dos juros de mora e da multa, sobre o valor do ICMS recolhido. Assim não sendo, o ICMS seria pago em duplicidade.

Finaliza requerendo a consideração dos valores já recolhidos do ICMS, relativos às notas fiscais, base do Auto de Infração, sendo exigido apenas os juros de mora e a multa sobre o valor do imposto devido.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de primeiro grau que julgou este Auto de Infração procedente, no qual se exige o ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de sujeito passivo por substituição tributária nas aquisições de mercadorias adquiridas em outros estados, de acordo com a legislação interna deste Estado.

Do exame das razões apresentadas no Recurso Voluntário, destaco que inexistiu enfrentamento do mérito da exigência fiscal. O recorrente pleiteia apenas que seja abatido do imposto apurado no Auto de Infração os pagamentos por ela efetuados, a fim de que a exigência se restrinja aos juros de mora e multa.

Da análise dos documentos anexados aos presentes autos observo que o lançamento tributário é resultante de uma fiscalização de comércio em contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto.

Para comprovar o início da ação fiscal o auditor fiscal se valeu de uma intimação expedida pelos Agentes de Tributos Oto S.S Júnior e Emerson Portela, conforme se verifica na cópia do referido documento anexada à fl. 03.

Ante a situação se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

Assim é que o RPAF/BA, prevê em seu Art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

"Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

I- compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

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".

Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do ato de infração. Portanto, os citados servidores que assinaram a Intimação anteriormente mencionada não se encontram investidos para o exercício das funções de fiscalização que praticou no

estabelecimento do Recorrente.

Em face da irregularidade apontada concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Do exposto, com fulcro no Art. 18, inciso I do RPAF/BA, decreto, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração, declarando PREJUDICADA a análise dos Recursos Voluntário.

Recomenda-se que a fiscalização de comércio verifique se o imposto incidente sobre as operações, em questão, se encontra integralmente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário interposto e decretar, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração nº **088444.0003/13-1**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGO SUL)**. Recomenda-se que a fiscalização de comércio verifique se o imposto incidente sobre as operações, em questão, se encontra integralmente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS