

A. I. Nº - 232340.0011/14-9
AUTUADO - RM MERCADINHO UNIÃO LTDA - ME
AUTUANTE - JOSÉ LUÍS COUTO MULLEM
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06.05.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-05/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. **a)** INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO AGENTE FISCAL. Procedimentos de fiscalização típicos de auditoria fiscal de estabelecimento. Fatos geradores não verificados no trânsito de mercadorias. Ocorrências verificadas no intervalo de 45 dias, relativas a operações acobertadas por 30 (trinta) DANFES. **b)** FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Falta de assinatura do Termo de ocorrência. Aspecto formal. Existência de vícios insanáveis do procedimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, Modelo 4, lavrado por Agente de Tributos Estaduais, no exercício das funções fiscalizadoras no trânsito de mercadorias, em 09/07/2014, com a seguinte imputação:

“Infração: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - total ou parcial - conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou com ausência de regime especial deferido.” Valor exigido: R\$86.524,80, acrescido da multa de 60%, com tipificação no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Consta no campo descrição dos fatos do A.I.: *“ Falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial/total de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação por contribuinte DESCRENCIADO. Os itens que não tiveram MVA, foram levantados seus preços pela pauta fiscal”.*

Instruem o A.I.: Demonstrativo de Débito, (fl. 4); Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 06/07); Memória de Cálculo para Antecipação Tributária (fl. 08); cópias das notas fiscais/DANFE's (fls. 09 a 20 - fls. 46 a 63): **18 + 12 = 30 DANFES**.

Intimado do Auto de Infração, via AR, em 03/09/14, o contribuinte ingressou com defesa administrativa em 23/09/2014, através de petição subscrita por seu sócio-gerente, conforme documentação anexada aos autos (doc. fls. 77 a 79 - contrato social).

Após fazer uma síntese da autuação pediu a anulação do lançamento de ofício em testilha, argumentando que as mercadorias não lhe foram entregues pelos respectivos fornecedores. Juntou na peça de defesa Termo de Ocorrência Policial da DECECAP, com a declaração de que foram faturadas notas que desconhece e que estariam gerando transtornos perante a Secretaria da Fazenda e demais órgãos públicos (doc. fl. 75).

Frente ao documento apresentado sustenta a inexistência de fato gerador do ICMS e pede a exclusão da cobrança de imposto e correspondente multa.

Foi prestada informação fiscal, em 12/03/2015, apensada à fl. 87 dos autos. Após fazer uma síntese das razões defensivas o autuante informou que na condição de preposto da fiscalização e atendendo à determinação contida no Mandado de Fiscalização, emitida pelo COE, cumpriu a sua obrigação funcional, cabendo às instâncias superiores acatar ou não a solicitação do contribuinte. Quanto ao lançamento em análise, ratificou integralmente a autuação.

VOTO

No Auto de Infração em exame a exigência tributária foi formalizada com a seguinte acusação: **“Infração: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - total ou parcial - conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou com ausência de regime especial deferido.” Valor exigido: R\$86.524,80, acrescido da multa de 60%, com tipificação no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.**

Consta no campo descrição dos fatos do A.I.: *“ Falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial/total de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação por contribuinte DESCRENCIADO. Os itens que não tiveram MVA, foram levantados seus preços pela pauta fiscal”.*

Percebe-se, sem maior esforço, que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias. São 30 (trinta) DANFES com diversas datas de emissão, verificadas entre os dias 06/04/2014 e 21/05/2014. Portanto o levantamento abarca fatos geradores ocorridos no intervalo de um mês e 15 (quinze) dias. Ademais, o Termo de Ocorrência também, não faz menção que o fato tenha se verificado no trânsito de mercadorias, revelando assim que a cobrança não se concretizou no momento em que as mercadorias estavam postas em circulação ou de passagem por postos fiscais da Secretaria da Fazenda da Bahia.

Verifico que o autuado apesar de ser cadastrado com microempresa não é e nunca foi optante do Simples Nacional, conforme dados que podem ser verificados no INC, sistema de informações interno da SEFAZ-BA, fato que também afasta a competência do agente fiscal para proceder a formalização do Auto de Infração. Extrapolou o autuante, portanto, da competência legal definida na Lei nº 11.470/99, alteradora da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que conferiu aos agentes de tributos a prerrogativa de lançar tributos estaduais relativos a fatos geradores ocorridos no trânsito de mercadorias e junto a empresas optantes e inscritas no Simples Nacional, conforme os parâmetros definidos na Lei Complementar nº 123/06.

Outro aspecto formal que invalida o procedimento fiscal é a falta de assinatura do Termo de Ocorrência Fiscal por parte do contribuinte e a vinculação desse termo a fatos geradores relacionados a notas fiscais emitidas no intervalo de 45 (quarenta e cinco) dias, reforçando, portanto, que as ocorrências fiscais apontadas nesta peça não ocorreram no trânsito de mercadorias, ou seja, não ocorreram quando as mercadorias estavam postas em circulação entre os estabelecimentos fornecedores e o autuado.

Isto posto voto pela NULIDADE do Auto de Infração em lide. Recomenda-se, todavia, a remessa dos documentos do presente PAF à fiscalização de estabelecimentos comerciais para que seja avaliada possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos vícios acima apontados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232340.0011/14-9**, lavrado contra **RM MERCADINHO UNIÃO LTDA - ME**

Recomenda-se a remessa dos documentos do presente PAF à fiscalização de estabelecimentos comerciais para que seja avaliada possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos vícios acima apontados.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 23 de abril de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA