

**A. I. Nº** - 152242.0026/15-9  
**AUTUADO** - DVENDAS OUTLET LTDA - ME  
**AUTUANTE** - CRISTIANA BASTOS FREITAS DE MESQUITA  
**ORIGEM** - IFMT/NORTE

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0109-02/16

**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 à 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.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração Modelo 4 em epígrafe, lavrado em 28/12/2015, exige ICMS no montante de R\$30.841,23, em decorrência da seguinte infração:

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.

Consta na descrição dos fatos: *“Em atendimento ao Mandado COE de número 22667550/000100-201526, verificou-se que a empresa está DESCREDENCIADA. A empresa foi intimada e apresentou Danfes referente aos meses de Novembro e Dezembro/2015, foi apurado o ICMS de todos os Danfes relacionados pelo COE e outros apresentados pela empresa, e constatou-se que foi efetuado Recolhimento a Menor, da antecipação parcial, conforme Planilha em anexo, devido à falta de aplicação do Decreto 14213 de 22.11.2012 referente à Glosa de Crédito de mercadorias adquiridas de Estabelecimento Atacadista no Estado do Espírito Santo. Intimação em anexo.”*

Consta dos autos: Termo de Ocorrência Fiscal sem assinatura do autuado (fls.04 e 05); Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço da COE) nº 22667550000100-2015126, fl. 06; Histórico de Descrédenciamento do Contribuinte Fiscalizado, fl.07; Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl.09; Cópias de Danfes e DAES, fls. 10 a 118; Planilha Demonstrativa da Base de Cálculo, fl.119.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação mediante intimação e AR dos Correios às fls.122 a 123, e, através de seu representante legal, apresenta impugnação tempestiva às folhas 124 a 128, mediante a qual, contesta o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Esclarece que é pessoa jurídica de direito privado, exercendo precipuamente a atividade de Comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, e destaca o entendimento da fiscalização de que foi efetuado o recolhimento a menor do ICMS Antecipação Parcial, sob alegação de seria apenas admitido o crédito de 1%, conforme previsto no Anexo único do Decreto 14.213/2015.

Aduz que a fiscalização não levou em consideração o fato de ser empresa optante pelo Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123/2006, e nessa condição, sustenta que o cálculo da Antecipação Parcial veda a utilização de qualquer crédito. Assim, salienta que a Empresa Optante pelo Simples que adquire produto de fora do Estado, calcula antecipação parcial com

base nos artigos 319 e seguintes do RICMS-BA, combinados com os artigos 273 e seguintes do mesmo diploma legal.

Com base nos dispositivos acima citados, observa que os contribuintes enquadrados na condição de ME e ou EPP, optantes pelo Simples Nacional, deverão calcular a antecipação parcial, decorrente de aquisições interestaduais, cujo cálculo será a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada à agregação de qualquer valor. Ou seja, que a diferença entre a alíquota interna e a interestadual será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional. (Art. 321, inciso VII, alínea “b”, § 1º do RICMS/BA, Decreto 13.780/12).

Repete que as empresas do Simples Nacional devem seguir regra específica no cálculo da Antecipação Parcial, não sendo a elas aplicadas o regramento de utilização de crédito (1% ou mais), conforme indicado pela autoridade fiscal.

Além disso, diz que no cálculo da Antecipação Parcial, a empresa contribuinte ainda goza de redução, já que, nas compras interestaduais, as ME e EPP, optantes ou não, pelo Simples Nacional, têm uma redução de 20% do valor da antecipação parcial, desde que, seja recolhido no prazo regulamentar, que, no caso da empresa contribuinte, o prazo regulamentar é antes da entrada no Estado da Bahia.

Afirma que, na entrada no território baiano, a empresa impugnante realizou o pagamento da Antecipação Parcial sobre todas as notas fiscais fiscalizadas no citado auto de infração, cujos DANFE's diz que estão guardados na mídia digital que acompanha a sua defesa, todas elas comprovadas no posto fiscal.

Assim, ressalta que não há o que se falar em recolhimento a menor, pois, na hipótese em debate, o recolhimento foi feito de forma correta, dentro dos ditames legais do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Por todo o exposto, requer seja julgado totalmente IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

Requer ainda, seja deferida a juntada dos documentos ora colacionados, bem como o deferimento da produção de todos os meios de prova admitidos em direito, sobretudo a juntada de documentos porventura não juntados com a presente impugnação e cópias autenticadas de reproduções xerográficas ora juntadas, além da realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados.

Na informação fiscal às fls.194 a 195, a autuante mantém seu procedimento fiscal, pelos motivos seguintes:

Esclarece que: o Presente Auto de Infração foi lavrado conforme Mandado de Fiscalização COE número 22667550000100-2015126 recebido por email (já relatado em Descrição dos Fatos); a empresa foi devidamente Intimada a apresentar Documentos Fiscais de Aquisição de Mercadorias e os respectivos DAES de Recolhimento; a princípio frisou o reconhecimento da impugnante na qualidade de Empresa Optante do Simples Nacional e que seus recolhimentos devem obediência às normas estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/06 e nas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Contudo, ressalta a disposição do Decreto nº 14.213/12 que veda a utilização de crédito fiscais relacionados às aquisições interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/95. E que, conforme constante no Parágrafo 2º do Art. 1º do referido Decreto 14.213/12, também se aplica no cálculo do imposto devido por Substituição Tributária e por Antecipação Tributária Parcial.

No que se refere a discordância do autuado com relação ao cálculo do ICMS Antecipação Parcial, salienta que a regra citada pela impugnante será observada quando das aquisições efetuadas junto a Contribuintes Optantes do Simples Nacional, ou seja, de acordo com os preceitos já

mencionados do art.13 da LC 123/2006, inc. XIII, alínea “g” do § 1º e § 5º, combinado com o art. 321/12 RICMS.

No caso, frisa que, o que se observa através das Notas Fiscais de compra anexadas ao processo (fls. 13 a 118) é que apesar do contribuinte Destinatário, está inserido no Simples Nacional, suas aquisições foram efetuadas junto a fornecedores enquadrados no Regime Normal de Apuração - Atacadista, conforme CFOP 6102. Sendo assim, salienta que o valor apurado para fins do recolhimento do ICMS Antecipação Parcial baseou-se nos percentuais elencados e estabelecidos no Anexo Único do Decreto 14.213/12.

Conclui, mantendo sua ação fiscal em sua inteireza, clamando pela procedência total da autuação.

## VOTO

A acusação constante no Auto de Infração é de: “Infração 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – 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.”

Inicialmente vale consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Neste processo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, vislumbro que, o mesmo não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, visto que não houve apreensão das mercadorias, e por via de consequência não foi lavrado o correspondente Termo de Apreensão, haja vista que o Termo de Ocorrência Fiscal às fls.04 e 05 não está assinado pelo autuado.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal está baseada nos DANFES relacionados no demonstrativo à fl.119, e *MANDADO DE FISCALIZAÇÃO emitido pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS (COE) Nº 22667550000100-2015126 (fl.06)*.

O débito lançado no auto de infração foi apurado com base na planilha constante à fl.119, contendo os documentos fiscais emitidos em diversas datas nos dias 13/11/15, 16/11/2015; 30/11/2015; 01/12/2015; 02/12/2015 e 21/12/2015. Portanto, por se tratar de operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, haja vista que o Termo de Ocorrência Fiscal está assinado apenas pela autuante, conclui-se que não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, apesar de a autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais.

Reza o art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 que “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.”, dispositivo repetido no Decreto nº 7.629/99, adrede mencionado.

No caso, comprovado tratar-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento inscrito no Simples Nacional, conforme constatei na pesquisa verificada no INC – Informações do Contribuinte à fl.08 dos autos, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não falece de competência a autuante para a lavratura de Auto de Infração objeto do presente processo.

Assim, apesar de a autuante ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos de contribuintes optantes Regime do Simples Nacional, ocorreu vício insanável na lavratura do presente auto de infração, visto que, repito, o levantamento fiscal contempla

operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, haja vista que o Termo de Ocorrência Fiscal está assinado apenas pela autuante. Além disso, no levantamento fiscal foi exigido imposto a título de antecipação parcial e de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Diante desta constatação, não se pode nem ao menos dizer que os erros na apuração do débito são meros equívocos perfeitamente sanáveis, visto que de acordo com a legislação tributária, apenas serão considerados sanáveis aqueles erros que não resultem prejuízo de entendimento, e no caso, tornou-se impossível corrigir as falhas neste processo, pois o demonstrativo de débito do auto de infração não possibilita desdobramento da infração e a colocação de várias datas do fato gerador.

Disso decorrente, conclui-se que não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, como dito acima o que leva à nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento for praticado por autoridade ou servidor incompetente.

Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, em ação fiscal por funcionário competente, merecendo ressaltar que o autuado comprovou ter recolhido parte do imposto antes da ação fiscal, e poderá, se assim entender, recolher espontaneamente os demais valores antes de iniciado o novo procedimento fiscal a ser instaurado na forma desta recomendação.

Do exposto, voto **NULO** o Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **152242.0026/15-9**, lavrado contra a empresa **DVENDAS OUTLET LTDA. - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR