

A. I. N° - **213090.0002/16-5**
AUTUADO - **RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**
AUTUANTE - **JORGE FAUSTINO DOS SANTOS FILHO**
ORIGEM - **IFMT SUL**
PUBLICAÇÃO - **INTERNET – 02/12/2016**

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0231-03/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Não foram obedecidas as formalidades legais estabelecidas no art. 28 do RPAF/BA, implicando em nulidade do lançamento. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/04/2016, reclama o valor de R\$64.202,05 em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno, no mês de fevereiro de 2016, acrescido da multa de 60% (Infração 07.21.01).

O autuado apresenta defesa, fls. 23 a 25, aduzindo que a autuação não contém elementos que justifiquem o valor reclamado de R\$ 64.202,05, com a aplicação da alíquota incorreta de 18% pois todas as notas fiscais foram emitidas pela empresa Ferronort e Industrial, localizada no estado do Piauí na cidade de Teresina, e de acordo com a Resolução do Senado Federal nº 13/2012 estão amparadas com a redução de alíquota de 4%.

Diz que as empresas do Simples Nacional tem alíquotas diferenciadas, como forma de incentivo aos pequenos e micro comerciantes do País, fato não considerado pelo autuante, que aplicou a alíquota de 18%, ao invés de 4%. Entende que as alíquotas diferenciadas das empresas do Simples Nacional deveriam ser consideradas pois conforme inserido no rodapé das notas fiscais trata-se de vergalhões importados e estão amparados pela Resolução 13/2012 cuja alíquota é de 4% e não 18%.

Observa que no presente caso houve excesso de zelo do agente fiscal pois apesar de se tratar de um excelente profissional que cumpre com as usas obrigações fiscais errou na aplicação da alíquota.

Requer a improcedência ou nulidade do Auto de Infração, por falta de amparo legal na aplicação das alíquotas pois não foram consideradas as alíquotas previstas para as empresas inscritas no Simples Nacional e as micro empresas.

O autuante presta informação fiscal à fl. 30 e solicita a nulidade do Auto de Infração pelos seguintes motivos:

- a) Erro na determinação da Base de Cálculo pois foi lançado o valor de R\$ 356.678,05, quando o correto seria R\$554.154,35;
- b) Erro no valor do ICMS a recolher. Foi lançado R\$64.202,05 quando o correto seria R\$78.706,55;
- c) Erro na data de ocorrência. Foi lançada a data de 26/02/2016 quando o correto seria 31/03 e 30/04 de 2016;
- d) Erro na data de vencimento. Foi lançada a data de 09/03/2015 quando o correto seria 31/03 e 30/04 de 2016.

Informa que os erros apontados foram verificados no demonstrativo de folha 31 e que foi lavrado o Auto de Infração de nº 32130903023/16-3, com as devidas correções.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido o ICMS devido por substituição tributária em operações de aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados.

No presente caso, o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização de comércio (Modelo 3), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Início de Fiscalização ou Termo de Intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais, o que não ocorreu, conforme estabelece o art. 28 do RPAF/BA, a seguir transcrito:

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;

VII – Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte.”

Por outro lado, a dispensa dos referidos documentos somente ocorre quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: a) descumprimento de obrigação acessória, b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular, c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias; (art. 29, do RPAF/BA).

Além da irregularidade acima apontada o autuante ao prestar a Informação fiscal reconhece o cometimento de equívocos e sugere a nulidade do procedimento fiscal, em razão de erros na determinação da Base de Cálculo, no imposto devido, nas datas de vencimento e ocorrência do fato gerador. Informa ainda que em substituição a este Auto de Infração foi lavrado o de nº 2130903023/16-3 com as alterações que entende cabíveis.

Observo ainda que nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/BA, as eventuais incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar com segurança a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente.

No presente caso as incorreções verificadas e aquelas apontadas pelo autuante não permitem que sejam corrigidas. Por isso, tais fatos implicam em nulidade do presente lançamento.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 213090.0002/16-5, lavrado contra **RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA**.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR