

PROCESSO - A. I. N° 232177.0104/16-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALTIS IMPORT COMERCIAL EIRELI (ALTIS IMPORT) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0107-02/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0032-12/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de um 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 de competência ao Agente de Tributos a lavratura de Auto de Infração. Ausência de elemento essencial nos autos. Decretada, de ofício, a *Nulidade* do procedimento fiscal. Mantida a decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$215.079,62, Acórdão JJF Nº 0107-02/16, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: **17.01.01** – Deixou de recolher ICMS no período de março a setembro de 2015, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, conforme demonstrativos às fls.07 a 12. Na descrição dos fatos consta: “*Falta de recolhimento do ICMS devido do Simples Nacional, constatada pela omissão de receitas tributadas, obtidas através de vendas com, notas fiscais eletrônicas e não declaradas no PGDAS (contribuinte não transmitiu o PGDAS do exercício de 2015).*”

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

VOTO

Pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de recolher o ICMS devido do Simples Nacional, constatada pela omissão de receitas tributadas, obtidas através de vendas com notas fiscais eletrônicas e não declaradas no PGDAS, com débitos do período de março a Setembro de 2015.

Ao defender-se do lançamento, o sujeito passivo solicitou que fossem excluídas do levantamento fiscal, as notas fiscais de saídas nº 501, 509, 557, 418, 576, 577, 591 e 416, em virtude de não terem sido canceladas na época, sendo canceladas posteriormente à auditoria e do fiscal levantamento realizado que resultou na lavratura do auto de infração objeto do presente lançamento tributário.

Analizando os documentos acostados à peça defensiva e constantes às fls.30 a 57, constato que de fato restou comprovado o alegado na defesa, inclusive o autuante em sua informação fiscal também chegou a esta conclusão.

Verifico ainda que o autuante declarou na informação fiscal que após a conclusão de sua auditoria que resultou na autuação, a INFIP encaminhou para INFAS VAREJO, solicitação através do Boletim de Inteligência Fiscal INFIP nº 1239/2016, a exclusão do contribuinte autuado, do Regime de Apuração do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015 (fls. 64 a 87).

Diante disso, considero acertada a conclusão do autuante que ficou prejudicado seu trabalho fiscal, tendo em

vista que o contribuinte supra foi excluído do Simples Nacional, a partir de 1º de janeiro de 2015, retornando ao Regime Normal de Apuração do Imposto, ou seja, passou a efetuar a apuração do ICMS em conta corrente fiscal.

Ressalto que o exame dos autos é revelador de que o autuante levou a termo o lançamento tributário estribado na prerrogativa legal do cargo, prevista no art. 107, §3º do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, ou seja, foi efetivado por um Agente de Tributos Estaduais em um contribuinte que já havia sido excluído do Simples Nacional.

Portanto, comprovado tratar-se de um 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 de competência ao autuante para a constituição do crédito tributário objeto do presente lançamento fiscal.

Nestas circunstâncias, é forçoso concluir que o autuante, como bem admitiu, não possuía competência legal para a prática do ato administrativo traduzido como “constituição do crédito tributário” no âmbito do estabelecimento autuado, do que decorre a NULIDADE do procedimento fiscal por ausência de elemento essencial, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea do RPAF/99, por não atender ao devido processo legal.

Represento à autoridade competente para que renove o lançamento por funcionário competente, tendo em vista que a nulidade ora decretada decorreu de vício formal, nos termos do art. 173, inciso II do CTN.

Diante do exposto, julgo NULO o Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício em relação à Decisão da 2ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: Deixou de recolher ICMS no período de março a setembro de 2015, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo solicitou que fossem excluídas do levantamento fiscal, as Notas Fiscais de Saídas nºs 501, 509, 557, 418, 576, 577, 591 e 416, em virtude de não terem sido canceladas posteriormente à auditoria e do fiscal levantamento realizado que resultou na lavratura do auto de infração objeto do presente lançamento tributário.

Na informação fiscal, o autuante declarou que em virtude da empresa ter sido excluída do simples Nacional, alterando a condição da empresa com apuração através da conta corrente fiscal, ficou prejudicada a auditoria realizada e sem a devida competência para Lavratura do Auto de Infração, portanto, solicita a nulidade do Auto de Infração na sua plenitude.

O Art. 107, §3º da Lei nº 3.956/81 determina 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.”.

No presente caso, trata-se de um 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 citado dispositivo, falece de competência ao autuante para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comerciais, com exceção dos optantes pelo Regime do Simples Nacional, o que não é o caso do presente processo.

Assim, pelo fato de o autuante não ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção de contribuintes pelo Regime do Simples Nacional, ocorreu vício insanável na lavratura do presente auto de infração, 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 nova ação fiscal por funcionário competente.

Diante destes fatos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 232177.0104/16-1, lavrado contra **ALTIS IMPORT COMERCIAL EIRELI (ALTIS IMPORT) - ME**. Representa-se à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, em nova ação fiscal por funcionário competente.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS