

A. I. Nº - 211841.0003/17-4
AUTUADO - LOJAS SIMONETTI LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LUIZ DA LUZ EVANGELISTA
ORIGEM - IFMT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-05/17

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 ao 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 em lide, lavrado na IFMT SUL em 23/01/2017, exige o ICMS no valor de R\$46.101,97 mais multa de 60%, sob acusação do cometimento da seguinte infração: **54.01.03** - Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme documentos abaixo:

1. Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 04 e 05;
2. Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço), fl. 09;
3. Anexo ao Termo de Fiscalização, fls. 10 e 11;
4. Resumo para Constituição de Crédito Tributário, fls. 12 e 13;
5. Lista de DANFES indicados para constituição do Crédito Fiscal, fls. 16 e 17;
6. Demonstrativo de Débito, fl. 18;
7. Cópias dos DANFES nº 1.347.740, 1.347.741, 1.348.658, 1.351.155, 1.353.884, fls. 19 a 28.

Consta na descrição dos fatos: “Falta de pagamento do ICMS substituição tributária referente às mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, nos termos do art. 332, § 2º do RICMS/BA.

O autuado, através de seu representante legal, apresenta defesa tempestiva, fls. 32 a 37, na qual impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração, com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Primeiramente, ressalta que o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade como preceitua a Carta Magna em seu artigo 37, *caput*, e que nessa linha de pensamento, a fim de regulamentar o processo administrativo fiscal, foi editado o DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999, que é a legislação que Regula o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, invocando o artigo 2º do citado RPAF.

Em relação à infração imputada, aduz que o autuante considerou que não foi recolhido o ICMS ST, pois nos termos do Artigo 8º, § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei Estadual 7.014/96, c/c art. 332, inciso III, alínea “a”, §§ 2º e 3º do RICMS BA, onde nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Comenta que os dispositivos capitulados no auto de infração, fazem menção tão somente a mercadorias classificadas como Substituição Tributária, eis que, no enquadramento constante

nos seguintes artigos: Artigo 8º, § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei Estadual 7.014/96, c/c art. 332, inciso III, alínea “a”, §§ 2º e 3º do RICMS, é isto que traduz.

Em relação a esta capitulação, observa que as notas fiscais mencionadas pelo Autuante, em suas planilhas, há uma grande dificuldade até de entendimento, o que dificulta que a defesa seja realizada, pois como já dito alhures, o Autuante, informa a falta de recolhimento ST, mais nas planilhas de cálculo, leva ao entendimento de tratar-se de falta de recolhimento parcial na entrada de mercadoria, eis que as notas elencadas, tratam-se produto não sujeito a ST.

Analizando a planilha “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO”, observa que constam algumas notas fiscais listadas, que são elas: 1347740, 1347741, 1348658, 1351155, 1352526 e 1353884, as quais diz anexar, e que segundo o Autuante teria um ICMS devido não recolhido no valor de R\$46.101,98.

Comenta que para chegar a este valor, o Autuante extraiu das notas fiscais, os valores totais, aplicando a alíquota do ICMS, abatendo o crédito, e concluindo pelo suposto valor faltante.

Argumenta que os produtos não são classificados como ST, o que entende se excluir assim do enquadramento fiscal constante no auto, pois a sua capitulação é que não ocorreu o recolhimento do ICMS de mercadorias ST, e em sua maioria conforme notas em anexo, são produtos não pertencentes a esta classificação de ST, caindo por terra nestes termos.

Outra situação que considera importante, é que o valor destacado no campo do ICMS da NF, que deve ser creditado na apuração, não está em consonância com os valores constantes na planilha do Autuante, conforme quadro abaixo:

NOTA FISCAL	VALOR ICMS NOTA FISCAL	VALOR ICMS INFORMADO PELO AUDITOR
001.347.740	R\$54,54	R\$4,54
001.347.741	R\$54,54	R\$4,54
001.348.658	R\$32.406,20	R\$2.700,52
001.351.155	R\$1.125,63	R\$21,47
001.352.526	R\$903,98	R\$9,73
001.353.884	R\$1137,11	R\$9,73

Desta forma, diz que os valores constantes na planilha como crédito, não condizem com os que constam nas Notas Fiscais, e que efetivamente devem ser considerados como valores a serem creditados. Sendo assim, impugna a planilha apresentada pelo Autuante, por entender que não retratam os créditos que o Autuado faz *jus*.

Diante disso, sustenta ficar claro e comprovado que em uma simples leitura em relação às notas fiscais, que os produtos lá relacionados não são ST, e por isso não há o que se falar em falta de recolhimento destes tributos.

Em outra análise, em que pese não estar capitulado, acredita que o autuante, talvez queria informar uma suposta falta de recolhimento parcial de ICMS, pois na planilha faz menção a uma suposta falta de recolhimento de ICMS, com a diferenciação de alíquota interna e o crédito na nota fiscal.

E por isso, também informa que estes recolhimentos também foram realizados de forma correta, e para comprovar os recolhimentos apresenta em anexo, notas fiscais, e o DAE no valor de R\$16.275,24, devidamente pago referente a estas notas.

Ou seja, afirma que houve sim recolhimento do valor referente ao pagamento da antecipação parcial das mercadorias não abrangidas pela ST, bem como foi também recolhido o imposto enquadrado nesta classificação.

Além do que já foi ventilado acima, salienta que existem também outros pontos que constam no presente Auto de Infração que devem ser retificados, pois não estão em consonância com a legislação aplicável ao caso.

Pelo acima alinhado, requer o acolhimento dos argumentos descritos acima, para que ao final o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos, como medida de JUSTIÇA.

Diante o exposto e por tudo que nos autos fora elucidado, requer que seja julgada improcedente a infração constante no auto de infração, e por fim, seja acolhida “*in totum*” a presente defesa, e em via de consequência seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de infração, determinando seu arquivamento, por considerar que a infração é inexistente, face todos os esclarecimentos acima expostos.

Na informação fiscal às fls. 63 a 66, o autuante analisando os fatos diz que ficou comprovada a falta de pagamento do ICMS devido por antecipação parcial, nas operações de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização pelo autuado.

Destaca que para contribuintes descredenciados, o pagamento deverá ser feito antes da entrada das mercadorias no território deste Estado, de acordo com a alínea “b” do Inc. III, do artigo 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12.

Entretanto, informa que o autuado juntou ao presente processo DAE de pagamento no valor de R\$16.275,24, datado de 25/01/2017 (fl. 57), após o início da ação fiscal e fora do prazo regulamentar.

Comenta que a antecipação parcial se constitui na antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação da mercadoria, e é calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Diz, ainda, que a antecipação parcial do imposto está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias que são destinadas à comercialização pela empresa, tendo como fato gerador as entradas interestaduais para comercialização, inclusive a título de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme art. 12-A da Lei 7.014/96.

Desta forma, argumenta que está obrigado ao recolhimento do ICMS antecipação parcial e/ou total o adquirente no Estado da Bahia, independente do regime de apuração e independente da condição (seja NO, ME, EPP, MEI).

No caso, diz que o próprio contribuinte fará a apuração da antecipação parcial/total, exceto se estiver descredenciado, e não realizar o pagamento antes da mercadoria entrar no território baiano, hipótese em que a antecipação será exigida de ofício.

Quanto ao direito ao crédito fiscal destacado no documento fiscal, aduz que o Decreto 14.213 de 22 de novembro de 2012 dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Com base nisso, entende que o autuado faz jus ao crédito do ICMS no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem (1%), pois as mercadorias foram remetidas de estabelecimento atacadista.

Concluindo, requer:

- 1) A procedência total do presente Auto de Infração, nos termos do Art. 332, inc. III alínea “b” do RICMS/BA;
- 2) Aproveitamento do valor do ICMS pago no valor de R\$16.275,24 (fl. 57) pelo autuado, fora do prazo regulamentar e após iniciada a ação fiscal.

VOTO

A acusação é de: “Infração 54.01.03 – Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I, do RICMS, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.”

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.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal diz respeito aos DANFES nº 1.347.740, 1.347.741, 1.348.658, 1.351.155, 1.353.884, fls. 19 a 28, conforme *MANDADO 31743818004034-201718*, e Resumo – Lista de DANFE Monitorados (Fiscalizados) da COE – Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias (fls. 16 a 17).

Portanto, por se tratar de operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrido qualquer apreensão de mercadoria, conclui-se que não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, além do fato de que o autuante exerce o cargo de Agente de Tributos Estaduais e não tem competência para fiscalizar no estabelecimento de contribuinte submetido ao regime normal, como é o caso do autuado neste processo (fl. 06).

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 comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, conforme o próprio autuante em sua informação fiscal atestou, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), falece de competência ao autuante para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos 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, 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.

Além disso, o processo contém outro vício, qual seja, a acusação foi de falta de recolhimento do ICMS-ST, inclusive no enquadramento legal, porém o demonstrativo fiscal faz referência a exigência de imposto por antecipação parcial, conforme o próprio autuante consignou em sua informação fiscal.

Desta forma, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, fica representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal no estabelecimento do contribuinte supra, haja vista a existência dos livros e documentos fiscais, a fim de se proceder a fiscalização pelos meios procedimentais normais, por servidor competente, observado o prazo decadencial.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **211841.0003/17-4**, lavrado contra **LOJAS**

SIMONETTI LTDA. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal, devendo ser observado no prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA