

A.I. N° - 163540.0021/18-4  
AUTUADA - DISTRIBUIDORA ANDAIA LTDA.  
AUTUANTE - WOLFGANG ALVES LONGO MOITINHO  
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.12.2018

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0001-06/18**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Nas aquisições interestaduais com o crédito de 7% ou 12%, havendo redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente na saída dos mesmos produtos, não haverá pagamento de antecipação parcial, pois o crédito será igual e ou superior à carga tributária interna. Infração não caracterizada. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração (AI) em lide, lavrado em 30/04/2018, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$39.439,95, (trinta e nove mil, quatrocentos e trinta e nove reais e noventa e cinco centavos), acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96.

A infração de código nº 54.05.08 imputada ao autuado é assim descrita no Auto de Infração: *“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”.*

Em sua defesa, o sujeito passivo apresenta impugnação tempestiva, fls. 32 a 41, na qual pretende demonstrar, antes de discutir o mérito da lide, a existência de vícios insanáveis que implicam na nulidade da infração, nos termos do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Na peça defensiva, o contribuinte registra, em preliminar, que sendo o autuante agente de tributos lotado na Inspetoria de Trânsito de Mercadorias da SEFAZ deveria acompanhar o processo na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, fato que não se comprova. Aduz que, nos termos do art. 42 do RPAF é competência dos auditores fiscais a lavratura de autos de infração relativos aos fatos relatados no presente processo.

Alega o contestante que o auto de infração se formou sem as devidas intimações e que as notas fiscais de entradas, objeto do auto, foram emitidas nas datas entre 07/03/2018 a 20/03/2018, sendo que o registro do auto de infração ocorreu em 21/05/2018. Tal constatação demonstra que a autuação não decorreu de infração relativa ao trânsito de mercadorias, configurando-se, por conseguinte, vício na constituição do feito pelo fisco.

Em adicional, ainda arguindo a nulidade, o autuado relata a falta de clareza na descrição dos fatos, a ausência de planilhas que esclarecessem a autuação e o fato do auto de infração apesar de assinado pelo agente de tributos, não contém a assinatura do inspetor fazendário, conforme pode ser observado na cópia anexada às fls. 43 e 44.

No mérito, o defendente contesta a autuação que considera um procedimento de fiscalização em desacordo total com as decisões já pacificadas no CONSEF. Argumenta que as mercadorias adentraram no estabelecimento em março e o Auto de Infração foi lavrado em final de abril, sendo cobrado o imposto da antecipação parcial sem se considerar que essas mercadorias já foram vendidas com o consequente lançamento do imposto na saída.

Ademais, ressalta o autuado, todas as Notas Fiscais objeto do Auto de Infração referem-se a aquisições de charque, advindas do estado de Sergipe e, por consequência, tributadas com a alíquota de 12% (doze por cento). Ocorre que nas operações internas com o produto charque a legislação baiana prevê uma redução da base de cálculo de forma que a carga tributária incidente corresponda também a 12% (doze por cento), portanto, não há o que recolher a título de antecipação parcial.

Por fim, o autuado finaliza a defesa solicitando que seja reconhecida a nulidade e a improcedência da presente autuação.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 81 e 82, na qual rebate a assertiva da autuada acerca da falta de competência, afirmindo que está devidamente credenciado para realizar a formalização de Notificações e/ou Auto de Infração originalmente iniciados no trânsito de mercadorias.

Informa o autuante que o processo em questão foi iniciado em um segundo momento do trânsito de mercadorias, no qual se constatou na Central de Operações Estadual que em outros estados foram emitidos DANFE(s) destinando mercadorias ao estabelecimento do contribuinte localizado no estado da Bahia, sem que a empresa observasse a sua situação de irregularidade e responsabilidade de recolher espontaneamente os tributos devidos. Assim o fisco procedeu à intimação para apresentação de livros e documentos, conforme formulário apensado nos autos à fl. 02, datado de 19/04/2018.

Sobre a alegação do sujeito passivo de que o Auto de Infração não continha a assinatura do inspetor, essa, segundo o autuante, pode ser contestada, tendo em vista que é um procedimento que ocorre após o recebimento do Auto de Infração na repartição fiscal. Com relação ao fato de os documentos conterem datas anteriores ao Auto de Infração, o autuante afirma ser lógico, pois não se pode cobrar o que não foi constituído e, somente após a constatação do evento do trânsito de mercadorias, fls. 12, 13 e 14, é que se formalizou a entrada das mesmas no estabelecimento caracterizando a infração. Quanto ao Termo de Intimação Fiscal, não há o que se alegar, pois foi devidamente assinado pelo preposto da empresa.

Finalmente, quanto ao quesito relativo ao momento da lavratura e levantamento do crédito tributário, o autuante alega que deve se ter em mente, que a fiscalização de trânsito hoje decorre de um novo modelo onde se constata a tentativa do contribuinte de não recolher o imposto devido ou, no mínimo, postergá-lo.

Aduz, complementando a informação, que a assinatura e saneamento do Auto de Infração é ato posterior a sua lavratura e consequentemente à entrega das cópias de todos os formulários necessários à ampla defesa, a saber: Resumo para Constituição do Crédito Tributário; Resumo para Constituição do Crédito Tributário-Sintético; Resumo para Constituição do Crédito Tributário Sintético Antecipação Parcial; Resumo do Demonstrativo Cálculo Semi Elaborado – UMF.

Com base no exposto, tendo em vista que todos os formulários foram apresentados pela empresa quando da sua defesa, se entende que procede a lavratura do presente auto de infração.

## VOTO

Verifico que o Auto de Infração aponta a falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial, das mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação. Essas mercadorias estão relacionadas nas Notas Fiscais Eletrônicas, cujas cópias dos Documentos Auxiliares (DANFE), estão acostadas às fls. 15 a 28.

A justificativa da autuação se baseia no fato de as mercadorias terem sido adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no § 2º, do art. 322 do RICMS/12, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade da autuação sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado por agente de tributos, quando a competência seria dos auditores fiscais. Em adicional, alega que a nulidade também se apresenta quando a ação fiscal não observou as formalidades essenciais e que comprovadamente não se constitui em infração constatada no trânsito de mercadorias, haja vista as datas das notas fiscais que lastreiam o Auto de Infração e a data de lavratura do mesmo.

No mérito, a autuada contesta a autuação, considerando que no caso concreto as mercadorias em questão já foram comercializadas com o consequente lançamento do imposto na saída subsequente. Ademais, sendo as mercadorias (charque) adquiridas no Estado de Sergipe, não há que se falar em antecipação parcial, pois não há diferença entre a alíquota interestadual e a interna com relação a esse produto.

O autuante se considera devidamente credenciado para desenvolver a ação fiscal originalmente iniciada no trânsito de mercadorias e justifica os procedimentos adotados como resultado do novo modelo de fiscalização relativo ao trânsito de mercadorias.

Do exame dos documentos acostados, verifico que foi adotado para a lavratura da infração o Modelo 4, que é próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, entretanto, o procedimento descrito no presente PAF não caracteriza esse tipo de ação fiscal. A ação fiscal no trânsito de mercadorias ocorre ao se constatar o efetivo trânsito dessas em situação irregular, sendo uma ação flagrante instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento da autuação, o que não se observa no caso concreto.

O que se observa, efetivamente, é a existência de lapso temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (30/04/2018), a da data de emissão dos documentos fiscais (entre 07/03/2018 a 23/03/2018) e a da data do Termo de Ocorrência Fiscal (18/05/2018), além da existência de um termo de intimação do contribuinte (19/04/2018), no qual é solicitado o comparecimento do mesmo à sede da IFMT NORTE para apresentação dos DANFE(s) e respectivos DAE(s) de antecipação parcial, referentes ao período de 2018. Todos esses dados indicam claramente que não se trata de um flagrante fiscal como se caracteriza nas infrações de trânsito. Entendo, com base na descrição dos fatos, que resta caracterizada uma ação fiscal efetivamente de estabelecimento.

Em consulta ao sistema de Informações do Contribuinte Versão 04.36.02 (INC) desta secretaria, constato que o sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de NORMAL, assim, nos termos da redação vigente, a partir de 01/07/09, do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), transcrita a seguir, alterado por força da Lei nº 11.407, de 08 de abril de 2009, não poderia o presente Auto de Infração ter sido lavrado por Agente de Tributo Estadual:

*"Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:*

*II - compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

*III - 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".*

Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto em fiscalização de comércio, é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

Acredito que o conjunto das irregularidades pontuadas já se constituem em elementos suficientes para se decretar a nulidade da presente autuação fiscal. Por outro lado, entendo que no caso concreto, cabe observar a norma inserta no parágrafo único, do art. 155 do RPAF, que determina que *"quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem*

*aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.*

Assim, com lastro no dispositivo mencionado, avanço ao exame do mérito da autuação, considerando que assiste razão ao autuado quando alega em sua peça defensiva, que não há pagamento de antecipação parcial a ser efetuado, uma vez que o crédito será igual à carga tributária interna.

Todos os DANFE(s) acostados ao processo (Anexo III) indicam tratar-se de aquisição do produto “charque”, oriundo do Estado de Sergipe, cuja alíquota interestadual é 12%. Conforme preconiza o inciso LI, do caput do art. 268 do Regulamento do ICMS, a base de cálculo das operações internas com charque é reduzida, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento).

Tendo em vista que o cálculo da antecipação parcial é feito mediante a aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, na existência de carga tributária à equivalente na saída dos mesmos produtos, por óbvio não haverá pagamento de antecipação parcial, como no caso que se apresenta. Aliás, deve ser registrado que o autuante, quando da informação fiscal, deveria ter observado o prescrito pelo § 6º, do Art. 127 do RPAF, e enfrentado todos os aspectos da defesa com fundamentação.

Desta forma, em observância ao previsto no parágrafo único, do art. 155 do RPAF, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **163540.0021/18-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA ANDAIA LTDA**.

Sala de sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR