

A. I. Nº - 151670.0124/17-2
AUTUADO - METALÚRGICA HORIZONTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (NOVO HORIZONTE) - ME
AUTUANTE - CACILDA CONCEIÇÃO DA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0069-05/18

EMENTA: ICMS. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4 específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 30/09/2017, para exigir ICMS no valor de R\$210.857,52 e multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (54.05.10) – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas na legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

O sujeito passivo ingressa com defesa, (fls. 35 a 37), e inicialmente destaca a sua tempestividade. Relata que o autuante considerou a falta de recolhimento do ICMS antecipado referente aos DANFEs 722, 791, 730, 738, 798, 1826, 1831, 743, 805, 748, 1838 e 1843, tendo como base de cálculo o valor de R\$ 1.640.056,49, alíquota de 18%, Imposto devido de R\$295.210,17, menos o crédito fiscal de R\$84.352,65, e imposto a pagar de R\$210.857,52.

Anexa todos os DANFEs e insurge-se contra o entendimento do autuante, quando traça a seguinte situação:

DANFEs – valor das compras	R\$ 1.205.037,80
Alíquota 18%	R\$ 216.906,80
Crédito Fiscal	R\$ 84.352,65
Saldo Credor de DMA 08/2017	R\$ 153.848,14
Saldo Credor do período	R\$ 21.293,99

Entende que não tem a obrigatoriedade de recolher o ICMS antecipadamente, por não ser consumidor final das mercadorias, tampouco se enquadrava no momento das aquisições na condição de inapto ou omissor, tendo como opção legal o recolhimento do ICMS pelo regime normal de tributação.

Quanto ao endereço da sociedade empresária informa que houve alteração no número do imóvel,

o que inclusive lhe trouxe prejuízo nos seus relacionamentos comerciais. Afirma que está providenciando a alteração de endereço, certo de que não mais passará pelos transtornos ora sofridos.

Requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, com a análise das provas que anexa.

A agente de tributos autuante presta a informação fiscal, (fls. 59 a 60), e após transcrever as razões de defesa esclarece que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo todos os requisitos previstos no Decreto nº 7.629/99 que o antecede e em cumprimento à Escala de Serviço anexa. Aduz que o procedimento tem amparo legal, consoante o Decreto nº 14.208 de 13/11/2012 (fl. 60). Foi lavrada a Intimação para apresentação de livros e documentos, (fl. 19), e após várias tentativas não houve quem recebesse, pois o estabelecimento se mantinha fechado. Sustenta que fez diversas visitas, mas o estabelecimento, não funcionava no endereço cadastrado. Destaca o A.R de fl. 29, e informa que o local continua fechado, conforme fotografias do endereço anexas a esta informação fiscal.

Ademais, também não funciona no atual endereço, pois não foi localizado, fotos na fl. 67, o que configura um viés de risco de sonegação fiscal. Sendo assim, não restou alternativa senão a constituição do crédito para assegurar ao ente tributante a sua prerrogativa legal. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração lavrado no Modelo de Trânsito de Mercadorias, exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

O sujeito passivo clama pela nulidade ou improcedência do lançamento tributário.

Antes de adentrar na análise do mérito da autuação, cabe a apreciação da legitimidade do ato administrativo de lançamento, efetuado por Agente de Tributos Estadual. Preconiza o Art. 2º do RPAF/99, que a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia da ampla defesa.

Assim do exame das peças processuais, constato a existência de vícios que impedem a convalidação do lançamento, relativos à sua legalidade, posto que a autoridade fiscalizadora deve agir nos estritos termos da sua competência, observando o devido processo legal.

Na presente lide, embora o Modelo do Auto de Infração seja do Trânsito de Mercadorias, falta-lhe o Termo de Ocorrência Fiscal bem como o Termo de Apreensão de Mercadorias, o que denota desde o início a ocorrência de vícios insanáveis na sua lavratura. Portanto, em que pese a menção ao Decreto nº 14.208 de 13 de novembro de 2012, invocado pela autuante, para amparar a ação fiscal, que criou o novo modelo de Fiscalização no Trânsito de Mercadorias, que irá monitorar e controlar as operações de entrada e saída de mercadorias e bens, com base nos documentos fiscais eletrônicos emitidos (NF-e, CT-e e MDF-e), cujas ações fiscais serão realizadas pelas Unidades Móveis, Postos Fiscais e Central de Processamento de Cargas, não legitima a presente autuação.

É que para a situação em comento, lastreada em fato pretérito e não no trânsito de mercadorias, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com estrita obediência a todas as formalidades legais, inclusive com a correta data de ocorrência do fato gerador e não com a data aposta no trânsito de mercadorias. No caso, os DANFes foram emitidos em diversos dias do mês de agosto de 2017 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/09/2017.

Por outro lado, a empresa autuada, apesar de constituída na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração Conta Corrente Fiscal, conforme documento de fl. 17. Dessa forma, a autuante, na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura do Auto de Infração com características de fiscalização do estabelecimento, consoante o que dispõe o inciso II do art. 42 do RPAF/99:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - [...]

II – 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.

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

Em conclusão, o Auto de Infração foi lavrado em consequência de um levantamento fiscal, de uma empresa que se encontrava inapta no cadastro estadual, operando na fabricação de outras máquinas e equipamentos de uso geral, conforme CNAE 2829199, com estabelecimento cadastrado na SEFAZ, Rua Boticário Moncorvo D, sala 103, 1 Pav. Centro, Feira de Santana, Bahia.

Contudo, pelo fato de a autuante não ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção dos optantes pelo Regime do Simples Nacional, ocorreu vício insanável em sua lavratura, o que leva à nulidade do lançamento.

Represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, como dispõe o art. 21 do RPAF/99.

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 **151670.0124/17-2**, lavrado contra **METALURGICA HORIZONTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (NOVO HORIZONTE) – ME**. Representa-se à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR