

**A. I. Nº** - 118505.0191/14-5  
**AUTUADO** - COMERCIAL SCHIO HORTIFRUTI LTDA.  
**AUTUANTE** - LAURICE SOARES MENEZES  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 28.08.2018

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0134-04/18**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO EM DESACORDO COM AS NORMAS DE REGÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Apuração de fato gerador do imposto não verificado quando do trânsito da mercadoria, mas após adentrar no estabelecimento do autuado. Ilegitimidade do agente autuante. Vício insanável do procedimento. Recomendação de renovação da ação fiscalizatória junto ao estabelecimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de outubro de 2014 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$17.219,80 bem como multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.08**. Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido. Consta do lançamento, a seguinte descrição dos fatos: *“falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte na condição de DESCRENCIADO. NF-e – DANFES recebidos conforme relação, Memória de Cálculo nºs 36.612, 36.892, 21.714, 36.907, 36.891 e 36.927, cópias dos mesmos, intimações e outros documentos apensos, referem-se ao período financeiro fiscalizado dias 06, 10 e 11/10/2014. MANDADO DE FISCALIZAÇÃO Nº 20962271000135-20141016. Base de cálculo foi apurada através dos DANFES do período. Toda documentação aqui acostada, é parte integrante do processo que constitui prova material de infração à legislação do ICMS”*.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 32 e 33, onde após breve resumo dos fatos relatados no lançamento, menciona estranhar o fato da fiscalização da Secretaria Fazenda do Estado da Bahia possuir rigorosos controles no acompanhamento da circulação das mercadorias no Estado, e lavra um Auto de Infração nas condições que passa a expor.

Quanto a não ter efetuado o recolhimento do ICMS correspondente a Antecipação Parcial no mês 10/2014, nega ter ocorrido tal fato, uma vez que as notas fiscais 036612, 021714 e 036927, oriundas do Estado de São Paulo, tiveram calculados e recolhidos o imposto através do DAE/ICMS no dia 09/12/2014, conforme cópia do comprovante e relação detalhada, que afirma anexar.

Para as notas fiscais 036891, 03&892 (sic) e 036907, igualmente procedentes do Estado de São Paulo emitidas pela empresa Frutart Comércio de Produtos Agrícolas Ltda., CNPJ 01.371.508/0001-69, assevera que as mesmas constam no sistema de Notas Fiscais da SEFAZ, na condição de canceladas pelo emitente, ou seja, as mercadorias constantes nas referidas Notas Fiscais, não entraram no estabelecimento do contribuinte e nem tão pouco entraram no Estado da Bahia, conforme documentos emitidos no site da Secretaria que comprovam tais fatos.

Verifica também neste episódio que os critérios utilizados nesta fiscalização, foram de nenhum controle e coerência, causando danos e prejuízos para o contribuinte, que enfrentou problemas operacionais motivados por erro da fiscalização.

Diante do exposto, requer o contribuinte, que seja considerado nulo e improcedente o presente Auto de Infração, uma vez que não foi observado ao que determina o Artigo 352 do RICMS, bem como apresenta documentos comprobatórios dos recolhimentos efetuados.

Informação fiscal prestada pela autuante constante às fls. 92 e 94 esclarece que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada e isto é incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, que nada mais questiona a não ser o de requerer um suposto abatimento inexistente anexando comprovantes de pagamentos efetuados após a ação fiscal.

Observa que os recolhimentos apresentados pelo requerente conforme se podem observar na peça vestibular, foram todos verificados e abatidos e os que não foram considerados foi devido o recolhimento espontâneo sem a multa efetuados pelo contribuinte após a ação fiscal.

Em resumo aponta que a empresa recolheu tudo espontâneo após a intimação e não quer pagar mais nada da antecipação parcial e requer apenas um abatimento inexistente sem nenhum argumento convincente com pedidos que fogem aos procedimentos da denúncia espontânea, em inobservância ao artigo 138 parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN).

Em relação ao recolhimento apresentado pelo defendente, anota ter sido realizado em 09/12/2014, portanto intempestivo e não guarda nenhuma conformidade com a Lei,

Cita que segundo a defesa (fl. 32) em 09/12/2014 recolheu o tributo relativo às notas fiscais 036612, 021714 e 036907 sem nenhum amparo legal pois os documentos fiscais foram emitidos em 06, 10 e 11 de outubro e só recolhido dois meses depois, após a entrada da mercadoria no Estado da Bahia sem multa e ou qualquer correção.

Fala ser o direito ao desconto vinculado a tempestividade do recolhimento, no caso de descredenciado antes da entrada da mercadoria em território baiano, sendo esta a previsão dos artigos 273, 332, inciso III do RICMS/12, transcritos.

Em relação à questão, da penalidade aplicada que foi desprezada por conta própria pelo requerente, assevera estar consignada no sistema da memória de cálculo e no campo próprio, vez ser a multa de observância obrigatória para o motivo determinante da autuação, e, portanto, o servidor cumpre o que determina o artigo 42, da Lei 7.014/96, que consta no sistema automático de emissão da notificação, transcrevendo trecho contido em voto prolatado pelo Conselheiro Eduardo Ramos de Santana no acórdão JJF 0012-04/10, copiado.

Garante não ser a multa aplicada poder discricionário, pois ela já consta no sistema e aparece o desconto de acordo com a data do dia programado para o recolhimento e ele é definido automaticamente, a depender do dia programado para o pagamento.

Quanto aos documentos fiscais de números 036892, 036891 e 036.907 confirma terem sido realmente cancelados pelo emitente excluindo da base de cálculo da nossa planilha que apresenta devidamente modificada em anexo.

Aborda que em relação a apresentação dos fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Diz ainda ser o autuado sabedor de que estava em situação irregular de descredenciado e isto está sacramentado, além de ser indiscutível, reconhecido pelo próprio sujeito passivo que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo a Antecipação Parcial é devido e não foi

recolhido, sendo questionado apenas a forma de exigir o crédito tributário clamando indevidamente pela nulidade sem nenhum amparo legal.

Menciona que em relação ao tema o Regulamento do ICMS é pacífico quando a questão, dando garantia ao entendimento expressado na autuação, de forma que o ICMS é exigido “nas entradas” conforme prevê o artigo 352-A do RICMS/12, igualmente transcrito.

Ante o exposto, à luz de todos os elementos probatórios trazidos aos autos, entende não haver como se sustentar o argumento do autuado quanto a sua ilegitimidade quanto paciente do tributo devido, devendo o presente auto de infração procedente em parte ser ratificada para valor de R\$ 8.704,00, acrescido da multa prevista de observância obrigatória, de acordo com a nova planilha apresentada.

Tendo sido tratado o lançamento como Notificação Fiscal, ao invés de Auto de Infração, consoante documento de fls. 96 a 98, o feito foi encaminhado para julgamento por este Órgão (fl. 101), a quem realmente compete julgar o feito.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Antes de qualquer apreciação, cabem algumas observações acerca do lançamento. A primeira delas é a presença nos fólios de termo de ocorrência fiscal sem qualquer assinatura (fl. 08/09) sendo a empresa autuada nomeada como depositária, além da presença de outro Termo de Ocorrência à fl. 23 igualmente sem assinatura do sujeito passivo.

Foram arroladas na autuação várias notas fiscais de distintos fornecedores (Frutart Com. de Produtos Agrícolas Ltda. e RJU Com. Benef. de Frutas e Verduras Ltda.) às fls. 11 a 16.

Além disso, foi acostada informação cadastral de fls. 17 a 19 constatando ser a empresa optante pelo regime de apuração normal não optante do denominado Simples Nacional.

Além disso, o Auto de Infração utilizado foi aquele referente ao trânsito de mercadorias, conquanto a ação fiscal tenha ocorrido, na forma dos dados e elementos inseridos no lançamento, inclusive a informação da própria autuante, após a entrada das mercadorias ali arroladas no estabelecimento do contribuinte autuado. Logo, a constatação de infração à legislação tributária e a ação de fiscalização não se deu quando do trânsito efetivo das mercadorias.

Nos termos do artigo 107, § 3º da Lei 3.956/81 (COTEB), compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais e especificamente 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.

Conforme já indicado acima, consta que a empresa autuada se encontra inscrita na condição de contribuinte optante do regime normal de apuração do ICMS, o que enseja a aplicação do teor do artigo 107, § 2º do mencionado COTEB, o qual estabelece que “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”.

Desta forma, se encontra patente a ilegitimidade ativa do Fisco, diante do fato do lançamento ter se dado através de Agente de Tributos Estaduais, em ação no seu estabelecimento, situação vedada conforme acima transcrito, o que incorre em situação prevista no artigo 18, inciso I do RPAF/99, segundo o qual “são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente”.

Por tais argumentos, de ofício, julgo o Auto de Infração em tela nulo.

Lembro não ser esta situação nova aqui apreciada, havendo diversos precedentes como nos julgados que resultaram nos Acórdãos CJF 0332-11/15, CJF 0037-12/17, CJF 0015-12/16, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, órgão de segunda e última instância administrativa, somente para se fixar em alguns exemplos.

Recomendo ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuintes, que verifique o cumprimento de tal obrigação pelo sujeito passivo, de acordo com a previsão contida no artigo 21 do mencionado diploma regulamentar.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **118505.0191/14-5** lavrado contra **COMERCIAL SCHIO HORTIFRUTI LTDA**. Recomenda-se ao órgão competente analisar a possibilidade de refazimento da ação fiscal no estabelecimento da empresa autuada, a salvo dos vícios aqui apontados, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

Sala de Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA