

A. I. - 099883.0734/17-0
AUTUADA - REDE CARNE COMÉRCIO VAREJISTA DE CARNES EIRELI - EPP
AUTUANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - METRO IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.12.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-04/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO EM DESACORDO COM AS NORMAS DE REGÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. 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 23 de novembro de 2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$25.665,24, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.10.** 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 preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Consta a informação do autuante de que o contribuinte “*deixou de recolher o ICMS, da antecipação tributária parcial/total, das mercadorias para comercialização, destinadas para contribuinte na condição de descredenciado, conforme DANFE N.º 000.127.401, 000.127.830, 001.298.607, 001.298.608, e 000.005.405, apuração feita pela COE – Central de Operações Estaduais, Mandado de Fiscalização n.º 75821420000404-20171122*”.

Intimada a tomar conhecimento do lançamento através do documento de fl. 21, tempestivamente, a autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 23 e 24, onde, após relato dos fatos, informa ter o agente autuante desconsiderado por completo a legislação que regulamenta a matéria, o que tornou a presente notificação fiscal manifestamente improcedente, conforme será demonstrado.

Aduz ter por objeto social as atividades de frigorífico – abate de bovinos, fabricação de produtos de carne, preparação de subprodutos do abate, criação de bovinos para corte, comércio atacadista de carnes bovinas e suínas e derivados e comércio varejista de carnes – açougue, sendo as mercadorias insumos para sua produção de fornecedores localizados no Estado da Bahia. Como tal, na forma do artigo 271 do RICMS (transcrito), entende dispensado de lançar o tributo de mercadorias adquiridas no Estado da Bahia.

Frisa que dúvidas não restam acerca da não incidência do ICMS na operação de saída interestadual de produtos adquiridos pelo contribuinte autuado, como é o caso dos autos, vez disposição expressa do RICMS/BA.

Conclui que em face de todo o exposto, requer seja declarada a improcedência da notificação fiscal epigrafada, em razão do quanto estabelecido no artigo 271 do RICMS/BA, que dispensa o recolhimento do ICMS na saída interna de produtos decorrentes do abate de bovino, o que torna a presente notificação fiscal manifestamente improcedente.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 35 e 36 aponta que a empresa autuada adquiriu mercadoria acobertada pelos DANFES 000.127.401, 000.127.830, 001.298.607, 001.298.608 e 000.005.405, resultante do abate de gado suíno e outros produtos, procedente do Estado de Minas Gerais, durante diversos meses de 2017, momento esse que a mesma se encontrava com situação cadastral ativa na SEFAZ/BA, mas, na condição de descredenciado, portanto não atendia as condições que determina o artigo 332, alíneas “a” e “b” do inciso III do RICMS/12, combinado com o § 3º e Inciso I do § 4º do artigo 8º; § 6º do artigo 23, artigos 32 e 40 da Lei 7014/96, pelos quais o contribuinte que se encontra nesta situação tem que efetuar o pagamento da antecipação tributária antes da entrada no território do Estado da Bahia, e se tratando de mercadorias resultantes do abate de gado suíno, o contribuinte não possui regime especial deferido pela DITRI, para efetuar o pagamento no mês seguinte da entrada no Estado, fato este que não ocorreu, como demonstrado nas fls. 18 e 19, não tendo sido localizado nenhum pagamento para o usuário informado, referente aos DANFES citados.

Quanto ao argumento de exercer a autuada atividade de fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos do abate, conforme se infere do contrato social juntado à defesa, assevera que tal fato não corresponde à realidade, pois o contribuinte exerce atividade Econômica Principal 4722901 (Comércio Varejista de Carnes-açougues) e CNAES Secundário código 4712100 (Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados), tal como demonstrado na fl. 16, o que o leva a pedir a procedência total do Auto de Infração.

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 ausência nos fôlios de qualquer Termo de Ocorrência Fiscal, sequer Termo de Apreensão, embora o lançamento tenha sido realizado em formulário destinado às ocorrências verificadas no trânsito de mercadorias, a se depreender também do local de lavratura (Posto Fiscal Honorato Viana).

Da mesma maneira, inexistente indicação do transportador ou transportadores das mercadorias, vez que se tratam de diversas notas fiscais com datas de emissão diversas.

Observe, entretanto, a presença de Mandado de Fiscalização de fls. 06 a 09, emitido pelo COE com a observação de se tratar de “monitoramento viés de risco sonegação fiscal” (fl. 09), o que indica se tratar de fiscalização realizada após o trânsito das mercadorias, e que necessitaria da emissão de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, igualmente ausente nos autos.

Como já anotado linhas acima, a autuação recaiu sobre diversas notas fiscais acostadas às fls. 10, 11, 12, 14, 15, com vários transportadores (Canadá Transportes e Comércio Ltda., BVMG Vicenzi Transportes Eireli ME, Mirian Pereira Nascimento, C & Filhos Indústria e Comércio de Produtos do Lat. Ltda. – ME, diversos veículos (placas MJR 4469, MBX 0266, HAZ 2640, OEJ, 6459) e diferentes datas de emissão (10/11/2017, 19/11/2017, 09/11/2017, 09/11/2017, 07/11/2017).

Por outro lado, informação constante no sistema INC da SEFAZ de fls. 16 a 18, informa a condição de empresa de pequeno porte da autuada, porém, com regime de apuração através de conta corrente fiscal, ou seja, não é a mesma optante do Simples Nacional.

Logo, a constatação de infração à legislação tributária e a ação de fiscalização, não se deu quando do trânsito efetivo das mercadorias, e desta forma, 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 *“competem 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.

Importante lembrar 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 e 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 **099883.0734/17-0**, lavrado contra **REDE CARNE COMÉRCIO VAREJISTA DE CARNES EIRELI - EPP**. 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, 16 de outubro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA