

A. I. Nº - 491301.0211/18-8
AUTUADA - CMP DE FARIAS EIRELI
AUTUANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.05.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0044-05/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE CREDENCIADO. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR AGENTE PÚBLICO INCOMPETENTE. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES ESSENCIAIS PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. VICÍO INSANÁVEL. DECRETAÇÃO DA NULIDADE. Caracteriza nulidade do lançamento quando o procedimento fiscal é desenvolvido por preposto fiscal com atribuições para atuar na fiscalização de mercadorias em trânsito, para qualquer tipo de contribuinte, ou na fiscalização de comércio, somente para contribuintes optantes pelo pagamento do ICMS com base na sistemática do “Simples Nacional”, mas, na verdade, a ação empreendida é típica de fiscalização de comércio e a autuada é empresa optante pelo regime do conta-corrente fiscal do imposto. Autuação enseja vício formal irreversível, proporcionando a nulificação do ato. Auto de Infração NULO de pleno direito. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Oriundo da IFMT-METRO, reclama o presente lançamento de ofício o seguinte:

INFRAÇÃO 01 – 54.05.10.

Falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação por antecipação na entrada no território neste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação. Ação fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT, Central de Operações Interestaduais - COE, através de Ordem de Serviço emanada do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 13781590000189-2018128. A Base de Cálculo foi calculada através dos DANFES: 147811/148676 e 149137, recebidos pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa.

E mais especificamente:

Falta de recolhimento de ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, 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.

A irregularidade implicou em desobediência ao contido nos arts. 8º, §3º, §4º, I, 23, §6º, 32 e 40, todos da Lei 7.014/96, c/c o art. 332, III, “a” e “d” do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, com multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal.

Traduz a dívida o valor nominal de R\$34.530, 24, apontando-se a data de ocorrência de 11.12.2018.

Consta ser o autuado contribuinte “Normal”, optante pelo regime de apuração do imposto com base no sistema de conta-corrente (débitos fiscais confrontados com créditos fiscais).

Junta a autuante os seguintes documentos:

- MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 13781590000189-2018128 (fl. 03, frente e verso).

- Memória de Cálculo para Antecipação Tributária (fl. 04).
- Danfes 147.811, 148.676 e 149.137 (fls. 05/07).
- Resumo do cálculo do valor cobrado (fl. 08).
- Histórico dos pagamentos realizados (fl. 09).
- Resumo Fiscal completo (fls. 10/12).
- Dados cadastrais da empresa autuada (fl. 13, frente e verso).

A IFMT METRO formalizou intimação (fl. 15) ao sujeito passivo via “correios”, mediante “aviso de recebimento” (não numerado, apenso ao PAF), no intuito deste pagar o débito ou contestá-lo no prazo de lei.

Impugnação (fls. 17/20) ofertada em 06.02.2019 com registro no sistema de protocolo (fl. 16).

Em seu bojo, autuada esclarece que exerce a atividade de fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos de abate de acordo com o seu contrato social.

Nestas condições, argumenta que a substituição tributária só pode ser levada a efeito se as operações subsequentes forem tributadas, o que não é o caso da operação alcançada, consoante estabelece o art. 271 e §§ do RICMS-BA, fazendo transcrição deste preceptivo naquela peça processual.

Solicita, por fim, efetivação de diligência, com o fito de ser analisado o processo produtivo da empresa e verificar se os produtos adquiridos são resultantes do abate “bovino” (sic.).

E conclui pugnando pela improcedência do lançamento.

Junta com a defesa procuração (fl. 21), atos societários (fls. 22/28) e e-mail endereçado a este Conselho apresentando a sua defesa.

Nas suas informações fiscais (fl. 33), a autuante diz ser outro o comando aplicável na espécie, haja vista as alterações promovidas pelo legislador e vigentes à época da ocorrência do fato gerador, nomeadamente contidas no Dec. 15.661/14.

Nenhum documento foi apensado pelo preposto fiscal neste momento processual.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Atribuo suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, portanto, a relatar o meu voto.

VOTO

A questão ora ventilada, precisa ser analisada tendo em mira as circunstâncias em que se deu a ação fiscal, a forma de apuração do imposto escolhida pelo contribuinte e sua situação cadastral.

Cumpra esclarecer, que o preposto fiscal cobrou da empresa o imposto devido por antecipação tributária total, em aquisição oriunda de Santa Catarina de cortes de carne suína, sujeitos em tese à tributação substituída.

Resultante de uma intervenção de uma Unidade Móvel de Fiscalização (UMF), o auto de infração formalizado, acusa ter sido uma verificação efetuada enquanto estavam as mercadorias em trânsito, com destino ao estabelecimento do autuado, flagradas quando estavam sendo descarregadas e recebidas no endereço consignado no lançamento, conforme indicado no doc. de fl. 03, item 3.

Todavia, a ação empreendida não parece ser típica de “trânsito de mercadorias”, visto que:

- Não há qualquer referência acerca da data, a qual data o Mandado de Fiscalização foi emitido (fl.03), embora se constate que citado documento ao menos foi impresso em

10.12.2018, além do que a fiscalização alude ao monitoramento através do regime sumário de apuração do ICMS.

- Consta no verso do referido mandado a indicação da empresa autuada e o crédito tributário a ser constituído contra ela, no valor de R\$34.529,67, a partir de um total de R\$186.462,51, constante em NFe.
- À fl. 08, consta um demonstrativo de cálculo da antecipação total expedido em 08.12.2018, com o montante previamente liquidado do imposto a ser cobrado do contribuinte, apontando-se inclusive os documentos fiscais que alicerçam a exigência.
- As notas fiscais objeto de autuação possuem as datas de emissão de 05.12.2018 (NFe 149.137), 27.11.2018 (NFe 148.676) e 09.11.2018 (NFe 147.811), antes, portanto, da suposta autuação identificada no “trânsito das mercadorias”, chamando a atenção a última nota fiscal mencionada, cuja operação se deu mais de 30 dias antes da lavratura do lançamento.

Todos estes pormenores descartam a possibilidade da verificação fiscal, que resultou na presente cobrança ter sido efetivada no “trânsito de mercadorias”, porquanto, as mercadorias já haviam ingressado nos estoques do estabelecimento autuado.

E, nestas condições, a ação fiscal deveria ter sido empreendida pelas unidades fazendárias que cuidam das fiscalizações nos estabelecimentos comerciais, cujas competências pertencem a outras unidades fazendárias.

Sendo, portanto, uma verificação a ser feita levando em conta que os produtos já tinham entrado nos estoques da autuada, resta saber se o agente autuante possui atribuições legais para efetuar o lançamento, ainda que corporificado em instrumento formal típico de “trânsito de mercadorias”.

Da análise dos dados cadastrais relacionados com o sujeito passivo autuado, juntados às fls. 10 a 13 (frente e verso), constata-se que se trata de empresa de pequeno porte, mas sem opção pelo “Simples Nacional” quanto ao ICMS, figurando ser um contribuinte ativo, optante pela forma de apuração do imposto via conta-corrente fiscal, com base no cotejamento entre os débitos e créditos fiscais, e não com base na sua receita bruta.

Com estas características, não poderia o contribuinte sofrer a cobrança por parte do agente fiscal autuante, por faltar a este último, competência legal para assim fazê-lo, consoante determina taxativamente o mandamento disposto no art. 7º, III da Lei 8210/2002, com redação modificada pela Lei 11.470/2009, ao dizer que faz parte da competência dos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos integrantes do Simples Nacional.

Comando replicado no art. 42, II do RPAF-BA, vale dizer, o de competir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários resultantes da fiscalização de mercadorias em trânsito e das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Igual disposição se encontra no art. 107, §3º do COTEB.

Vejam-se estes dois últimos dispositivos:

COTEB

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 3º 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.”

RPAF-BA

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

(...)

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”.

Tais defeitos de forma suscitam irremediavelmente a nulidade do procedimento, seja porque não foi efetivado ainda quando as mercadorias transitavam com destino ao estabelecimento autuado, seja porque está a empresa cadastrada como contribuinte normal.

Neste sentido, a nulidade do auto de infração vem sacramentada pela disposição do art. 18, I do RPAF-BA, *verbis*;

“Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;...”

Vale pontuar os escólios abaixo:

“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O procedimento fiscal ultrapassou o roteiro legal estabelecido para a fiscalização de mercadoria de trânsito. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece de competência ao Agente de Tributos na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, devendo ser observadas as regras de direito formal, que determinam a quem compete a constituição do crédito, bem como os procedimentos a ele inerentes. Pelo art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente ou o lançamento efetuado com preterição do direito de defesa e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-02/15

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”

“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0044-02/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE DESCRENDENCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO.

Sujeito passivo optante do regime normal de apuração do imposto. O lançamento de ofício deve cumprir os requisitos formais para produzir seus efeitos jurídicos, dentre os quais consta a competência do autuante. Constatação de que os atos da ação fiscal empreendida, que culminaram na lavratura do Auto de Infração, foram efetuados por servidor sem competência legal. Infringência às normas contidas no art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.470/09 e no art. 42, II, do RPAF/99. Aplicação do art. 18, I, c/c art. 20, todos, do RPAF/99. Recomendada a renovação do procedimento fiscal. Art. 21 do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

“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.”

Inquestionavelmente, o autuante laborou em vício formal insanável, comprometendo todo o procedimento legal e maculando o ato de lançamento de invalidade, incapaz, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

Por seu turno, toda a análise de mérito fica prejudicada, inclusive os pedidos periféricos, no sentido de saber se seria devida ou não a tributação antecipada para as operações delatadas, situação que poderá ser examinada e exigida quando da renovação a salvo de falhas do procedimento fiscal, por parte da autoridade competente, à qual recomendo, pela inteligência do art. 21 do RPAF-BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **491301.0211/18-8**, lavrado contra **CMP DE FARIAS EIRELI**, recomendando-se à unidade fazendária de origem do lançamento, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito, no sentido de, à vista dos fatos geradores aqui analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas. Alçada restrita à primeira instância, ressalvada a hipótese estabelecida no §2º, do art. 169 do RPAF-BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR