

A. I. Nº - 210312.0046/18-2
AUTUADA - RLS DISTRIBUIDORA DE FRUTAS EIRELI
AUTUANTE - SOLANGE MARIA PACHECO MAGALHÃES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.05.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0052-05/19

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 normal 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:

Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Ação originária de Mandado de Fiscalização do COE nº 12377879000174-2018913.

DANFE: 1.138.710.

E mais especificamente:

INFRAÇÃO 01 – 54.05.08.

Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território neste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Decorre a irregularidade do desatendimento ao contido nos arts. 12-A, 23, III, 32 e 40, todos da Lei 7014/96, c/c o art. 332, III, “b” do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, com multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal.

Implica a dívida no valor nominal de R\$27.825,00, apontando-se a data de ocorrência de 17.9.2018.

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).

Entre outros, apensa a autuante os seguintes documentos:

- MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 12377879000174-2018913 (fl. 05, frente e verso).
- Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 06).
- Resumo do Demonstrativo Calc. Semi Elaborado (fl. 07).
- Lista de DANFES indicados para Constituição do “Crédito Fiscal” (fl. 09).

- DANFE 1.138.710 (fl. 10).
- Dados cadastrais da autuada (fl. 11/12, frente e verso).
- Memória de Cálculo para Antecipação Tributária (fl. 13).
- Consulta de Lançamentos Registrados (fl. 14).

A Secretaria da Fazenda formalizou intimação (fl. 15/16) ao sujeito passivo através da ECT, mediante “aviso de recebimento” (fl. 17), no intuito deste pagar o débito ou contestá-lo no prazo de “30 dias” (sic.).

Defesa (fls. 19/23) ofertada em 26.10.2018 com registro no sistema de protocolo (fl. 18).

Após pontuar ser a peça processual tempestiva, a autuada, resumidamente, diz que só tomou conhecimento da ação fiscal com a lavratura do auto de infração, além do PAF não ter lhe propiciado acesso a informações cristalinas, circunstâncias que tornaram difíceis exercitar o seu direito à contestação.

No mérito, acentua que, ao receber as mercadorias em tela, de pronto as devolveu para o fornecedor, conforme faz prova nota fiscal anexa, sendo indevida a cobrança da antecipação parcial, agitada 25 dias após o ato de devolução praticado.

Ademais, pondera que não foi cientificado do descredenciamento que suscitou a constituição do presente crédito tributário.

Dentre os requerimentos finais, o sujeito passivo pede realização de diligência “a fim de apurar as informações aqui prestadas...” (sic.).

Arremata pugnando pela improcedência do lançamento.

Anexa com a impugnação memória do imposto antecipado (fl. 26), DANFE da NF-e 1.138.710 (fl. 27), nota fiscal de devolução da venda (fl. 28), instrumento de mandato (fl. 41), contrato social (fls. 45/48), entre outros documentos, alguns até não tendo a menor pertinência com o caso *sub judice*.

Desatendida a intimação para o contribuinte juntar em arquivo magnético a defesa manejada (fls. 50/51).

Em seu pronunciamento (fls. 55/56), autuante desqualifica o argumento da devolução das mercadorias ponderando que o fato gerador da antecipação parcial é a entrada da mercadoria no Estado da Bahia, em relação a contribuinte que esteja descredenciado.

Sorteado o PAF para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

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

Passo, portanto, a relatar o meu voto.

VOTO

A controvérsia aqui debatida, precisa ser apreciada tendo como foco as circunstâncias em que se deu a ação fiscal, o tipo e a forma de apuração do imposto escolhida pelo contribuinte e os elementos instrutórios colhidos dos autos.

Vale realçar, que o agente fiscal cobrou da empresa ICMS devido por antecipação tributária parcial, em aquisição proveniente de São Paulo, por estar ele em situação cadastral qualificada como “descredenciado”, conforme acusa doc. de fl. 12.

Supostamente através 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 parece sugerir o doc. de fl. 05, item 3.

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

- Inexiste qualquer referência acerca da data a qual data o Mandado de Fiscalização foi emitido (fl. 05), embora se constate que citado documento ao menos foi impresso em 13.9.2018, além do que a fiscalização alude a monitoramento através do regime sumário de apuração do ICMS, na forma do art. 318 do RICMS-BA.
- Consta no verso do referido mandado a indicação da empresa autuada e o crédito tributário a ser constituído contra ela, no valor de R\$27.825,00, a partir de um total de R\$198.750,00, constante em NFe.
- Consta à fl. 07 uma planilha de cálculo da antecipação parcial expedida em 13.9.2018, com o montante previamente liquidado do imposto a ser cobrado do contribuinte, apontando-se inclusive o documento fiscal que dá suporte à cobrança.
- A nota fiscal objeto de autuação - NF-e 1.138.710 - foi emitida em 17.8.2018, quase um mês antes da suposta autuação identificada no “trânsito das mercadorias”.

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.

Tanto assim é que, antes mesmo da lavratura do lançamento, demonstra o sujeito passivo ter devolvido as mercadorias, matéria de mérito, é verdade, mas que bem se presta para descaracterizar o fato de ter decorrido a autuação de uma ação fiscal feita quando ainda as mercadorias se movimentavam para o endereço da autuada ou ali estavam sendo descarregadas.

Logo, nestas condições, a ação fiscal deveria ter sido empreendida pelas unidades fazendárias que cuidam das fiscalizações nos estabelecimentos comerciais, cujas competências pertencem a outros órgãos de atuação.

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”.

Do exame dos dados cadastrais relacionados com o sujeito passivo autuado, juntados às fls. 11 e 12 (frente e verso), nota-se que se trata de empresa do tipo “normal”, optante pelo sistema de apuração via conta corrente fiscal, com base no cotejamento entre os débitos e créditos fiscais. Assim, não é microempresa ou empresa de pequeno porte, adstrita ao regime jurídico conhecido como “Simples Nacional”.

Provido de tais 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 expressamente o comando disposto no art. 7º, III da Lei 8.210/2002, 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”.

Não bastasse isto, há outras inconsistências detectadas no lançamento, a saber:

- i. Verifica-se na fl. 01 que a agente autuante apõe assinatura em espaço dedicado ao “visto da Autoridade Fazendária”, nas duas vias do auto de infração, quando, em verdade, deve a citada servidora assinar apenas no campo reservado para o autuante.
- ii. Apesar dos demais dados identificadores coincidirem (CNPJ, IE etc.), há divergência entre a denominação social registrada no lançamento, isto é, *RLS Distribuidora de Frutas EIRELLI*, empresa normal atacadista, e aquela registrada no DANFE, vale dizer *Rodrigo Lobo Souza*, qualificado como microempresa, persistindo tal situação nos “papéis de trabalho” elaborados, bastando comparar-se os documentos de fls. 07 e 09, sem haver nos autos uma explicação plausível para isto.
- iii. Na intimação do contribuinte para tomar ciência da lavratura do lançamento, há a advertência que o prazo improrrogável de defesa é de “30 dias” (sic.), quando, pela legislação de regência, o lapso é de sessenta dias.

Todos estes defeitos de forma, acarretam 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.”

Dito isto, a 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.

De outro lado, toda a análise de mérito fica prejudicada, inclusive os pedidos periféricos de diligência, no intuito de averiguar se deve ser mantida a cobrança da antecipação parcial, mesmo que ulteriormente se comprove que as mercadorias foram devolvidas pouco tempo depois de internalizadas pelo contribuinte, particularidade que poderá ser examinada e exigida quando da renovação a salvo de falhas do procedimento fiscal por parte da autoridade competente, a 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 **210312.0046/18-2**, lavrado contra **RLS DISTRIBUIDORA DE FRUTAS 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, 09 de abril de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA