

*GOVERNO DO ESTADO
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

PROCESSO - A. I. Nº 213080.0038/19-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CAMAN ALIMENTOS EIRELI
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.11.2020

1º CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. LAVRATURA POR AUTORIDADE OU SERVIDOR INCOMPETENTE. Representação proposta com base no art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para anular o lançamento de ofício, por ter sido praticado por servidor incompetente, nos termos do art. 18, I do RPAF, do que se recomenda à autoridade administrativa, a análise da possibilidade de renovação da ação pela fiscalização de estabelecimento, obedecendo as formalidades legais pertinentes. Recomenda-se à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimento. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, exercido por este órgão, às fls. 55 dos autos, subscrito pela Procuradora do Estado, Dr.^a Paula Gonçalves Morris Matos, com base no Parecer PROFIS-NCA-ACM Nº 086/2019, às fls. 52 a 54 dos autos, subscrito pela Procuradora do Estado, Dr.^a Ana Carolina Moreira, propondo ao CONSEF, através de uma de suas Câmaras, aprecie a referida Representação para que seja anulado o presente lançamento, recomendando à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos.

Em seu Parecer, esclarece a nobre Procuradora que o presente processo administrativo fiscal tem sua origem no Auto de Infração em destaque, que imputou a autuada a prática de infração consistente na falta de recolhimento de ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisições interestaduais e que o autuado alega que o Auto de Infração foi lavrado por Agente de Tributos Estaduais – ATE, que não detém competência legal para desenvolver ação fiscal no estabelecimento, eis que a fiscalização realizada não foi no trânsito de mercadorias e sim originária da Central de Operações Estaduais – COE, visto que a empresa não é optante do Simples Nacional, do que citou jurisprudência e solicitou a extinção do débito.

Saliente a dourada Procuradora que o primeiro e mais importante ponto a ser destacado, diz respeito ao fato de haver sido lavrado Auto de Infração no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, no entanto, alcançando operações de comércio, para as quais os Agentes de Tributos Estaduais – ATES, não detém competência, nos termos do art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 42, II do RPAF.

Assim, ao compulsar os autos diz verificar a existência de vícios jurídicos intransponíveis, concernentes à legalidade do lançamento, visto que não foi observado o devido processo legal, na medida em que, uma vez a ação fiscal, em tese ocorreu no trânsito, deveria ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias ou Termo de Ocorrência Fiscal – e estes não constam dos autos – conforme preceitua o art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF.

Ademais, o presente Auto de Infração documenta a ocorrência de operação relativa às notas fiscais eletrônicas (fls. 8/10) emitidas em 21.01.2019 e 08.02.2019, sendo que o Auto de Infração e a ocorrência da infração são de 28.03.2019, incompatível, portanto, com a fiscalização de trânsito,

visto que esta é imediata, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se comprova nesta operação, do que concluiu que, para a situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo as formalidades legais pertinentes.

Ressalta, ainda, que a empresa autuada está inscrita no cadastro de contribuintes na condição de “normal”, recolhendo o imposto pelo sistema de apuração conta corrente fiscal, consoante tela do INC à fl. 24, reforçando o entendimento da incompetência do agente fiscal para a lavratura do Auto de Infração com roteiro de fiscalização de estabelecimento, em empresa não optante do Simples Nacional, visto que tal atribuição pertence exclusivamente aos Auditores Fiscais.

Diante de tais considerações, a subscritora do parecer concluiu que no caso vertente ocorreram irregularidades passíveis de nulidade, conforme dispõe o art. 18, inciso I do RPAF, razão pela qual considera que o lançamento é nulo, recomendando a autoridade administrativa que avalie a possibilidade de renovação do procedimento fiscal.

À fl. 55 dos autos, constam despachos da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, acolhendo o pronunciamento da Drª Ana Carolina Moreira, que, com fundamento no art. 113, § 5º, I do RPAF/99, entendeu necessário representar ao CONSEF com vistas à anulação do Auto de Infração em epígrafe, recomendando a autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos.

VOTO

O presente Auto de Infração, inerente ao “Trânsito de Mercadorias”, lavrado em 28/03/2019, por Agente de Tributos, para exigir o valor de R\$47.217,09, sob a acusação de:

“Falta de recolhimento do 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.”

Consta ainda no campo “Descrição dos Fatos” que:

“A empresa não possui Regime Especial e não é detentora do Termo de Acordo Decreto 7799/00, para pagamento posterior. Mandado de Fiscalização COE nº 29825928000197-201929, DANFE's nºs (122676, 4012, 60153, 75994, 9012, 9011 e 499728). Obs.: O DANFE nº(488348), foi pago tempestivamente.”

Às fls. 3 a 18 dos autos, constam:

1. o referido Mandado de Fiscalização COE;
2. o resumo de demonstrativo;
3. a intimação para apresentação de DANFE's e comprovantes de pagamento;
4. dados cadastrais do INC;
5. tabela de cálculo para antecipação e
6. os citados DANFE's com dois DAE correspondentes.

Já às fls. 26 a 29 dos autos, consta Termo de Revelia e Relatório de Espelho da Inscrição na Dívida Ativa, como também, às fls. 42/43v, Pedido de Controle de Legalidade do lançamento de ofício, interposto pelo autuado, pelo qual, requer à PGE, nos termos do art. 119, II, §§ 1º e 2º da Lei nº 3.956/81, em razão de vício insanável ou ilegalidade flagrante do lançamento de ofício, que represente ao CONSEF, com o consequente cancelamento da inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa.

Em consequência, a PGE/PROFIS ofereceu a Representação ao CONSEF, no sentido de anular o Auto de Infração em epígrafe, recomendando à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, tendo em vista que os fatos geradores, objeto do lançamento de ofício, tratam-se de operações de comércio, para as quais os Agentes de Tributos Estaduais – ATES, não detêm competência, nos termos do art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), e art. 42, II do RPAF, conforme ocorrido no presente caso.

Com efeito, é forçoso reconhecer a flagrante nulidade do lançamento de ofício, eis que, apesar de

tratar-se de “Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias”, cuja peça fora subscrita por Agente de Tributos, da análise das peças processuais verifica-se, conforme bem consignado no Parecer da PGE, que a presente exação fiscal refere-se às ocorrências de operações relativas às notas fiscais eletrônicas correspondentes aos DANFE de nºs: 122676, 4012, 60153, 75994, 9012, 9011 e 499728, conforme demonstrativo à fl. 7 dos autos, cujos documentos constam às fls. 8 a 16 dos autos, os quais se reportam às datas de emissão de: 15/01/2019; 17/01/2019; 21/01/2019; 01/02/2019 e 08/02/2019.

Por sua vez, a lavratura do Auto de Infração, e ocorrência, consigna a data de 28.03.2019, o que, como bem pontuou o Parecer da PGE, já demonstra incompatível com a fiscalização de trânsito, visto se reportar a fatos pretéritos e ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro do mesmo ano.

Tal comprovação, de que a fiscalização decorreu *a posteriori* ao trânsito das mercadorias se verifica, ainda mais quando se coteja o Mandado de Fiscalização, emitido em 11/02/2019 pela Central de Operações Estaduais (COE), à fl. 3 dos autos, e a intimação ao sujeito passivo para apresentação dos referidos DANFE, emitida em 13/02/2019, à fl. 5 dos autos.

Portanto, crível tratar-se de uma fiscalização de estabelecimento, relativa às operações pretéritas ao início da ação fiscal, ocorrida em 13/02/2019, com a intimação ao contribuinte para, no prazo de 48 horas, apresentar os DAE e/ou GNRE dos pagamentos do ICMS da antecipação parcial/total, referentes aos DANFE de nºs: 122676, 4012, 60153, 75994, 9012, 9011 e 499728, o que já demonstra a impossibilidade da ocorrência ser 28/03/2019, como consignado na peça vestibular.

Há de ressaltar, que o sujeito passivo se trata de uma empresa inscrita no cadastro de contribuintes na condição de “normal”, consoante dados cadastrais do INC (Informações do Contribuinte), à fl. 24 dos autos, o que corrobora o entendimento que motivou a Representação da PGE ao CONSEF, relativo à incompetência do Agente de Tributo para a lavratura do Auto de Infração com roteiro de fiscalização de estabelecimento, em empresa não optante do Simples Nacional, já que tal atribuição pertence exclusivamente aos Auditores Fiscais, nos termos do art. 107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Neste contexto, há de se acolher a Representação da PGE/PROFIS, para anular o lançamento de ofício, recomendando à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimento, obedecendo as formalidades legais pertinentes.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar NULO o Auto de Infração lavrado por autoridade ou servidor incompetente, nos termos do art. 18, I do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0038/19-2**, lavrado contra **CAMAN ALIMENTOS EIRELI**. Recomenda-se, à autoridade administrativa, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS