

A.I. Nº - 491301.0069/19-5
AUTUADO - CMP DE FARIAS EIRELI
AUTUANTE - VALDECI DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT – METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/04/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. ROTEIRO INADEQUADO. Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias específica para fiscalização de mercadorias em trânsito, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. O ato administrativo de lançamento tributário deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Procedimentos de fiscalização típicos de auditoria fiscal de estabelecimento. Fatos geradores não verificados no trânsito de mercadorias, e sim, após a entrada das mercadorias no estabelecimento. Autoridade fiscal não tem competência para constituir crédito tributário fora dos limites estabelecidos no COTEB, art. 107, §3º. Acatado o pedido de nulidade com base no art. 18, inc. I do RPAF/99. Conforme art. 21 do RPAF/99, recomendado a autoridade competente a promover a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias, foi lavrado em 14/08/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$26.283,38, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 54.05.10 – Falta de recolhimento do ICMS referente a 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, apurada no período de agosto de 2019.

Enquadramento legal: art. 8º, §3º e §4º, inc. I, art. 23, §6º, art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alíneas “a” e “d” do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa que constatou as seguintes irregularidades no exercício de suas funções fiscalizadoras: *“Falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação. Ação Fiscal originária da Superintendência da Administração Tributária – SAT. Central de Operações Estaduais – COE, através de Ordem de Serviço emanada do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 13781590000189-2019813. A Base de Cálculo foi calculada através dos DANFES: 161064 e 161502, recebidos pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa”*.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 14 a 20 e fls. 43 a 49, em cópia, onde inicialmente relata que exerce a atividade de fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos do abate, conforme contrato social, tendo firmado contrato de compra e venda de produtos resultantes do abate bovino com fornecedor localizado em outro Estado.

Conta que adquiriu insumos para seu processo industrial em 27/07/2019 – DANFE 161.064 e em 06/08/2019 – DANFE 161.502, cujas mercadorias chegaram a sua sede nos respectivos dias seguintes às datas de emissão das notas fiscais. Contudo, foi lavrada o presente Auto de Infração – Transito de Mercadorias em 16/08/2019.

Salienta que a Agente de Tributos Estaduais está impedida de auditar a empresa, exceto no transito de mercadorias, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que o lançamento foi formalizado cerca de um mês após o ingresso das mercadorias no seu estabelecimento.

Transcreve o art. 42, inc. II do RPAF para frisar que o agente fiscal não tem competência para lhe auditar, contribuinte optante pelo lucro presumido, ressalvado as ocorrências no transito de mercadorias.

Ressalta que o lançamento foi realizado em 14/08/2019 referente a aquisição de mercadorias de outra unidade da federação ocorrida em 28/07/2019 e 07/08/2019.

Atribui a este lançamento a ocorrência de uma ilegalidade, que tem sido rechaçada pelas Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF, vez que não se trata de fiscalização de mercadorias em trânsito e sim auditoria realizada em estabelecimento por preposto sem competência legal para tal.

Transcreve ementa do Acórdão JJF nº 0044-05/19, do qual também reproduz trecho do voto condutor, para frisar que no caso dos autos, observa-se a existência de vício insanável, não restando outro caminho que não seja decretar sua nulidade.

Ao abordar o mérito, destaca que a antecipação tributária não se aplica a casos de não venda de subprodutos de abate bovino. Assim, no caso presente, trata-se de responsabilidade tributária por antecipação, conforme previsto no § 7º do art. 150 da Constituição, reproduzido.

Acrescenta que a substituição tributária por antecipação somente pode ser aplicada nos casos em que há incidência do imposto na fase seguinte, sob pena de inconstitucionalidade. Portanto, no caso dos autos, não há que se falar em aplicação da antecipação tributária, em razão do previsto no art. 271 no RICMS/BA, que reproduz, restando evidente que não há incidência do ICMS na operação de saída interestadual de produtos resultantes do abate bovino, de que trata o presente caso.

Conclui que não existindo tributação nas saídas interestaduais do produto, não há antecipação tributária a recolher o que implica em improcedência no Auto de Infração.

Requer a realização de diligência fiscal com a finalidade da autoridade fazendária dirigir-se a sede da indústria para analisar o processo produtivo e constatar que os produtos adquiridos são resultantes do abate bovino.

Por fim, pede que seja decretada a nulidade, por existência de vício insanável, ou que seja declarada a improcedência do auto de infração, uma vez que não há antecipação tributária a ser exigida consoante previsto no art. 271 do RICMS/2012.

A autuante presta a informação fiscal a fl. 72 onde reproduz a infração, os argumentos da defesa e apenas relata que a ação fiscal foi originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT, Central de Operações Estaduais – COE, através da ordem de serviço emanada do Mandado de Segurança nº 13781590000189-2019813.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo a acusação de não ter efetuado o recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tempestivamente impugnada.

O contribuinte autuado, encontra-se inscrito no Cadastro Estadual na condição de EMPRESA DE PEQUENO PORTE, não optante do SIMPLES NACIONAL, apura, portanto, o ICMS na forma de conta corrente fiscal e atua na atividade econômica principal de frigorífico – abate de bovinos e

secundariamente na criação de bovinos e suínos, abate de suínos, fabricação de produtos de carne, preparação de subprodutos do abate, dentre outras.

Consta apenso aos autos, fl. 04 o MANDADO DE FISCALIZAÇÃO – MONITORAMENTO VIÉS DE RISCO nº 13781590000189-2019813, emitido em 13/08/2019 pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, subordinada a DIRETORIA DE PLANEJAMENTO DA FISCALIZAÇÃO da SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – SAT, acompanhada de cópias das notas fiscais, DANFES números 161.064, emitido em 27/07/2019 e 161.502, emitido em 06/08/2019, ambos procedente do Estado de Santa Catarina, referente a aquisições de produtos resultantes do abate de suínos.

A memória de cálculo do imposto foi elaborada conforme demonstrativo anexo à fl. 03, e à fls. 11 e 12 constam apenas as intimações da lavratura do Auto de Infração.

A defesa preliminarmente argui nulidade, em razão de entender que tendo adquirido as mercadorias de outra Unidade da Federação, através das notas fiscais, recebidas em seu estabelecimento em 28/07/2019 e 07/08/2019, somente um mês depois, foi auditada por agente fiscal sem competência legal para tal.

Ressalta que sendo uma empresa que apura o ICMS no regime de conta corrente fiscal, a Agente de Tributos Estaduais não poderia lavrar o presente Auto de Infração, já que a auditoria ocorreu no seu estabelecimento, referente a operações ocorridas no mês anterior, fato que descaracteriza a fiscalização no trânsito das mercadorias, onde a fiscal poderia atuar.

Os fatos narrados na defesa e comprovados pelos documentos constantes nos autos, indicam claramente que a fiscalização ocorreu no estabelecimento do contribuinte, descartando a possibilidade da ação fiscal ter ocorrido no trânsito de mercadorias, porquanto, as mercadorias já haviam ingressado nos estoques do estabelecimento autuado, fato facilmente comprovado pela existência do lapso temporal entre a emissão nas notas fiscais e a lavratura do Auto de Infração.

Ademais, do exame dos autos, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relativos à legalidade do lançamento, uma vez que se trata de um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos limites da lei, observando o devido processo legal.

O Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias, ora discutido, foi emitido no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, fato que por si só, não comprova ter a ação fiscalizatória ocorrido no trânsito das mercadorias, conforme as evidências expostas linhas acima.

Constitui-se dever inerente à atribuição do julgador administrativo, atentar para a observância da estrita legalidade do lançamento tributário, e, por se tratar de um ato administrativo vinculado, deve ser executado em observância aos limites impostos pela lei, não existindo possibilidade de ser adotada a discricionariedade por parte da autoridade fiscal.

Os fatos que desaguarão no lavratura do Auto de Infração, foram apurados por uma Agente de Tributos Estaduais, lotada em unidade responsável pela fiscalização do trânsito de mercadorias, no caso, a Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana de Salvador – IFMT/Metro, cujas ações ocorrem, obviamente, quando as mercadorias estão transitando e observando a ocorrência de alguma infração à legislação tributária, instantaneamente apura-se a irregularidade e se procede ao lançamento de ofício.

Oportuno ressaltar, que as ações de fiscalização de mercadorias em trânsito não podem simplesmente ser caracterizadas pelo fato da autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, mas sim, o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito.

No presente caso, restou evidente, que no momento da ação fiscal, as mercadorias não se encontravam mais em trânsito, portanto, se necessário apurar alguma infração, esta ficaria à cargo das autoridades competentes para a fiscalização de estabelecimentos, as quais dispõem de critérios e roteiros de auditoria próprios para apurar eventuais irregularidades, não podendo ser levado a efeito pela agente fiscal autuante, por faltar a esta, competência legal para tal, consoante determina art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, que atribui competência aos Agentes de

Tributos Estaduais para constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos optantes do SIMPLES NACIONAL.

Destarte, diante dos fatos não há outra conclusão, senão constatar a existência de vício formal insanável no lançamento, comprometendo todo o procedimento legal e maculando o ato de lançamento de invalidade, incapaz, portanto, de produzir efeitos jurídicos em razão de ter sido lavrado por autoridade fiscal sem competência para tal, haja vista ser inquestionável a necessidade de ter sido realizada pela fiscalização de estabelecimentos.

Dessa forma, a análise de mérito fica prejudicada, inclusive o pedido de diligência suscitado na defesa.

Pelo exposto, acato o pedido da defesa e voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, inc. I do RPAF/99.

Por fim, conforme previsto no art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente promover a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas com o fito de apurar a existência de possíveis créditos tributários em favor do Estado, haja vista que nos documentos fiscais não consta a retenção do ICMS-ST, associado ao fato do contribuinte expressar na defesa um entendimento que, em sua avaliação, justifica o não pagamento da antecipação tributária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **491301.0069/19-5**, lavrado contra **CMP DE FARIAS EIRELI**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR