

**A. I. Nº** - 210671.0325/14-9  
**AUTUADO** - SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. – ME  
**AUTUANTE** - LAÉRCIO ARNALDO TELES DE MELO  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 14.10.2014

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0201-04/14**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/03/2014, reclama o valor de R\$64.635,75, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação parcial ou total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 25 a 33, sustenta a tese da ilegalidade da autuação, como preliminar a nulidade do lançamento por falta de clareza da infração imputada, alegando que a infração é incompreensível, não tendo sido observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Reclama que a descrição do fato, neste Auto, narra que o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS nas entradas nesse Estado da Bahia, sem se referir a que tipo de mercadorias e se são sujeitas a antecipação. Observa ainda que a fiscalização diz que as mercadorias eram provenientes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, não inscrito, ou desabilitado ou com ausência de regime especial deferido, entretanto, as situações descritas se excluem e consequentemente não se sabe qual a situação em que a empresa se enquadraria. Assim, afirma que ficou impossibilitado de produzir a sua defesa, pois não se sabe por qual motivo foi lavrado o Auto de Infração.

Argumenta que a mesma imprecisão e falta de clareza também se observa no enquadramento legal da suposta infração pois o autuante classifica a infração como incidente nas alíneas "a", "b", "d", e "g" do inciso III do art. 332 do RICMS. Após transcrever as referidas disposições regulamentares diz que as situações são alternativas e excludentes entre si.

Conclui que a fiscalização, para melhor situar o autuado acerca do que lhe estava sendo imputado, de modo a justificar a autuação deveria ter indicado, com precisão os fatos que a ensejaram e os pressupostos de direito que autorizam a sua prática, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa.

No mérito, afirma inexistir qualquer débito tributário, pois as empresas emitentes das notas fiscais objeto da autuação são idôneas e regulares perante o Fisco do Espírito Santo, e que o imposto destacado nos documentos fiscais foi recolhido no Estado de Origem. Além disso, afirma que a autuação, de forma absurda, desconsiderou na apuração do imposto devido, o crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, só permitindo um crédito de 1,2%.

Portanto, entende que o autuante pretendeu promover a autuação por uma suposta utilização indevida de crédito fiscal, embora tenha descrito que houve falta de recolhimento. Assim, a ação fiscal é improcedente, pois são fatos jurídicos distintos a falta de recolhimento e a utilização indevida de crédito.

Observa não ser admissível um órgão da administração pública, sob o pretexto do seu poder de polícia, atuar no arrepio da Lei e o ordenamento jurídico, extrapolando as disposições da Lei Maior do País, e impor sanções que se convertam em abuso de autoridade e excesso de exação, tornando tais atos passíveis de decretação de nulidade pelo Poder Judiciário.

Em virtude dos erros cometidos pelo fiscal autuante, na elaboração da autuação, requer a realização de diligência e Perícia, nos termos do RPAF, a fim de deixar patenteada a falibilidade dos levantamentos realizados pelo preposto fiscal.

Pede que o Auto de Infração seja anulado ou julgado totalmente IMPROCEDENTE.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 38 a 39) alegando não entender a razão de o contribuinte desconhecer o tipo de mercadoria objeto da autuação, uma vez que o demonstrativo de débito (fl. 5) demonstra claramente o tipo de mercadoria (produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino), sujeitas à substituição tributária, de acordo com o art. 332, inciso III, alínea "a", "b" "d" e "g".

Esclarece que o Regulamento do ICMS não especifica individualmente as infrações, agrupando-as algumas vezes, quando fazem parte da mesma infração. No caso em questão trata-se de "Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso - antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido (estando o autuado incurso neste último motivo: ausência de regime especial deferido)".

## VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes.

Consta ainda dos autos que *"Operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário "in dubio pro reo" foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Entradas de mercadorias, conf. Notas Fiscais nºs 2748, 2749, 2751, 2752, 2753, 2755, 2757, 2760, e 31941"*.

O autuado alega falta de clareza da infração imputada, reclamando que a infração é incompreensível, não tendo sido observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Reclama que a leitura da infração consignada neste Auto de Infração não permite a compreensão da irregularidade que teria sido cometida, pois a fiscalização diz que as mercadorias eram provenientes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, não inscrito, ou desabilitado ou com ausência de regime especial deferido, entretanto, as situações descritas se excluem e consequentemente não se sabe qual a situação em que a empresa estaria enquadrada.

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que apesar de, à fl. 3, constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que conforme inserido na descrição dos fatos do Auto de Infração a data da real entrada das mercadorias no estado foi presumida, conforme trecho transcrito: *“Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito tributário “in dubio pro reo” foi considerada como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos”*.

Neste caso, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide (modelo 4).

Ademais, verifico através de consulta no sistema INC desta secretaria que o sujeito passivo é optante pelo regime normal de apuração do imposto. Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

Assim é que o RPAF/BA prevê em seu Art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:.*

- II- compete 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.*
- 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”.*

Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra configurada uma nulidade insanável, já que o ato qualificado neste caso, foi formalizado por servidor sem competência legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210671.032514-9**, lavrado contra **SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR