

**A. I. Nº** - 210436.0085/14-8  
**AUTUADO** - CLEMENTE OLIVEIRA NETO ME  
**AUTUANTE** - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 03.12.2014

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0233-04/14

**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 a lavratura de Auto de Infração no caso concreto. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 27/06/2014, para exigir ICMS, no valor de R\$ 35.210,00 e multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O autuado apresenta defesa, fls. 23 a 25 e insurge-se contra a autuação na medida em que o ato administrativo foi praticado por autoridade incompetente, pelo que requer a nulidade de todo o procedimento fiscal. O fato de o autuante ser agente de tributos estaduais e não possuir atribuição legal para a lavratura do presente auto de infração o invalida. Outrossim, entende a requerente que, ainda que o resultado da apuração tenha como suporte um levantamento fiscal, deveria ocorrer em fiscalização de estabelecimento em cumprimento a diversas decisões já pacificadas pelo CONSEF, conforme Acórdão JJF nº 0149-02/14 e 0116-05/14 que transcreve. A final pede a sua nulidade.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 29 a 30, e após analisar o conteúdo da impugnação em preliminar, afasta a exceção de incompetência levantada pela empresa autuada. Lembra que a Lei nº 11.470/2009, no § 3º do art. 1º estabelece que 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 optante pelo Simples Nacional. A empresa autuada encontra-se nesta faixa de tributação.

Quanto ao fato de alegar que se trata de ação do trânsito de mercadorias e que não poderia cobrar exercícios pretéritos, pois inexistente Ordem de Serviço expedido para tanto, transcreve os termos do art. 2º da Portaria 233/2012, que valida a ação fiscal levada a cabo contra a requerente. Portanto a ação está legitimada em ato emanado pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Em relação ao mérito, cobrança de antecipação total por substituição tributária, o autuado silencia, reconhecendo a transgressão às normas regulamentares que disciplinam a matéria no RICMS/BA. Opina pela procedência do Auto de Infração.

#### VOTO

Inicialmente cabe verificar se o lançamento preenche todas as formalidades necessárias para a sua validade, tais como as previstas nos arts. 39 a 47, que constituem o Capítulo III, “DO AUTO DE INFRAÇÃO”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Saliento que no art. 42 daquele normativo encontra-se que a função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos,

sendo que 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.

O defendente rebate, especificamente, a validade do lançamento sob o argumento de que o autuante não seria competente para exigir o crédito tributário na forma alcançada por este Auto de Infração, e que se houve um levantamento fiscal este deveria ter ocorrido no estabelecimento da empresa.

Reza o art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 que “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.”, dispositivo repetido no Decreto nº 7.629/99, adrede mencionado.

Da análise dos documentos constantes nos autos, verifico que o presente Auto foi lavrado por agente de tributos estaduais, em 27/06/2014, em Modelo 4, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias. Contudo, verifico que os DANFES que dão suporte à autuação, de nºs. 180.1017, 181.596, 004.599, 183.432 e 004.675, fls. 12 a 16, foram emitidos em 05, 15, 23 e 29/05/2014, com saídas na mesma data da emissão. Logo há um grande lapso de tempo entre o trânsito das mercadorias, saídas dos fornecedores e a lavratura do AI em 27/06/2014, sendo que a ação fiscal que ocorre no trânsito de mercadorias é instantânea. Constatado também que o autuado recebeu o Auto de Infração em 06/08/2014, dois meses após a sua lavratura. Logo, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, não se pode afirmar que se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”.

Outro fato que cabe destacar é que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta o Auto de Infração lavrado no Trânsito de Mercadorias, não contém a assinatura do autuado. (fls. 03/04), tampouco do detentor das mercadorias.

Ademais, a empresa autuada, que se encontra inapta no cadastro Estadual da Secretaria da Fazenda não é inscrita no Simples Nacional, conforme INC Informação do Contribuinte, fl. 10.

Destaco que o documento emitido pela Superintendência da Administração Tributária - Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE – Central de Operações Estaduais - Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria 217/2012, o qual versa que “*As unidades fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pela COE, bem como prestar todas as informações solicitadas.*”, designa os prepostos fiscais: Maria do Socorro Sodré Barreto, Joaquim Teixeira Lima Neto, Washington Wilson Vieira Bahia e José Arnaldo Reis Cruz, para “*Requerer que se cumpra o Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) – Monitoramento Operações de Circulação de Mercadorias com Vies de Risco de Sonegação*”, no referido estabelecimento autuado.

Estabelecimento este na condição de empresa de pequeno porte, sob o regime de apuração do imposto de conta corrente fiscal. (fl. 10)

Em conclusão, o Auto de Infração foi lavrado em consequência de um levantamento fiscal, de uma empresa que se encontrava inapta no cadastro estadual, operando no comércio varejista de hortifrutigranjeiros, com estabelecimento na Avenida Nestor Duarte, 072, São Caetano, em Salvador-BA.

Pelo fato de o autuante não ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção dos optantes pelo Regime do Simples Nacional, ocorreu vício insanável em sua lavratura, o que me leva a declarar a nulidade do lançamento.

Acrescento que o demonstrativo da infração, que faz parte integrante do Auto de Infração retrata “ICMS Antecipação parcial” e a acusação fiscal relatada no Auto, traz a situação fática de “falta de recolhimento do ICMS antecipação total sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte Inapto descredenciado”; o que

acarreta também a nulidade do lançamento fiscal, conforme art. 18, IV, "a" c/c os artigos 28, §4º e 41, II, do RPAF/99 (Decreto 7.629/99).

Represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, como dispõe o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **NULO** o Auto de Infração nº **210436.0085/14-8** lavrado contra **CLEMENTE OLIVEIRA NETO ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR