

PROCESSO - A. I. Nº 232340.0011/14-9  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - RM MERCADINHO UNIÃO LTDA. (MERCADINHO UNIÃO) - ME  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0077-05/15  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 18/08/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0216-12/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. **a)** INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO AGENTE FISCAL. Procedimentos de fiscalização típicos de auditoria fiscal de estabelecimento. Fatos geradores não verificados no trânsito de mercadorias. Ocorrências verificadas no intervalo de 45 dias, relativas a operações acobertadas por 30 (trinta) DANFES. **b)** FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Falta de assinatura do Termo de ocorrência. Aspecto formal. Existência de vícios insanáveis do procedimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, após julgamento, por meio do Acórdão JJF nº 0077-05/15, pela Nulidade do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para imputar ao sujeito passivo o ICMS no valor de R\$ 86.524,80, acrescido de multa de 60% em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação tributária 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.

A Junta de Julgamento deliberou pela nulidade da infração com a seguinte fundamentação:

*"No Auto de Infração em exame a exigência tributária foi formalizada com a seguinte acusação: “**Infração:** Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária - total ou parcial - 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 com ausência de regime especial deferido.” Valor exigido: **R\$86.524,80**, acrescido da multa de 60%, com tipificação no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.*

*Consta no campo descrição dos fatos do A.I.: " Falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial/total de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação por contribuinte DESCRENCIADO. Os itens que não tiveram MVA, foram levantados seus preços pela pauta fiscal".*

*Percebe-se, sem maior esforço, que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias. São 30 (trinta) DANFES com diversas datas de emissão, verificadas entre os dias 06/04/2014 e 21/05/2014. Portanto o levantamento abarca fatos geradores ocorridos no intervalo de um mês e 15 (quinze) dias. Ademais, o Termo de Ocorrência também, não faz menção que o fato tenha se verificado no trânsito de mercadorias, revelando assim que a cobrança não se concretizou no momento em que as mercadorias estavam postas em circulação ou de passagem por postos fiscais da Secretaria da Fazenda da Bahia.*

*Verifico que o autuado apesar de ser cadastrado com microempresa não é e nunca foi optante do Simples Nacional, conforme dados que podem ser verificados no INC, sistema de informações interno da SEFAZ-BA, fato que também afasta a competência do agente fiscal para proceder a formalização do Auto de Infração. Extrapolou o autuante, portanto, da competência legal definida na Lei nº 11.470/99, alteradora da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que conferiu aos agentes de tributos a prerrogativa de lançar tributos estaduais relativos a fatos geradores ocorridos no trânsito de mercadorias e junto a empresas optantes e inscritas no Simples Nacional, conforme os parâmetros definidos na Lei Complementar nº 123/06.*

*Outro aspecto formal que invalida o procedimento fiscal é a falta de assinatura do Termo de Ocorrência Fiscal por parte do contribuinte e a vinculação desse termo a fatos geradores relacionados a notas fiscais emitidas no intervalo de 45 (quarenta e cinco) dias, reforçando, portanto, que as ocorrências fiscais apontadas nesta peça não ocorreram no trânsito de mercadorias, ou seja, não ocorreram quando as mercadorias estavam postas em circulação entre os estabelecimentos fornecedores e o autuado.*

*Isto posto voto pela NULIDADE do Auto de Infração em lide. Recomenda-se, todavia, a remessa dos documentos do presente PAF à fiscalização de estabelecimentos comerciais para que seja avaliada possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos vícios acima apontados."*

Em atendimento ao disposto no artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

## VOTO

O lançamento fiscal decorre de operação de trânsito e diz respeito a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação tributária parcial ou total ICMS das operações subsequentes.

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, às fls. 6/7, constar um "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que além de não se encontrar assinado pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais objeto da acusação, anexados às fls. 9/20 e 46/63 verifica-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre seis de abril a vinte e um de maio de 2014, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, já que restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente lançamento. No caso em questão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Ademais, verifico através do extrato emitido pelo sistema INC desta secretaria, fl. 21 que o sujeito passivo, apesar de estar inscrito como microempresa, nunca foi optante do Simples Nacional, consequentemente recolhe o imposto pelo regime normal de apuração. 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 nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos competência para lavrarem Autos de Infração 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.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232340.0011/14-9**, lavrado contra **RM MERCADINHO UNIÃO LTDA. (MERCADINHO UNIÃO) - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS