

**A. I. N°** - 2174400034/14-0  
**AUTUADO** - CARLOS RODRIGUES DE SANTANA  
**AUTUANTE** - FERNANDO JOSE PEREIRA DE CASTRO  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 04/03/2015

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0023-04/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. 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 nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/07/2014, reclama o valor de R\$31.869,82, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquirida para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O sujeito passivo, em sua defesa, fl. 17, solicita a redução do auto de infração, tendo em vista a incorreção da base de cálculo apurada pela fiscalização, em razão de ter incluído valores retidos pelo fornecedor nos Documentos Fiscais de nºs 738382, 738384, 741852, 741859 e as Notas Fiscais Canceladas nºs 2729, 641355, 170827 e 645711.

O auditor designado à prestar a informação fiscal, fls. 34/35, após análise dos documentos juntados na defesa diz ter verificado que:

1. O imposto incidente sobre os DANFEs 645.711, 170.827, 2729, e 641,355 foi recolhido antes da lavratura do Auto de Infração, devendo ser excluído do total da infração;
2. restou comprovado o cancelamento dos DANFEs 80.867 e 81624, não sendo devido nenhum valor;
3. com relação aos DANFEs 5496, 4597, 5498 e 524190 não houve comprovação de pagamento por parte do contribuinte, tampouco contestação do lançamento;
4. No que diz respeito aos DANFEs 741.852, 741.859, 738.382 e 738.384 emitidos pela Cooperativa Central Aurora Alimentos, cujo ICMS afirma que de acordo com o Decreto nº 14.812/15, que alterou o §2º do RICMS, a sistemática que regula o recolhimento do ICMS para produtos

comestíveis resultante s do abate de aves, gado, bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, determina que este seja feito antes da entrada da mercadoria no território baiano, o que não ocorreu no presente caso.

Diz que de acordo com o citado dispositivo legal, a legislação elege como contribuinte da antecipação tributária em operações com as mercadorias tratadas no auto de infração, o destinatário no Estado da Bahia, já que não se trata de exigência estabelecida em Convênio ou Protocolo interestadual. Ressalta que o Código Tributário Nacional obstrui a mudança de responsabilidade tributária por convenção particular, de acordo com o seu art. 123, que transcreveu, portanto, os acordos e acertos realizados entre sujeitos diversos não podem ser alegados contra o Fisco, com o objetivo de afastar a responsabilidade tributária.

Enfatiza que somente a lei define quem é o sujeito passivo e somente ela pode alterar tal definição, portanto, o fato de o remetente efetuar o destaque do ICMS substituído no documento fiscal não afasta a exigência tributária, vez que o remetente não possui autorização para a retenção, conforme se extrai das informações cadastrais constantes no INC, referentes a inscrição 117408009 CS, pertencente a remetente, onde se verifica que o seu pedido de autorização para a retenção do ICMS por antecipação foi indeferido, conforme tela extraída do INC, que anexou.

Conclui que caso a empresa remetente tenha efetuado o pagamento, o fez de forma equivocada e ineficiente para afastar a exigência contida no auto de infração. Informa que realmente constam pagamentos de impostos realizados pela inscrição estadual do remetente, no período em estudo, porém não é possível afirmar que se tratam dos ora exigidos.

Aduz que apesar de entender ser Procedente o Auto de Infração, já que o contribuinte não conseguiu fazer prova de pagamento válido do ICMS devido, milita a favor do contribuinte a Teoria da Aparência, que poderia em uma instância superior afastar a incidência da multa. Transcreve seus entendimentos sobre a citada Teoria.

Vislumbra a possibilidade da autuada ter sido induzida ao erro, já que, ao que tudo indica, a remetente efetuou o pagamento do imposto devido, mesmo que erroneamente e aparenta ter recolhido aos cofres públicos os valores retidos, apesar de não autorizada. Ressalta o acerto da autuação, no que diz respeito aos DANFEs tratados neste tópico 4.

Finaliza requerendo a procedência em parte da autuação, afastando as exigências tratadas nos 1 e 2 e mantendo as contidas nos itens 3 e 4.

## 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*".

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico 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, o que não ocorreu.

É de se ressaltar que de acordo com o Resumo para Constituição de Crédito Tributário anexado às fls. 08, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise do citado documento constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 14 de junho a 14 de julho de 2014, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, com data de ocorrência em 29/07/2014, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, 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 caso. Na situação sob análise, 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 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 nº 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 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 estabelecimento, 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 212174400034/14-0, lavrado contra **CARLOS RODRIGUES DE SANTANA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimento, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADOR