

**A. I. Nº** - 210313.0167/14-4  
**AUTUADO** - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 23/03/2015

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0058-03/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO POR SERVIDOR SEM ATRIBUIÇÃO LEGAL. Verificado que a lavratura do Auto de Infração foi efetuada por servidor sem atribuição legal, em afronta à legislação que estabelece a competência para lavratura de Auto de Infração e ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 22/08/2014, refere-se à exigência de R\$12.804,97 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária - Infração 50.01.03.

Consta, na descrição dos fatos: Aquisição de mercadorias listadas no Anexo 1 do RICMS por contribuinte que não possui regime especial, requisito preconizado no § 2º do artigo 332 do RICMS/BAHIA, conforme DANFES nºs 127186, 157666, 164160, 164161, 196888, 510749, 510750, 833382, 842056, 974023, 977475, 987377, 989304.

O autuado apresentou impugnação às fls. 114 a 117, alegando que em relação aos DANFES de nºs 127186 e 129580, o autuante não levou em consideração que houve desconto de 1% no valor da operação. No DANFE constou a informação de que a mercadoria custou R\$508,50, levando em consideração o desconto concedido pelo fornecedor, ficando reduzida a base de cálculo para R\$503,42, que resultou no pagamento efetuado com o código 1145, no valor de R\$79,83, conforme planilha que acostou aos autos.

Em relação ao DANFE nº 157666, contesta a cobrança do ICMS sobre 252,17 kg de Presunto Italiano Granduca sem osso, no valor de R\$2.333,85, afirmando que o fornecedor considerou o NCM 0210.19.00, quando o correto seria 1601.00.00. Quanto ao item Jamon Serrano sem osso, o imposto no valor de R\$1.381,29 foi pago em 06/08/2014, conforme planilha e DAE que acostou aos autos.

Sobre os DANFES nºs 164160, 164161, 196888 informa que deixou de recolher o valor de R\$149,33 em virtude de se encontrar sob regime de fiscalização. Informa que vai proceder ao recolhimento do imposto apurado.

Quanto aos DANFES nºs 833382 e 842056 afirma que o autuante apurou o imposto no valor de R\$1.821,18 e a empresa recolheu R\$2.327,93, ficando evidenciado que não há valor a recolher.

Em relação ao DANFE nº 977445, alega que antecipou R\$1.066,94, conforme DAE que acompanhou a mercadoria e foi citado o número do DANTE no documento fiscal. Diz que a diferença de R\$13,26 foi incluído no demonstrativo da planilha que acostou aos autos e recolheu o referido valor através do DAE correspondente aos fatos ocorridos em junho de 2014, quitado em 06/08/2014, inexistindo qualquer valor a pagar.

Quanto ao DANFE nº 987377, diz que o autuante apurou o imposto no valor de R\$327,49 e a empresa recolheu R\$327,48, conforme DAE que acompanhou a mercadoria e citou o documento fiscal.

Sobre o DANFE nº 989304, alega que o autuante apurou o valor devido de R\$90,17 e a empresa recolheu o referido valor, conforme DAE que acompanhou a mercadoria, citando o número do documento fiscal.

Por fim, o defendente protesta por todas as provas em Direito admitidas, pedindo que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário e julgado improcedente o presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 123/124 dos autos. Esclarece que a ação fiscal teve a sua origem na Superintendência de Administração Tributária através da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, sendo emitida Ordem de Serviço. Diz que a Central de Operações Estaduais identificou a falta de recolhimento de ICMS relativo às entradas neste Estado das mercadorias relacionadas nos documentos fiscais listados, em razão de Antecipação Parcial ou Antecipação Total do ICMS das operações subseqüentes. Tendo em vista a ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário “*in dubio pro reo*”, foi considerada como data da ocorrência do fato gerador a data da constatação dos eventos. Diz que a Superintendência da Administração Tributária (SAT) está agindo na direção contrária do CONSEF, considerando que as Juntas de Julgamento Fiscal vêm julgando nulas as autuações efetuadas nestes estabelecimentos, afirmando que a Fiscalização de Trânsito não tem competência para fiscalizar estas empresas, a exemplo do julgamento efetuado por meio do Acórdão JJF Nº 0201-05/14, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, transcrevendo a ementa.

Ressalta que prestar informação fiscal, sem emitir juízo de valor ou opinião sobre o assunto, afirmando saber de antemão qual será o julgamento do CONSEF.

## VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela falta de recolhimento do referido imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária.

Foi efetuada intimação para apresentação de DANFEs (fl. 09), concedendo prazo de 48 horas para o contribuinte apresentar os mencionados documentos fiscais, juntamente com os respectivos DAEs comprobatórios do pagamento tempestivo da antecipação parcial e total do exercício de 2014.

O autuado é contribuinte ativo do sistema normal de recolhimento, apurando o ICMS por meio de conta corrente fiscal (fl. 58 do PAF), tendo como atividade principal o comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios.

Constata-se que a presente autuação foi efetuada em estabelecimento de contribuinte do regime normal de apuração do ICMS, tendo sido lavrados Termo de Ocorrência Fiscal e Termo Intimação para apresentação de documentos fiscais (fls. 08/09 do PAF), concluindo-se que embora tenha sido lavrado o Auto de Infração no modelo 4, foi efetuada fiscalização no estabelecimento.

Vale salientar, que a competência para a lavratura de Auto de Infração é regulada por lei, estando em vigor a Lei nº 11.470/09, devendo ser considerada para a delimitação da competência dos prepostos fiscais para declarar a ocorrência dos fatos geradores de obrigações tributárias, a situação cadastral do contribuinte no momento da autuação, ou seja, a definição quanto à competência para a lavratura de Autos de Infração depende do tipo de fiscalização (trânsito ou estabelecimento) e a situação cadastral do contribuinte.

Conforme já mencionado, este Auto de Infração baseia-se em verificação efetuada por Agente de Tributos Estaduais no estabelecimento do autuado que se encontra cadastrado nesta SEFAZ na condição de contribuinte normal. Neste caso, a lavratura de Auto de Infração na situação em

análise é da competência privativa de auditores fiscais.

De acordo com as alterações promovidas no Código Tributário do Estado da Bahia, pela Lei nº 11.470, de 08/04/2009, a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, competindo 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 (§ 3º da Lei nº 11.470/09).

O Auto de Infração é o instrumento jurídico mediante o qual se formaliza o lançamento tributário de ofício. Lançamento é ato vinculado, somente podendo ser praticado por quem tem competência legal. Ou seja, o lançamento tributário é um procedimento vinculado, regrado por preceitos jurídicos, e a autoridade fiscalizadora deve agir como manda a legislação.

Dessa forma, entendo que a autuação foi efetuada sem a observância da competência específica dos agentes de tributos que deve ser, no caso de fiscalização de estabelecimento, apenas para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. Concluo pela nulidade do presente Auto de Infração, com base no art. 18, I do RPAF/BA, porque o lançamento do crédito tributário foi efetuado sem observância do regramento jurídico pertinente.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem novo procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, a salvo da irregularidade apontada. Se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210313.0167/14-4**, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se a repartição fiscal verificará a existência de elementos que justifiquem a realização de novo procedimento fiscal, no estabelecimento, a salvo da irregularidade apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA