

**A. I. Nº** - 232195.0086/14-5  
**AUTUADO** - SAMPAIO'S COMERCIAL LTDA - ME  
**AUTUANTE** - WELLINGTON SANTOS LIMA  
**ORIGEM** - IFMT/METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 13.11.2015

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0189-02/15

**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 autuante a lavratura de Auto de Infração no caso concreto. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração Modelo 4 em epígrafe, lavrado em 28/10/2014, exige ICMS no montante de R\$75.377,32, em decorrência da seguinte infração:

54.05.08 – 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 outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Consta na descrição dos fatos: *Antecipação Tributária Parcial ou total. Contribuinte credenciado, não possuidor de Regime Especial. Mercadoria: derivados do abate de gado, frango e charque. Falta de recolhimento do ICMS, relativo à Antecipação Tributária Parcial e Total. Neste caso, antes da entrada das mercadorias no território baiano, e naquele, não efetuou o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento comercial. O contribuinte é possuidor do Termo de Acordo, Dec. Nº 7799/00. Em razão deste, o ICMS da antecipação tributária parcial da mercadoria charque, foi calculado de forma a resultar numa carga efetiva do tributo em 10%. Nos cálculos da antecipação tributária levou-se em conta o valor do total do DANFE, mais o percentual de MVA do respectivo produto, ou o valor da pauta fiscal, prevalecendo o maior valor encontrado. Estes cálculos estão individualizados, por produto, e anexados aos respectivos DANFES. Com relação ao crédito fiscal, houve glosa nos produtos oriundos do estado de Goiás, remetidos por atacadistas, recalculando-se o valor pela alíquota de 3% conforme determinação da legislação, Dec. 14.213/12. Integram este processo diversos DANFES relacionados em formulário anexo. Mandado de fiscalização monitoramento emitido pelo COE nº 3315301000100-201499. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, anexados a este processo.*

Consta dos autos: termo de Ocorrência Fiscal sem assinatura (fls.06 e 07); Planilha do levantamento fiscal (fl.09); Lista de DANFE Monitorados da COE – Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias (fls. 14 e 15); Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço da COE), fls 10 e 11; Planilhas para determinação do valor da base de Cálculo e respectivos DANFES (fls.17 a 57); e Documentos de Arrecadação (fls.58 a 72).

O sujeito passivo foi cientificado da autuação mediante intimação e AR dos Correios às fls.79 a 80, e, através de advogado legalmente constituído nos autos, apresenta impugnação tempestiva às folhas 82 a 86, mediante a qual, contesta o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Descreve a infração, pugnando pela improcedência do auto de infração, fundamentado no fato de que parte do débito nele cobrado já foi efetivamente pago pelo contribuinte ou pelo fornecedor da mercadoria, além do fato de ter a fiscalização aplicada a restrição ao creditamento de ICMS prevista no Decreto Estadual nº 14.213/2012, sendo que o estabelecimento possui decisão judicial liminar em seu favor que afasta a aplicação das disposições do referido decreto.

Prosseguindo, alega que:

- a) Foi pago tempestivamente o imposto referentes às seguintes Notas Fiscais: NF 1000662; NF 1006441; NF 1010486; NF 154100; NF 154101; NF 154195 e NF 154196, e juntou como elemento de prova cópias das notas fiscais e os referidos comprovantes de recolhimento por meio da GNRE – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.
- b) Também já houvera paga a diferença do imposto relativo às seguintes Notas Fiscais: NF 63458; NF 63886; NF 9334; e NF 88100.
- c) O autuante deixou de observar que as Notas Fiscais de nº 63458 e 63886 foram devolvidas, conforme notas de devolução anexas às citadas notas que foram acostadas às fls. 24 a 42. Salienta que ao emitir a nota de devolução, o contribuinte cumpriu exatamente o quanto estabelecido nos artigos 451 a 455, do Decreto Estadual nº 13.780/2012 (Regulamento do ICMS na BAHIA), razão pela qual não há qualquer diferença de recolhimento do referido imposto.
- d) Nas Notas Fiscais de nº 88100 e 9334, o Ilustre Auditor Fiscal calculou o imposto devido utilizando-se da sistemática da Substituição Tributária, quando a operação envolvida exige a sistemática da Antecipação tributária. Em razão desse equívoco, o Ilustre Auditor Fiscal apurou diferença no recolhimento do ICMS que, em verdade, não existe, conforme comprovam as referidas notas acompanhadas do demonstrativo correto do cálculo e do montante que foi pago pelo contribuinte.

Por tais razões, requer sejam excluídos do presente Auto de Infração os supostos créditos de ICMS provenientes das Notas Fiscais de nº 63458, 63886, 9334 e 88100, seja porque as mercadorias foram devolvidas, seja porque estavam efetivamente sujeitas à sistemática da antecipação tributária, conforme realizado pelo contribuinte, tendo o autuante se equivocado no cálculo do tributo devido.

Além disso, alega que o crédito tributário resultante das demais notas fiscais contempladas no Auto de Infração ora objurgado, excluindo-se evidentemente aquelas que não resultaram em qualquer diferença no recolhimento de ICMS, também não merecem prosperar haja vista que foram constituídos pelo autuante com base no Decreto Estadual Baiano de nº 14.213/2012.

Salienta que o autuante fundamentou seu procedimento da seguinte forma: *“Com relação ao crédito fiscal, houve glosa nos produtos oriundos do estado de Goiás, remetidos por atacadistas, recalculando-se o valor pela alíquota de 3%, conforme determinação da legislação, Dec. 14.213/12”*.

O patrono do autuado não concordou com tal conclusão, por entender que padece de inconstitucionalidade, haja vista que impõe restrição ao creditamento de ICMS quando a mercadoria contempla benefício fiscal, no Estado de origem, não foi aprovado por convênio ou protocolo.

Destaca que embora não seja próprio dos órgãos administrativos fiscais declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, o contribuinte impugnante ingressou em Juízo e obteve provimento liminar proferido pelo M.M. juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, que lhe assegura o direito ao creditamento do ICMS no percentual de 12% nas operações interestaduais, e não apenas 3%, conforme determina o Decreto.

O defendente salienta que referida liminar, cuja cópia com assinatura eletrônica às fls. 154 a 157, concluiu pela inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213/12 e determinou que a Autoridade Coatora se abstenha de exigir da Impetrante (ora impugnante), complementação de ICMS em operações interestaduais originadas no Estado de Goiás.

Por tal razão, assevera que a glosa realizada pelo autuante, recalculando o creditamento feito pelo impugnante à ordem de 12% para 3%, afronta diretamente a liminar referida, de sorte que deve ser absolutamente desconsiderada por esse Colendo Órgão Julgador.

Ao final, e em razão do exposto acima, requer o acolhimento das razões apresentadas nesta Impugnação para que o Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente.

Na informação fiscal às fls.159 a 160, quanto a alegação de que o crédito reclamado "*padece de inconstitucionalidade*"(...) e de que "*a glosa realizada pelo ilustre Auditor fiscal, recalculando o creditamento feito pelo impugnante à ordem de 12 % para 3% afronta diretamente a liminar obtida em Mandado de Segurança, fl. 87*", o autuante argumenta que o requerente não observou os aspectos relacionados com a distinção entre o crédito reclamado pelo Estado da Bahia com a lavratura do Auto de Infração e a aplicabilidade do referido mandado de segurança, que não ampara o requerente na sua pretensão, mas sim o direito de liberar a mercadoria enquanto discute o mérito da questão, consoante a própria decisão que concede a liminar no sentido de a fiscalização "*se abstenha de exigir complementação ICMS em operações interestaduais*".

Destaca que conforme as próprias palavras do autuado constante na peça defensiva, fls. 153 a 155, em que declara textualmente que não houve nenhum desrespeito a ação judicial, ressalta que a mercadoria não ficou de forma alguma retida, pois a mesma já se encontra em poder do autuado e o Auto de Infração, para reclamar um crédito e cuja finalidade foi o de apenas preservar a Fazenda Pública, no caso de exigibilidade futura do crédito tributário, ou seja, até decisão do mérito.

Sobre as alegações de ordem constitucionais, trazidas à baila pelo autuado, invocou as disposições sobre o assunto contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, especificamente no inciso I do art. 167, em que expressamente exclui a competência dos órgãos julgadores em declarar a inconstitucionalidade de normas legais de qualquer natureza, razão pela, diz que não irá comentar sobre a matéria. Reafirma que em relação ao assunto, não existe nenhuma definição final sobre o assunto, pois o tema ainda encontra-se em discussão, devido a abertura de vista ao MP.

Conclui, mantendo sua ação fiscal em sua inteireza, clamando pela procedência total da autuação.

## VOTO

A acusação constante no Auto de Infração é de: "Infração 54.05.08 – 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 outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido."

Inicialmente vale consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Neste processo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo "4" – Trânsito, vislumbro que, o mesmo não se trata de "*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*", visto que não houve apreensão das mercadorias, e por via de consequência não foi lavrado o

correspondente Termo de Apreensão, haja vista que o Termo de Ocorrência Fiscal às fls.06 e 07 não está assinado pelo autuado.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal diz respeito aos DANFE nº 41000662, 67204, 55298, 539741, 63458, 9334, 1006441, 45152, 67608, 67611, 692224, 88100, 223729, 358322, 358554, 63854, 1010486, 63886, 154100, 154101, 56281, 154195, 154196 e 19742, MANDADO 3315301000100-201499, conforme Resumo – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal da COE – Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias (fls.14 a 15).

O débito lançado no auto de infração foi apurado com base na planilha constante à fl.08, contendo os documentos fiscais acima citados emitidos em diversas datas no período de 02/08/14 a 01/09/14. Portanto, por se tratar de operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, conclui-se que não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, apesar de o autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais.

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.

No caso, comprovado tratar-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, conforme constatei na pesquisa verificada no INC – Informações do Contribuinte no site da SEFAZ, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), falece de competência ao autuante para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comerciais, com exceção dos optantes pelo Regime do Simples Nacional, o que não é o caso do presente processo.

Assim, pelo fato de o autuante não ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção de contribuintes pelo Regime do Simples Nacional, repito, ocorreu vício insanável na lavratura do presente auto de infração, o que leva à nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento for praticado por autoridade ou servidor incompetente.

Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, em ação fiscal por funcionário competente, merecendo ressaltar que o autuado comprovou ter recolhido parte do imposto antes da ação fiscal, e poderá recolher espontaneamente os demais valores antes de iniciado o novo procedimento fiscal a ser instaurado na forma desta recomendação.

Do exposto, voto **NULO** o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.0086/14-5**, lavrado contra a empresa **SAMPAIO'S COMERCIAL LTDA – ME**.

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, 04 de novembro de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR