

A. I. N° - 232153.0028/15-0  
AUTUADO - W & E COMERCIAL LTDA. - EPP  
AUTUANTE - ELIEZER DE ALMEIDA DIAS  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.11.2015

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0198-05/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. 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, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece de competência ao Agente de Tributos a lavratura de Auto de Infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 28/04/2015, para exigir ICMS, no valor de R\$ 30.835,36 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.

O autuado apresenta defesa, fl. 30, e aduz que o código NCM da Receita Federal nº 3920.10.99, refere-se a “outros” produtos enquadrados como “Outras chapas, folhas, películas, tiras e lâminas, de plástico não alveolares, não reforçadas, não estratificadas, sem suporte, nem associadas de forma semelhante a outras matérias.”

De forma genérica este código não faz distinção entre material destinado à construção civil ou demais atividades produtivas. Cita apenas e exclusivamente o material “plástico” de sua composição como matéria-prima. No item 24.7 do Anexo I do Decreto 13.780 de 16/03/2012, consta o referido código 3920, como sendo Material de Construção e consequentemente, sujeito a substituição tributária, quando entrar no Estado da Bahia, oriundo de outra unidade da federação. O fato é que somente os produtos destinados a “construção civil” são sujeito à Substituição Tributária. Afirma que não há no Regulamento do ICMS, em Protocolo ou ajuste SINIEF do CONFAB, a hipótese de substituição tributária de produtos com fins agrícolas, assim como lonas/filmes para coberturas de estufas ou solos. Informa que no dia 15/04/2015, a mercadoria “Filme Agroplás Extra Longa Vida Leitosa”, teria sido apreendida e logo liberada, após a constatação de que sua destinação era para fins agrícolas, e não destinadas a materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, conforme o Protocolo ICMS 104.

Pede a anulação do débito sobre o mesmo produto, contido na Nota Fiscal Eletrônica nº 46972 de 10/04/2015.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 34 a 35, e inicialmente destaca que o contribuinte não nega o cometimento da infração, mas se limita a negar o enquadramento da mercadoria constante no DANFE 46972, no regime de substituição tributária. O defendantecava com sua inscrição inapta, na data da operação como pode ser constatado no documento de fl. 24, portanto, obrigado ao pagamento da antecipação total nas aquisições interestaduais, antes do ingresso das mercadorias no território baiano, o que de fato não ocorreu. Salienta que a autuação não decorre da natureza da mercadoria, mas da situação cadastral do contribuinte. Pede a 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 defensor, na sessão de julgamento, 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 a auditoria fiscal deveria ter ocorrido no estabelecimento da empresa.

Reza o art. 107, § 3º da Lei nº 3956/81 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 28/04/2015, em Modelo 4, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias. Os DANFEs nºs 46972 e 31754, fundamentam a autuação, conforme descrição no Termo de Ocorrência Fiscal nº 23153.0028/15-0, fls. 3/4, que saliente-se não contém a assinatura do autuado, nem do detentor da mercadoria.

Ademais, a empresa autuada, que se encontraria inapta no cadastro Estadual da Secretaria da Fazenda não é inscrita no Simples Nacional, conforme documento de fl. 08, extraído no dia 18 de abril de 2015, no qual consta, inclusive, a situação cadastral do contribuinte como ATIVO, e a informação de que apura o ICMS mensal, pelo regime de conta corrente fiscal.

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 para “Requerer que se cumpra o Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) – Monitoramento através Regime sumário Apuração do ICMS – Art. 318 do RICMA-BA – Operação de Circulação de Mercadorias com Viés 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. 08)

Em conclusão, o Auto de Infração foi lavrado em consequência de um levantamento fiscal, de uma empresa que se encontraria inapta no cadastro estadual, operando no comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente, com estabelecimento na Rua Francisco N Pires, 132, Barra da Estiva, Bahia.

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 leva à nulidade do lançamento.

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 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232153.0028/15-0** lavrado contra **W & E COMERCIAL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR