

**PROCESSO** - A. I. Nº 217374.0060/15-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - SALUS COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. - EPP  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0156-01/16  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 24/01/2017

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0320-11/16

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DO ATO ADMINISTRATIVO. AGENTE DESTITuíDO DE COMPETÊNCIA PARA A PRÁTICA. Em se tratando a autoridade autuante de um agente de tributos, falta-lhe competência para fiscalizar fatos pretéritos, constatados fora do trânsito de mercadorias e efetuados por contribuinte que não é microempresa ou empresa de pequeno porte do Simples Nacional. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0156-01/16), que julgou Nulo o Auto de Infração acima epígrafeado, lavrado no dia 19/08/2015 para exigir ICMS no valor de R\$ 85.908,29, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto referente *"a mercadorias sujeitas à antecipação total / parcial"*, adquiridas em outro Estado, cujo pagamento deveria ter sido efetuado antes da entrada no território da Bahia (DANFEs 5.591. 5.617, 5.667, 5.668, 5.691 e 5.694).

Consta, ainda, do campo destinado à descrição dos fatos, o seguinte texto: *"falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada"*.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 25/08/2016 e declarou a Nulidade de forma unânime (fls. 86 a 89), nos termos a seguir reproduzidos.

#### “VOTO

*O lançamento fiscal diz respeito à exigência do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, por contribuinte descredenciado.*

*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, pois apenas foi anexada uma Intimação para apresentação de “Documentos de Arrecadação – DAE-ICMS Substituição Tributária”, fl. 35.*

*Da análise do citado documento verifico que foi emitido e assinado pelo fiscal autuante, sem data de emissão e sem a assinatura do contribuinte autuado, portanto, não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado.*

É de se ressaltar que, de acordo com o demonstrativo denominado “Apuração da antecipação tributária devida por entradas”, anexado à fl. 04, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados, cujas cópias encontram-se às fls.09/10.

Verificando os aludidos documentos constata-se que se trata de Notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 16 de junho a 17 de julho de 2015, bem anteriores a data de ocorrência inserida no auto de infração (19/08/2015), portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se trata de fatos pretéritos, enquanto 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. 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 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, admitindo-se que o presente lançamento tivesse origem na fiscalização de comércio o mesmo 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.

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 estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite preconizado no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0156-01/16.

## VOTO

Tradicionalmente apresentam-se cinco pressupostos ou elementos a constituírem o ato administrativo, sendo eles: sujeito ou competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

De acordo com os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, 28<sup>a</sup> edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 246), sujeito do ato administrativo é aquele a quem a Lei atribui competência para a prática.

A competência, portanto, decorre da Lei, por força dos artigos 61, § 1º, II da CF/1988 e 25 das suas Disposições Transitórias. É irrevogável, porquanto outorgada em benefício do interesse público, e inquia de invalidade o ato em que não se faz presente.

Na relação jurídica em análise, conforme muito bem destacou a i. relatora de primeira instância, em decorrência de pesquisa que efetuou nos sistemas de informática desta Secretaria, o sujeito passivo figura como contribuinte do regime normal de apuração do imposto, e não do Simples Nacional.

Por isso, em se tratando a autoridade autuante de um agente de tributos, falta-lhe competência para fiscalizar fatos pretéritos ("notas Fiscais eletrônicas emitidas no período compreendido entre 16 de junho a 17 de julho de 2015, bem anteriores à data de ocorrência inserida no Auto de Infração (19/08/2015)"), constatados fora do trânsito de mercadorias e efetuados por contribuinte que não é microempresa ou empresa de pequeno porte do Simples Nacional.

Veja-se o que a este respeito dispõe a Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009:

*Art 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 2º - 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.*

*§ 3º - 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.*

*Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.*

A fiscalização não ocorreu nos moldes previstos no § 3º do art. 1º da citada Lei, pelo que tenho como acertada a declaração de nulidade.

Represento à autoridade competente da Inspetoria da circunscrição do contribuinte, para que avalie a possibilidade de determinar a realização de outra ação fiscal.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 217374.0060/15-8, lavrado contra SALUS COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. – EPP. Representa-se à autoridade competente da Inspetoria da circunscrição do contribuinte, para que avalie a possibilidade de determinar a realização de outra ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS