

**A. I. Nº** - 232177.0104/16-1  
**AUTUADO** - ALTIS IMPORT COMERCIAL EIRELI - ME  
**AUTUANTE** - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 25.07.2016

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0107/02-16

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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. Ausência de elemento essencial nos autos. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/01/2016, reclama ICMS no valor total de **R\$215.079,62**, sob acusação do cometimento da seguinte infração:

**01 - 17.01.01** – Deixou de recolher ICMS no período de março a setembro de 2015, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, conforme demonstrativos às fls.07 a 12. Em complemento consta: *“Falta de recolhimento do ICMS devido do Simples Nacional, constatada pela omissão de receitas tributadas, obtidas através de vendas com, notas fiscais eletrônicas e não declaradas no PGDAS (contribuinte não transmitiu o PGDAS do exercício de 2015).”*

O autuado, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa administrativa às fls. 21 a 24, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração, sob alegação de que procedeu a vendas através de atos licitatórios onde em algumas situações não houve a conclusão da aquisição das mercadorias, assim como houve substituição de notas fiscais anteriormente emitidas.

Ou seja, informa que procedeu a vendas, através de atos licitatórios ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, conforme se depreende das Notas Fiscais nº 501 (21/10/2015), 509 (21/10/2015) e 557 (26/11/2015) (docs.fl.33 a 35).

Esclarece que, em que pese a emissão das referidas notas, o ente público não concluiu a aquisição, assim como não houve o envio das mercadorias a fim de comprovar o quanto alegado o próprio Tribunal de Justiça, através da declaração que segue em anexo, fls.32.....afirma que não recebeu tais produtos.

Salienta que as referidas notas fiscais deveriam ter sido canceladas, contudo para que tivesse havido o cancelamento das mesmas, via sistema de emissão da nota fiscal eletrônica, tem que ser respeitado um determinado prazo, o que restou ultrapassado pela Impugnante, no entanto procedeu, conforme protocolo que segue em anexo, ao pedido de cancelamento, através de processo administrativo, do respectivo cancelamento das referidas notas fiscais.

Com base nisso, requer sejam excluídas do Auto de Infração as referidas notas fiscais.

Com relação à Nota fiscal nº 418 (24/09/2015), fl.38, alega que procedeu a vendas, através de ato licitatório ao Fundo Municipal de Saúde da Prefeitura Municipal de Salvador/BA, porém, conforme documento em anexo expedido pela própria Prefeitura de Salvador, fl.39, o ato licitatório que deu origem a referida nota fiscal foi cancelado. Frisa que da mesma forma que as notas fiscais anteriores, deveria ter sido procedido o cancelamento desta nota fiscal, tendo, esbarrado na questão temporal.

Informa que, conforme protocolo que segue em anexo, fls.36 e 37, já procedeu ao requerimento de cancelamento da nota fiscal eletrônica, motivo pelo qual requer seja, a mesma, excluída do presente Auto de Infração.

No caso das Notas Fiscais nº 576 (01/12/2015); 577 (08/12/2015); 591 (01/12/2015), fls.43 a 50, diz que da mesma forma que ocorreu com as notas fiscais anteriores, procedeu a vendas, através de ato licitatório à Secretaria Municipal de Educação e Cultura da cidade de Boa Vista, contudo, que tal ato licitatório, que deu causa a emissão das referidas notas fiscais, foi cancelado e por tal motivo as mercadorias não foram enviadas, em que pese a emissão das notas fiscais, tanto que a Secretaria Municipal de Educação e Cultura da cidade de Boa Vista expediu Declaração comprovando o quanto narrado.

Assim, em razão da não conclusão do envio das mercadorias, mesmo tendo havido a emissão das notas fiscais, necessário que tivesse havido o cancelamento das referidas notas, no entanto e da mesma forma que para as demais notas, em razão de lapso de tempo, não houve o cancelamento via sistema de emissão de nota fiscal eletrônica, sendo que, conforme protocolo em anexo, fl....., requerido o cancelamento das referidas notas fiscais, pelo que, requer, sejam excluídas as referidas notas fiscais do Auto de Infração em razão de não ter havido a movimentação das mercadorias.

Por fim, quando às Notas Fiscais nº 416 (24/09/2015); 572 (02/12/2015); 574 (05/12/2015) e 575 (05/12/2015), fls.54 a 57, informa que procedeu a venda, através de ato licitatório à Secretaria Municipal de Educação da cidade de Salvador, conforme se depreende da nota fiscal nº 416, porém a SEC requereu que fosse dividida tal compra em três etapas, sendo emitidas, em substituição, as notas de números 572, 574 e 575, conforme Declaração à fl.53. Isto posto, requer seja excluída da Autuação a nota fiscal nº 416, expedida em 24/09/2015, pelos motivos acima demonstrados.

Em face de todo o exposto, requer a improcedência da autuação, e que as decisões, solicitações e demais movimentações ocorridas no processo sejam comunicadas e enviadas através de correspondência postal para o Advogado da Impugnante no endereço constante no documento de procuração, sob pena de nulidade.

O autuante em sua informação fiscal às fls.62 a 63, informa que após conclusão da auditoria e lavratura do Auto de Infração, a INFIP encaminhou para INFAP VAREJO, solicitação através do Boletim de Inteligência Fiscal INFIP nº 1239/2016, para a exclusão da empresa ALTIS IMPORT COMERCIAL EIRELI - ME., Inscrição Estadual de nº 101.029.629, CNPJ 15.397.346/0001-42, do Regime de Apuração do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015 (fls. 64 a 87). Registra que a empresa tomou ciência da exclusão do Simples Nacional em 21/03/2016 (fl. 71). Diante de tal informação, diz que não foi analisado o mérito da defesa apresentada.

Conclui que em virtude de o contribuinte ter sido excluído do Simples Nacional a partir de 1º de janeiro de 2015, tornando a empresa com apuração do ICMS em conta corrente fiscal, ficou prejudicada a auditoria realizada e sem a devida competência para lavratura do Auto de Infração, pugando pela NULIDADE do Auto de Infração em sua plenitude.

## VOTO

Pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de recolher o ICMS devido do Simples Nacional, constatada pela omissão de receitas tributadas, obtidas através de vendas com notas fiscais eletrônicas e não declaradas no PGDAS, com débitos do período de março a Setembro de 2015.

Ao defender-se do lançamento, o sujeito passivo solicitou que fossem excluídas do levantamento fiscal, as notas fiscais de saídas nº 501, 509, 557, 418, 576, 577, 591 e 416, em virtude de não terem sido canceladas na época, sendo canceladas posteriormente à auditoria e do fiscal levantamento realizado que resultou na lavratura do auto de infração objeto do presente lançamento tributário.

Analizando os documentos acostados à peça defensiva e constantes às fls.30 a 57, constato que de fato restou comprovado o alegado na defesa, inclusive o autuante em sua informação fiscal também chegou a esta conclusão.

Verifico ainda que o autuante declarou na informação fiscal que após a conclusão de sua auditoria que resultou na autuação, a INFIP encaminhou para INFAP VAREJO, solicitação através do Boletim de Inteligência Fiscal INFIP nº 1239/2016, a exclusão do contribuinte autuado, do Regime de Apuração do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015 (fls. 64 a 87).

Diante disso, considero acertada a conclusão do autuante que ficou prejudicado seu trabalho fiscal, tendo em vista que o contribuinte supra foi excluído do Simples Nacional, a partir de 1º de janeiro de 2015, retornando ao Regime Normal de Apuração do Imposto, ou seja, passou a efetuar a apuração do ICMS em conta corrente fiscal.

Ressalto que o exame dos autos é revelador de que o autuante levou a termo o lançamento tributário estribado na prerrogativa legal do cargo, prevista no art. 107, § 3º do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, ou seja, foi efetivado por um Agente de Tributos Estaduais em um contribuinte que já havia sido excluído do Simples Nacional.

Portanto, 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 autuante para a constituição do crédito tributário objeto do presente lançamento fiscal.

Nestas circunstâncias, é forçoso concluir que o autuante, como bem admitiu, não possuía competência legal para a prática do ato administrativo traduzido como “constituição do crédito tributário” no âmbito do estabelecimento autuado, do que decorre a **NULIDADE** do procedimento fiscal por ausência de elemento essencial, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea do RPAF/99, por não atender ao devido processo legal.

Represento à autoridade competente para que renove o lançamento por funcionário competente, tendo em vista que a nulidade ora decretada decorreu de vício formal, nos termos do art. 173, inciso II do CTN.

Diante do exposto, julgo **NULO** o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232177.0104/16-1**, lavrado contra **ALTIS IMPORT COMERCIAL EIRELI – ME**.

Representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

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, 14 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR