

**A. I. Nº** - 217374.0060/15-8  
**AUTUADO** - SALUS COMÉRCIO INDUSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. - EPP  
**AUTUANTE** - ANAEL ALVES DE QUEIROZ  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/09/2016

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0156-01/16**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV, “a” do RPAF/BA. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/08/2015, reclama o valor de R\$85.908,29, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada. Consta ainda na descrição dos fatos: “Falta de recolhimento do ICMS referente às mercadorias sujeitas à Antecipação Total/Parcial, adquiridas pelo contribuinte em outra unidade da Federação, cujo pagamento deveria ser efetuado antes da entrada no Estado da Bahia, mercadorias estas acobertadas pelos DANFES nºs 5591, 5617, 5667, 5668, 5691, 5694.

O sujeito passivo, em sua defesa, fl. 43 a 48, após descrever a infração aduz que o lançamento foi fundamentado nos artigos 5º, 8º, § 4º, inciso II, alínea “b” e 32, todos da Lei Estadual nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso III, alínea “d”, do RICMS aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012. Foi aplicada a multa de 60% (sessenta por cento) inserida no art. 42, inciso II, alínea “d”, da mencionada Lei Estadual nº 7.014/96.

Após transcrever os dispositivos citados anteriormente afirma ser totalmente improcedente a autuação. Esclarece que a fiscalização o acusou de estar em situação cadastral irregular, mas, mesmo assim, teria adquirido, em outra unidade da Federação, mercadorias sujeitas a Antecipação Total/Parcial - descritas nas anexas DANFES que relacionou e o respectivo pagamento do crédito em destaque.

Informa que de acordo com o demonstra o Termo de Acordo, (celebrado em razão de deferimento de pedido formulado através do Processo Administrativo nº 112693/2015-1), apenas estava inapto perante esta Secretaria da Fazenda no período de 08/ 2013 a 06/ 2015, o que equivale dizer que, quando da compra das mercadorias descritas nas anexas DANFES (Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica) e da entrada das mesmas no Estado da Bahia (19.08.2015), não mais incidia a regra contida no art. 332, inciso III, alínea “d”, do RICMS aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012.

Reitera que o Termo de Acordo celebrado em razão de pedido desta Impugnante deferido por

esta própria Secretaria da Fazenda é prova clara e cabal de que as mercadorias foram adquiridas, e a sua respectiva entrada no Estado da Bahia (19.08.2015), quando já se encontrava apta perante esta SEFAZ. Assim, não há a exigibilidade de recolhimento antecipado de ICMS (recolhimento anterior à entrada de mercadorias no Estado da Bahia), já que não mais havia, à época, situação cadastral irregular ou não inscrição ou inexistência de destinatário certo. Mais que isto: a empresa nos autos do Processo Administrativo nº 112701/2015-1, teve deferido, em junho de 2015, pedido de autorização para voltar a operar, já que a mesma ficou mais de 06 (seis) meses sem atividade.

Transcreve trecho do Termo de Acordo celebrado, frise-se, em razão de deferimento, por esta Secretaria da Fazenda, de pedido formulado por esta Impugnante através do Processo Administrativo nº 112693/2015-1.

Assim sendo, demonstrado, documentalmente, que, quando da compra das mercadorias descritas nas anexas DANFES e da entrada das mesmas no Estado da Bahia, Impugnante, conforme reconhecido por esta própria SEFAZ nos autos do Processo Administrativo nº 112693/2015-1, não se encontrava em situação cadastral irregular (e nem estava “não inscrita”), bem que tais mercadorias tinham destinatário certo. Portanto, entende que não há que incidir a regra prevista no art. 332, inciso III, alínea “d”, do RICMS aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012.

Pugna pela Improcedência do Auto de Infração. E por cautela, caso se venha a ser suscitada eventual procedência do Auto de Infração, o que se admite apenas por amor ao debate, pondera que os cálculos que instruem referido lançamento estão equivocados, na medida em que incluíram na base de cálculo do ICMS lançado valores de mercadorias não vendidas à ora Impugnante, uma vez que, conforme anexas DANFES (Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica), a Nota Fiscal nº 5.567 foi cancelada.

Finaliza requerendo:

1. A instauração de regular processo fiscal administrativo para apuração da inexigibilidade do crédito tributário lançado e aqui impugnado;
2. A improcedência do lançamento, ou na pior das hipóteses, seja excluída a Nota Fiscal nº 5.567.

O autuante presta Informação Fiscal à fls. 80 a 82 e após descrever a infração e fazer um breve resumo dos argumentos defensivos esclarece que foi efetuado o lançamento do crédito do ICMS, referente a antecipação tributária dos DANFES nºs 5591, 5691, 5617, 5667, 5668, e 5694, antes da entrada no estado da Bahia, tendo em vista que o contribuinte, encontra-se no período de 04/06/15 a 04.01.16, descredenciado, haja vista, que o próprio contribuinte declara neste PAF, à página 46, item 06, que o seu pedido de reinclusão foi deferido em junho de 2015, e as mercadorias foram faturadas nos meses de junho e julho de 2015 e deram entradas no estabelecimento em 19/08/15.

Diz que a improcedência alegada no presente PAF é descabida, porque o contribuinte encontrava-se descredenciado quando fora constituído o presente crédito tributário, bem como possível nulidade, tendo em vista o disposto no art. 19 do RPAF, que diz: *“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”*

Reafirma a ação fiscal do Auto de Infração, que teve como foco a falta do pagamento da Antecipação Tributária, em relação a camarão inteiro, descascado e sem cabeça, adquiridos em outra unidade da federação, com o intuito de comercialização, tendo em vista o disposto no § 2º, do art. 332 do RICMS.

## 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

unidade 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 tratam 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 tratam de fatos pretéritos, enquanto que 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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217374.0060/15-8**, lavrado contra **SALUS COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. – EPP**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR