

**PROCESSO** - A. I. Nº 232195.0134/17-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ALEXANDRE LOBO PINTO-ME  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ªJJF nº 0061-03/18  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 22/05/2019

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0087-12/19**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Ausência do instrumento legal para dar início à ação fiscal. Não cumprimento do devido processo legal. Nulidade do Auto de Infração, com base no art.18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão da 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0061-03/18), que julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 11/07/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$98.413,35, sob a acusação do cometimento de 54.05.08: “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal*”. Data da Ocorrência: 30/06/2017. Enquadramento Legal: alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A; inciso III, do art.23; art.32 e art.40, da Lei nº7.014/96. Multa prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A Junta (3ª JJF) apreciou a lide no dia 19/04/2019 e decidiu unanimemente pela Nulidade (fls. 40 a 44), nos termos abaixo transcritos:

“*O presente processo aponta a falta de recolhimento do ICMS, antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, relacionada na Nota Fiscal Eletrônica, cuja cópia do Documento Auxiliar (DANFE) está acostada à fl. 13. As mercadorias foram adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no § 2º do art. 322 do Regulamento do ICMS, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mesmas no estabelecimento.*

*O autuado argui a nulidade do presente Auto de Infração alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista não lhe ter sido disponibilizado todos os papéis de trabalho necessários à elaboração de sua impugnação, bem como, o fato de o procedimento adotado na ação fiscal ser incompatível com a fiscalização no trânsito de mercadorias, ter sido lavrado por agente incompetente e, ainda, não ter sido precedido dos Termos de Intimação necessários para fundamentar o referido procedimento.*

*Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e da garantia de ampla defesa.*

*Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.*

*No caso concreto, verifico que o Auto de Infração foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas*

pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

Verifico que nenhum dos Termos retro mencionados foi lavrado para legitimar a ação fiscal. Além de maculado por tal vício, o DANFE nº 416.103 (fl. 13), objeto da autuação, tem data de emissão de 28/06/2017, no Auto de Infração consta como data de ocorrência da infração o dia 30/06/2017, o mesmo foi lavrado em 11/07/2017, e o contribuinte somente tomou conhecimento da autuação em 24/10/17, por intermédio do AR (fl. 16). Tais divergências demonstram uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se comprova nessa situação.

Para situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Por outro lado, a empresa autuada, apesar ser constituída na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl.07. Dessa forma, o autuante na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura do Auto de Infração, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, in verbis:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - 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.”

Portanto, 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 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, os referidos Agentes não detém a mesma competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, como o presente Auto de Infração não representa uma autuação de trânsito, não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Diante de tais constatações, considero que o lançamento é nulo, posto que foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com observância de todas as formalidades legais.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Registro que, em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos JJF Nº 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17 e Acórdão CJF 0037-12/17.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas neste CONSEF, considero NULO o lançamento e, nos termos do art. 21 do RPPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art.169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 3<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº0061-03/18.

## VOTO

O presente processo trata de Recurso de Ofício onde aponta a falta de recolhimento do ICMS,

antes da entrada no território deste Estado, relativo à antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, relacionada na Nota Fiscal Eletrônica, cuja cópia do Documento Auxiliar (DANFE) está acostada à fl.13. As mercadorias foram adquiridas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos no §2º do art.322 do Regulamento do ICMS, que possibilita o pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mesmas no estabelecimento.

A empresa autuada, apesar de ser constituída na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional, desde 31/12/2016 e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl.07.

O autuante na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura do Auto de Infração, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art.42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

*"Art.42.A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*I - 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."*

Em vista do exposto, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio, foi atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração.

Considerando-se a incompetência do agente de tributos, somada à ausência de subscrição por parte de um Auditor Fiscal, avulta todo o procedimento que deve ser declarado NULO, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPFA/BA.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, confirmando a NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232195.0134/17-4, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO-ME**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2019

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS