

A. I. N° - 211323.0008/17-7  
AUTUADO - PEROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.  
AUTUANTE - SALVADOR CATARINO DE CARVALHO JÚNIOR  
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL  
PUBLICAÇÃO - DATA DA INTERNET: 1º/04/2019

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0001-01/19**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA 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. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/03/2017, exige do autuado ICMS no valor histórico de R\$29.284,34, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.01.03: “*Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado*”.

Enquadramento Legal: art. 8º, §4º, I, “a”, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, III, “a”, §§2º e 3º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 14/03/17, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 26/04/17, peça processual que se encontra anexada às fls. 18 e 19. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu procurador, o qual possui os devidos poderes, conforme Instrumento Particular de Procuração, constante nos Autos à fl. 21.

Em sua peça defensiva, a Impugnante alega que o fiscal desprezou o fato da empresa autuada ser beneficiaria/credenciada de prazo especial para pagamento das mercadorias que ingressam no território baiano, citando o processo nº 17936520144, cuja cópia anexa à fl. 29, informando que o mesmo autoriza a empresa a recolher o ICMS devido até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, sujeitas à antecipação tributária.

Argumenta, ainda, que mesmo assim, a empresa recolheu as antecipações ora exigidas, conforme comprovantes que informa constarem de sua peça defensiva (DOC.3).

Ao final, afirma que o Auto de infração é incontestavelmente improcedente, merecendo o cancelamento.

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 75, asseverando que foi feito o levantamento de todos os pagamentos apresentados pelo autuado em sua defesa, sendo constatado que o contribuinte recolheu os pagamentos verificados no sistema de arrecadação da SEFAZ, no período de 28/01/2017 a 23/02/2017.

Aduz que os pagamentos apresentados suprem parcialmente os itens da autuação, conforme tabela que anexa à fl. 76.

Ao final, sugere que o imposto reclamado neste Auto de Infração seja reduzido para R\$14.423,97,

após exclusões dos valores indicados no demonstrativo acima mencionado.

Em virtude da juntada aos autos, por parte do autuante, do demonstrativo (fl. 76), por ocasião de sua informação fiscal, a 6ª JJF converteu o processo em diligência à IFMT SUL, para que fosse dada ciência ao autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, do documento referido, conforme determina o parágrafo 7º, do artigo 127, do RPAF/99, e observando o disposto no §1º do art. 18, do mesmo diploma legal.

A impugnante em nova manifestação, às fls. 82/84, aduz que embora já acolhida parcialmente a defesa, mantém o entendimento de que a exigência deva ser totalmente extinta.

Afirma que apresentou a totalidade dos pagamentos exigidos no presente Auto de Infração.

Reclama que o demonstrativo apresentado pelo autuante em sua revisão não detalha a forma de como se chegou ao cálculo do mesmo, e que, dessa forma, o impugnante não conseguiu entender a metodologia aplicada.

Informa que elaborou um demonstrativo nota a nota, data de emissão, comprovante de pagamento e novo demonstrativo individualizado para afastar qualquer necessidade de exigência nesta autuação.

Ao final, ratifica seu entendimento de que o Auto de Infração é improcedente.

## VOTO

O Auto de Infração em exame, exige ICMS do autuado sob a acusação do mesmo não ter recolhido o imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS (antecipação tributária), adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

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 o 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, efetivamente, para legitimar a ação fiscal, o autuante acostou à fls. 06, o Termo de Ocorrência Fiscal. Entretanto, constato que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento.

Com efeito, o Termo acima referido, datado de 09/03/2017, documenta a ocorrência de operações relativas a Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em diversos dias dos meses de janeiro e fevereiro de 2017 (fls. 07/09), sendo que o Auto de Infração e a ocorrência da infração são datados como 08/03/2017. 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, é constituída na condição de “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme conta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte). 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 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, o presente Auto de Infração não poderia ser lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

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.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Registro, ainda, 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 N°s 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17, e Acórdão CJF nº 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 pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, 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 211323.0008/17-7, lavrado contra PEROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGISTICA LTDA. Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR