

**A. I. Nº** - 232195.0002/19-7  
**AUTUADO** - METALDRILLING OILFIELD SUPPLY EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE MÁQUINAS LTDA.  
**AUTUANTE** - WELLINGTON SANTOS LIMA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 20/12/2019

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

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0188-01/19**

**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. 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. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/02/2019, exige ICMS no valor histórico de R\$29.621,75, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 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 preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta peça defensiva, às fls. 30 a 34, inicialmente abordando sua tempestividade, além de fazer um resumo sobre a acusação fiscal.

Em seguida, contesta o cometimento da infração, entendendo que o fisco exorbitou o seu poder de tributar, aplicando ao contribuinte a cobrança do imposto por antecipação parcial que não condiz com a realidade dos fatos. Alega que não faz sentido o pagamento da antecipação parcial uma vez que não se fará o crédito do imposto previsto no art. 309, inciso II, do RICMS/BA, devido a sua extemporaneidade. Acrescenta que, além do mais, o imposto ora cobrado já foi totalmente pago no momento da venda da mercadoria a alíquota de 18%.

Quanto à multa aplicada diz reconhecer e manifesta o desejo de fazer o recolhimento, pleiteando a redução prevista no §1º, do art. 45 da Lei nº 7.014/96. Enfatiza que tem ciência de várias decisões do Conselho de Fazenda Estadual que decide nesse sentido.

Informa que ansiou pelo recolhimento da mesma, ainda dentro do prazo para impugnação, com fulcro no art. 123 do Decreto nº 7.629/99, mas que devido ao impedimento da emissão do DAE (Documento de Arrecadação Estadual), por parte da secretaria da Fazenda, solicita que no voto os julgadores concedam a redução da multa no percentual de 70%.

Ao final, requer a “nulidade parcial” do Auto de Infração, para que seja exigido apenas o recolhimento da multa com redução de 70%.

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 73 a 75, inicialmente expondo que o contribuinte, inscrito no cadastro da SEFAZ, tem como atividade econômica “comércio atacadista de máquinas, equipamentos para terraplanagem, mineração e construção”. Acrescenta que, nesta condição, adquiriu máquinas e peças originárias dos Estados de Sergipe e Rio de Janeiro, e que as alíquotas previstas pela legislação para estas operações, entre contribuintes, são de 12% e 7%, respectivamente. Aduz que o adquirente, neste Estado, deve creditar-se dos valores nestes percentuais, ou dos valores destacados nos DANFES, caso estes sejam menores.

Explica que para o cálculo da “Antecipação Tributária Parcial”, aplica-se a alíquota interna prevista para a operação, e subtrai-se o valor destacado nos respectivos DANFES, relativos à operação, a título de crédito fiscal, e que esta determinação está contida no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

Quanto ao pedido de redução do valor da multa, reconhece que este direito está elencado nos artigos 45 e 45-B, da Lei nº 7.014/96, que também traz a colação.

Ao final, pede a manutenção do presente processo fiscal em sua inteireza.

## VOTO

O Auto de Infração em exame exige ICMS sob acusação de falta de recolhimento do imposto, referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

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 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. Entretanto, verifico que não consta dos autos nenhum dos Termos mencionados para legitimar a ação fiscal.

Ademais, o Auto de Infração datado de 21/02/2019, documenta a ocorrência de operações relativas aos DANFES nºs 48226/1586978/1586984/1587415/1587433/16445 /801/1594615/1594647/1595712/1599839 e 1600157, emitidos em diversos dias dos meses de janeiro e fevereiro de 2019 (fls. 14/26), sendo que a data de ocorrência da infração foi datada como 21/02/2019. 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 de está constituída na condição de “Empresa Pequeno Porte”, recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme conta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte) – 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 nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competência para lavrarem Autos de Infração ou Notificações Fiscais, 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 lavrada 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 nºs JJF Nº 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 **232195.0002/19-7**, lavrado contra **METALDRILLING OILFIELD SUPPLY EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE MÁQUINAS 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, 14 de novembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR