

**PROCESSO** - A. I. Nº 232178.0003/14-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - FERNANDO SILVA SANTOS - ME  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 15/02/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0364-11/20-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. AUTORIDADE AUTUANTE DESTITUÍDA DE COMPETÊNCIA LEGAL. CONTRIBUINTE SUJEITO AO REGIME NORMAL. A autoridade responsável pela lavratura não possuía atribuição legal para tanto. Ausência de competência. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATORIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fundamento nas normas do art. 136, § 2º do COTEB c/c o art. 113, § 5º, inciso I do RPAF/99, em face do lançamento tributário, materializado mediante a lavratura do Auto de Infração, lavrado em 17/06/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$9.503,52, em razão de *“falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada”*.

Após a lavratura do Auto de Infração, tendo, o Sujeito Passivo, deixado transcorrer o prazo para impugnação do lançamento, *in albis*, foi lavrado o Termo de Revelia pertinente, conforme documento à folha 28 dos autos. Encaminhado o PAF para inscrição do débito em Dívida Ativa, no dia 05/11/2015 (vide folha 29).

Devolvido o PAF, ao CONSEF, para análise da divergência entre o valor informado no demonstrativo de débito e o constante do SIGAT, em 16/11/2015.

Às folhas 32/33 (verso), consta parecer emitido pela Coordenação Administrativa, da lavra do Auditor Fiscal Eduardo Avena, considerando o que segue.

Destaca, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fazendária que ocupa o cargo de Agente de Tributos Estaduais. Destaca ainda que o Contribuinte operava, à época dos fatos geradores, sob o regime de tributação de conta-corrente-fiscal, sendo, portanto, não optante pelo Simples Nacional.

Argumenta que, inobstante o formulário utilizado pelo autuante, para a formalização do lançamento, tenha sido o próprio às infrações de mercadorias em trânsito, o que depreende da análise dos autos é que o procedimento adotado é peculiar às infrações apuradas na fiscalização de estabelecimento, ressaltando, ainda, que não foram cumpridas todas as exigências estabelecidas nos artigos 28/30 do RPAF/99, relativas aos termos e demais atos que instruem a ação fiscal.

Explica a ação fiscal decorreu de Mandado de Fiscalização, expedido pela Central de Operações Especiais (COE), em face de cruzamentos de dados atinentes a operações cujos fatos geradores são pretéritos à presente ação fiscal, inexistindo, por consequência, a instantaneidade da atuação estatal. Destaca que não houve a lavratura de Termo de Apreensão como prova material do ilícito apurado.

Após citar toda a legislação aplicável, conclui que o Agente de tributos não possui autorização legal para a lavratura de Auto de Infração em face de contribuintes sujeitos ao regime normal de

apuração, como é o caso da empresa autuada.

Transcreve o texto do art. 107, § 3º do COTEB, para, ao final, opinar pela nulidade do presente Auto de Infração, por incompetência do agente.

Às folhas 35/40, vieram aos autos parecer da PROFIS-NCA-EKS nº 127/2020, do douto Procurador do Estado, Dr. Evandro Kappes, com as considerações que seguem.

Explica que o presente lançamento documenta a ocorrência de operação relativa a nota fiscal eletrônica, emitida em 05/05/2014, sendo que o Auto de Infração somente foi lavrado em 17/06/2014, evidenciando que não houve a interceptação do veículo durante o trânsito das mercadorias, elemento incompatível com a necessária instantaneidade típica das operações de fiscalização em trânsito.

Argumenta que, considerando que a operação fiscal se reportou a fatos geradores pretéritos, caberia a adoção de ações fiscais próprias à fiscalização de estabelecimentos, devidamente acompanhadas de todas as formalidades legais pertinentes.

Destaca, ainda, que a empresa autuada se encontra inscrita sob o regime normal de apuração do imposto, o que afastaria a competência do agente de tributos para a lavratura do Auto de Infração, o que redundaria na nulidade do presente lançamento.

Diante da ilegalidade apontadas, opina pela representação ao egrégio CONSEF, com vistas ao cancelamento do Auto de Infração.

À folha 41, a Procuradora Assistente, Dra. Paula Matos, acolheu o parecer referido e propôs a presente representação com vistas ao cancelamento do lançamento em análise.

#### **VOTO**

A questão a ser dirimida por este colegiado se circunscreve ao escopo da presente Representação, apresentada pela PGE/PROFIS às folhas 873/877, no exercício de prerrogativa estabelecida pelo art. 113, § 5º do RPAF/BA. Pede que seja cancelado o Auto de Infração, em face da ausência de autorização legal ao autuante.

Trata-se de exigência de ICMS-ST, antecipação tributária total, sobre entradas de mercadorias acobertadas pelo DANFE nº 000.234, emitido em 05/05/2014, advindas de operações interestaduais, em relação às quais a empresa FERNANDO SILVA SANTOS ME não promoveu o recolhimento do imposto devido, vez que se encontrava descredenciado.

O exame das provas acostadas ao presente processo evidencia que a presente autuação, embora exarada com base em formulário destinado ao Trânsito de Mercadorias, resultou, na verdade, de uma fiscalização em profundidade, em contribuinte sujeito ao regime normal de tributação, conforme se depreende da consulta ao Cadastro do Sujeito Passivo (vide folha 09).

De fato, embora a data da lavratura do Auto de Infração seja dia 17/06/2014, a operação fiscal tomou por base operação cujo fato gerador ocorrera em 05/05/2014, (DANFE nº 000.234), conforme folha 14.

Não houve, portanto, a abordagem no trânsito de mercadorias, inexistindo qualquer Termo de Apreensão acostado ao processo, o que está a revelar que a identificação do ilícito tributário não se deu no momento intermediário entre a saída da mercadoria, do estabelecimento vendedor, e o seu ingresso no estabelecimento de destino.

Além de se ressentir da instantaneidade, observa-se, também, que tal esforço fiscalizador foi empreendido por servidor ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais, conforme se lê na peça inaugural do presente lançamento.

Ora, de acordo com o que estabelece o art. 107, § 3º do Código Tributário do Estado da Bahia, a competência fiscalizadora dos Agentes de Tributos Estaduais limita-se às operações com mercadorias em trânsito e às direcionadas aos contribuintes optantes pelo regime do Simples

Nacional, conforme abaixo.

*“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.*

...

*§ 3º 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.”*

Para a fiscalização de empresas sujeitas ao regime normal, faz-se necessário que o preposto fazendário ocupe o cargo de auditor fiscal, a quem a lei deferiu tal prerrogativa, com exclusividade, conforme art. 107, § 2º, abaixo reproduzido.

*“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.*

...

*§ 2º 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.*

...”

Assim, considerando que a presente fiscalização, decorrente de mandado expedido pela COE, foi efetivada por servidor ocupante do cargo de agente de tributos estaduais, sem autorização legal para tanto, é forçoso reconhecer que o ato administrativo em exame padece de vício de nulidade absoluta, por ausência de competência do agente.

Diante do exposto, ACOLHO a presente representação e julgo NULO o presente Auto de Infração. Represento à autoridade competente para que avalie a possibilidade de renovação do lançamento, a salvo da falha apontada.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232178.0003/14-7**, lavrado contra **FERNANDO SILVA SANTOS - ME**. Representa-se à autoridade competente para que avalie a possibilidade de renovação do lançamento, a salvo da falha apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS