

**-A. I. Nº** - 225414.0156/19-7  
**AUTUADO** - INFOTEL COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTONINA XAVIER GOMES DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 31/07/2020

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0068-03/20-VD**

**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, em Fiscalização de estabelecimentos. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/05/2019, exige ICMS no valor de R\$166.770,27, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração - 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 previstos na legislação fiscal.

O Autuado em sua peça defensiva, à fl. 52, inicialmente, afirma que a Autuante não fundamentou sua decisão, uma vez que suprimir os anexos citados na descrição do Auto de Infração que são indispensáveis para se determinar com segurança a infração. Afirma que a ausência desses anexos lhe impede ter plena ciência dos fatos.

Conclui pugnando que o Auto de Infração seja anulado, uma vez que não foi observado o que prevê o RPAF-BA/99.

Na informação fiscal, fl. 60, a Autuante informa que o Autuado se encontra com a Situação Cadastral no CAD-ICMS-BA, DESCRENCIADO e deixou de efetuar o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada no território desses Estado, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Conclui reafirmando a procedência da autuação da Ação Fiscal na exigência do crédito tributário no valor de R\$163.770,27 e demais acréscimos legais.

#### **VOTO**

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 nas Notas Fiscais Eletrônicas, cujas cópias dos Documentos Auxiliares (DANFE), estão acostadas às fls. 15/19. 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 os demonstrativos e os papéis de trabalho utilizados na apuração da exigência fiscal, necessários à elaboração de sua impugnação.

De início, registro 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-BA/99, 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, os DANFES acostados às fls. 18 a 40, objeto da autuação, têm datas de emissão de 24, 29 e 31/08/2019, no Auto de Infração consta como data de ocorrência da infração e da lavratura, o dia 21/05/2019, e o contribuinte somente tomou conhecimento da autuação, por intermédio da intimação de 04/12/2019.

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 a 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, o Autuado não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, conforme documento à fl. 07. Dessa forma, a 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.

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 detêm 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 lavrada 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 estabelecimentos, 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 0138-02/18, 0071-03/18 e 0213-02/19 e Acórdão CJF 0037-12/17 e 0233-11/19.

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 RPAF/BA, 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 quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **225414.0156/19-7**, lavrado contra **INFOTEL COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA**.

Esta Junta de julgamento Fiscal, 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 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA