

A.I. N° - 216963.0805/14-2  
AUTUADO - IVANETE GOMES DA SILVA - ME  
AUTUANTE - MARCIO LUIZ VIANA SANTOS  
ORIGEM - IFMT DAT - SUL  
INTERNET - 17.03.2015

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0026-01/15**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO.** Trata-se de autoridade fiscal incompetente para constituir o presente crédito tributário, na medida em que o lançamento foi efetuado por agente de tributos na fiscalização de estabelecimento (contribuinte não inscrito no Simples Nacional) e não na fiscalização do trânsito de mercadorias. O procedimento foi efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, devem ser observadas as regras de direito formal, que determinam a quem compete a constituição do crédito, bem como os procedimentos a ele inerentes. Pelo art. 18, I do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. É nulo, lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 06/08/2014, sob a seguinte acusação: falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia. Valor R\$14.645,72 e multa de 60%.

Consta no campo descrição dos fatos que houve falta de recolhimento de ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia das mercadorias relacionadas nos documentos fiscais listados, em razão de antecipação parcial ou total do ICMS das operações subsequentes, operações de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de 30.03.2012. Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo Fiscal. Informa que em vista a ausência de elementos que identifiquem a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, segundo o princípio "*in dubio pro reo*", foi considerada como data da ocorrência do fato gerador, a data da constatação dos eventos.

O autuado apresenta impugnação, fls. 15/16, aduzindo que recebeu notificação sobre a falta de recolhimento de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas compras não fez.

Diz que a autuação, pelo que se comprova do Termo de Ocorrência, cita as notas fiscais 001.129, 719.824, 719.812 e 714.454, sendo que as respectivas mercadorias não foram adquiridas e nem

constam nos seus estoques, sendo vítima de estelionato, conforme Boletim de Ocorrência Policial, de 27.08.14.

Conclui pelos documentos apresentados que não realizou as compras, que a empresa fornecedora não possui documentos que comprovem as vendas e nem houve entrega da mercadoria.

Diz que não houve fato gerador do ICMS e não se pode de forma arbitrária notificar um ato distinto daquele prescrito em lei. Diz que foi injustamente tributada e pede a anulação dessa autuação.

O preposto do Fisco presta a Informação Fiscal, fls. 31/39. Diz que o motivo da lavratura do Auto de Infração foi aquisição de mercadorias para comercialização, estando com o autuado com sua inscrição descredenciada e sem o recolhimento por antecipação do ICMS.

Diz que o art. 322 do RICMS/BA (Decreto 13.780/12) define os prazos para recolhimento do ICMS por antecipação tributária, dentre as várias situações, antes da entrada da mercadoria no território baiano. Observa dentre as condições para que o contribuinte esteja credenciado será não possuir débito inscrito na dívida ativa, o que não ocorre, nesse caso. Conclui que o autuado tem débito na dívida ativa.

Diz ainda, em que pese o seu inconformismo, o autuado não traz não apresenta documento que afaste a presunção de legitimidade da acusação fiscal, a teor do art. 143 do RPAF/BA. Descreve, nesse sentido, o acórdão JJF 0255-04/13. Pede o julgamento procedente do Auto de Infração.

É o relatório

#### VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do transito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação da "*falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia*, no valor de R\$14.645,72, além da multa de 60%.

A autuação está instruída apenas com o demonstrativo do débito (fl. 05) e um Anexo ao Termo de Fiscalização (sem sequer a assinatura do Preposto Fiscal), consignando que tais eventos foram constatados no trânsito de mercadorias (fl. 06).

De plano, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não esteja em acordo com formalidades legais inerentes à ação de fiscalização, expressamente previstas em lei e demais atos normativos e não assegure a prevalência da cláusula do "*due process of law*".

O modelo do Auto de Infração adotado, neste caso, é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) e que o autuante é um Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no RPAF BA (Decreto 7.629/99).

A fiscalização de trânsito, contudo, ocorre, quando as mercadorias estão, por óbvio, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias, em situação irregular, oportunidade em que a competência para a autuação é do preposto fiscal acima referenciado.

Dessa forma, o que caracteriza a situação de "*mercadorias em trânsito*" não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração, próprio para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto.

Apesar de o Auto de infração ser lavrado, em 06.08.2014; constar a data de um Termo de Apreensão e Ocorrência, também em 06.08.14, o autuado somente tomou ciência dessa fiscalização em 07.08.14

(fl. 06). O próprio preposto do Fisco admite: "*tendo em vista a ausência de elementos que identifiquem a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, segundo o princípio "in dubio pro reo", foi considerada como data da ocorrência do fato gerador, a data da constatação dos eventos*".

Na realidade, no caso concreto, não ocorreu qualquer evento no trânsito de mercadorias. As mercadorias, objeto da autuação, e cujas notas fiscais estão descritas no Anexo ao Termo de Fiscalização (fl. 06), já haviam ingressado no estoque do autuado, em data anterior, a exemplo do NFE 1.129, dia 11.07.14; NFE 719824, dia 28.07.2014; NFE 719812, dia 28.07.2014; NFE 714454, dia 17.07.2014.

Verifica-se, portanto, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados ao lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado e a autoridade fiscal deve agir nos estritos termos da legislação.

A tarefa de fiscalização de verificar o cumprimento de obrigação tributária deverá sempre pautar-se em um termo que se preste a fundamentar ou instruir a ação fiscal. Na fiscalização de transito de mercadorias, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), Termo de Liberação ou de Depósito objetivam documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto 7.629/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão (Termo de ocorrência Fiscal), mediante emissão do instrumento próprio, materializando a infração, conforme retro mencionado.

Verifico que, apesar de se fazer referência, nos autos, a um "Termo de Ocorrência Fiscal", não houve, de fato, validamente, termo nenhum, não houve apreensão de coisa alguma; tal termo não documenta nada, não materializa nada e não serve de prova alguma. O que se chamou de "Anexo ao Termo de Fiscalização" (fl. 06), não contém a assinatura do preposto fiscal e o contribuinte somente tomou conhecimento de sua existência, após a lavratura do Auto de Infração. Documento desse porte não serve de qualquer suporte para os fatos que foram transcritos no Auto de infração e não existe no mundo jurídico.

Portanto, no caso presente, houve vício jurídico de monta, que tornou nula a exigência. A lavratura do Termo de Apreensão (ou de ocorrência) tem por objetivo "documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato". Se não existe um Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado de forma válida, *não há prova material da infração*.

Outra situação compromete o presente lançamento de ofício. O preposto fiscal não deixa claro qual é a acusação e o que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária (chamado de antecipação total) ou antecipação parcial, posto que nem mesmo o demonstrativo de débito (parte do próprio auto de infração), fl. 03, colabora na elucidação da questão.

Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, da confusão e da incerteza gerada na lavratura do presente Auto de Infração, com amparo no art. 18, do RPAF, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **216963.0805/14-2**, lavrado contra **IVANETE GOMES DA SILVA - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR