

A.I. N° - 216963.0906/14-3  
AUTUADO - S E LOPES - ME.  
AUTUANTE - MARCIO LUIZ VIANA SANTOS  
ORIGEM - IFMT SUL  
INTERNET - 08.05.2015

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

#### ACÓRDÃO JJF N° 0052-01/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal. Nulo o lançamento de ofício 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 em lide, lavrado em 08/09/2014, sob a seguinte acusação: Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado. Valor R\$29.161,08 e multa de 60%.

Consta ainda no campo descrição dos fatos: *"falta de recolhimento de ICMS relativo às entradas, no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais abaixo listados, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes. Operação de Circulação de Mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Confirmação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização - Anexo - Constatação de Eventos. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, segundo o Princípio do Direito Tributário "in dubio pro reo", foi considerada como a data da ocorrência do fato gerador a data da constatação dos eventos DANFES nº 3597, 36063, 36096, 36114, 36115, 36185, 36186, 36345, 36385, 36386, 365, 36521, 36522 e Mandado nº 86446230000109-201496, de 07.09.2014".*

O autuado apresenta impugnação, fls. 13/14, arguindo que efetuou compra, em 30 de junho de 2014, junto ao estabelecimento Produtos Imperial Ltda., da cidade de Anápolis - GO, através de nota fiscal eletrônica nº 000.034.717, no valor de R\$4.276,80, DAE recolhido no dia 02.07.2014, no valor de R\$927,47, conforme documento anexado aos autos.

Explica que, a partir de 06 de agosto de 2014, decidiu paralisar suas atividades, não efetuando outra compra junto a Produtos Imperial Ltda. e que as notas fiscais emitidas, nas datas de 08.08.2014 a 02.09.2014, através dos números 3597, 36063, 36096, 36114, 36115, 36185, 36186, 36345, 36385, 36386, 365, 36521, 36522 não foram destinadas nem a autuada e *"muito menos a nossa cidade, ficando a emitente obrigada a esclarecer o destino das mercadorias"*.

Explica que possui um único caminhão (placa policial KDE 7229), que nesse período se encontrava retido pela Policia Rodoviária Federal, por falta de documentação. Pede recebimento da sua defesa.

Agente de Tributo Estadual, às fls. 23 e 31, apresenta Informação Fiscal aduzindo que o motivo da lavratura do Auto de Infração foi que o contribuinte estava adquirindo mercadorias para

comercialização num período em que sua inscrição estava DESCREDENCIADA sem o recolhimento por antecipação do ICMS devido.

Transcreve o art. 322 do RICMS BA (Decreto 13.780/12), que define os prazos para recolhimento de ICMS e os requisitos para que o contribuinte esteja credenciado para pagar o imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Anexa comprovante de que o autuado encontra-se descredenciado (fl. 32). Diz que o autuado não apresentou prova de não ter realizado as operações consignadas nos DANFEs que sustentam a autuação. Transcreve, nesse sentido, o acórdão JJF 0255-04/13. Pede a procedente da autuação.

É o relatório

## VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do transito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação de "falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado, no valor de R\$18.260,81, além da multa de 60%.

O agente fiscal não elaborou qualquer planilha para demonstrar como apurou a base de cálculo do imposto exigido. Anexando aos autos, no entanto, um Termo de Ocorrência Fiscal (09), Anexo ao Termo de Fiscalização - Constatação de eventos no trânsito de mercadorias (fl.06)", Resumo para Constituição de Crédito Tributário", relacionando as notas fiscais eletrônicas e respectivas chaves de acesso exigidas no lançamento fiscal (fl.08).

Contudo, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do "*due process of law*". Cabível, assim, o exame das formalidades legais inerentes à ação de fiscalização que estão expressamente previstas em lei e demais atos normativos.

De plano, observa-se que 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 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 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 dos Agentes de Tributos Estaduais.

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, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 08.09.2014, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias. Sequer existem provas que as mercadorias constantes das notas fiscais discriminadas no demonstrativo fiscal ingressaram no estoque do autuado que, inclusive, contesta, tê-las recebido. O Termo de Ocorrência Fiscal acostada aos autos foi recebida por preposto do autuado apenas em 09.10.14 (fl.09).

Verifico, assim, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do 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, deve a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação, não lhe permitindo discricionariedades, devendo pautar sua atuação estritamente nos termos estipulados pela lei (art. 142, CTN)

A tarefa de fiscalização para verificação do 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, conforme retro mencionado.

Verifico que, apesar de constar nos autos um “Termo de Ocorrência Fiscal”, não houve apreensão de coisa alguma, o documento acostado (09) não documenta nada, não materializa nada e não serve de prova alguma. Não contém a assinatura do detentor dos bens, nem do depositário; o contribuinte somente tomou conhecimento de sua existência, a posterior (ver assinatura ininteligível, datada de 09.09.2014, após a lavratura do Auto de Infração, em 08.08.14). Tal termo de ocorrência não serve de 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, capaz de tornar 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, como consta no presente PAF, *não há prova material da infração*.

Aliás, a própria descrição dos fatos provam que não existiu a operação no trânsito de mercadorias: *“Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no Estado das citadas mercadorias e, segundo o Princípio do Direito Tributário “in dubio pro reo”, foi considerada como a data da ocorrência do fato gerador a data da constatação dos eventos”*.

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 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 216963.0906/14-3, lavrado contra S E LOPES ME.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR