

A. I. N° - 210671.0106/15-3  
AUTUADO - ELISANGELA CARDOSO DA SILVA - EPP  
AUTUANTE - LAÉRCIO ARNALDO TELES DE MELO  
ORIGEM - IFMT SUL  
INTERNET - 27.10.2015

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0198.04/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “Termo de Ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados por servidor sem competência legal para este fim, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no COTEB e no RPAF/BA, visto que por não se tratar de fato ocorrido no âmbito do trânsito de mercadorias, alcançou contribuinte inscrito sob o regime normal de apuração do imposto. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 07/01/15, através de Auto de Infração Modelo 4, originário da fiscalização do trânsito de mercadorias, com o objetivo de reclamar crédito tributário no montante de R\$23.015,66, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, em face da 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*”. A infração foi enquadrada no Art. 8º, § 4º da Lei nº 7.014/96, c/c o Art. 332, inciso III, alínea “a”, §§ 2º e 3º do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Consta na Descrição dos Fatos a seguinte ocorrência: “*Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de 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 Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário “in dubio pro reo”, foi considerado como data da ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Operações relativas às Notas Fiscais nº 5458643, 129355, 5481439, 5523008, 3949, 146191, 1264, 185356, 185357, 8591, 159042, 29141, 29824, 473110, 34887, 22742, 439605, 48023, 128029, 25031 e 235475*”.

Foi juntado aos autos um Termo de Ocorrência Fiscal, com data de 07/01/2015, um Mandado de Fiscalização expedido pela SAT - Diretoria de Planejamento de Fiscalização e um demonstrativo

analítico dos documentos fiscais que motivaram a autuação, pertinentes aos meses de novembro e dezembro/14, fls. 05 a 08.

O autuado ingressou com “Defesa Administrativa”, fls. 34 e 35, aduzindo que razão não assiste ao autuante, uma vez que o requerente encontra-se devidamente credenciado e habilitado a gozar do benefício fiscal do regime especial, por força de decisão judicial transitada em julgado, cujas cópias se anexa, e que *“no momento faz juntada do agravo que julgou o descredenciamento, devendo a Inspeção dirigir-se à Procuradoria Fiscal para confirmar o amparo judicial do requerente”*.

Em vista disto *“requer seja julgado totalmente IMPROCEDENTE a notificação fiscal acima epografado, eis que o crédito tributário exigido não encontra respaldo legal”*, protestando, ainda por todos os meios de provas em direito permitidas.

O autuante presta informação fiscal, fls. 44 a 46, destacando inicialmente que o autuado alega em sua defesa estar amparado por decisão judicial que afastaria a presente ação fiscal, porém não menciona em seu petitório o número do processo, o juízo que deferiu o pleito, e muito menos junta cópia ou qualquer menção à decisão que o beneficiaria.

Menciona princípio assente no direito pátrio, consagrado no art. 333 do CPC, que incumbe ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, restando ao defendant o ônus probatório daquilo que alega em sua defesa, e que tal regra foi acolhida pelo RPAF/BA, em seu art. 141 que dispõe:

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

Aduz em seguida que não basta ao contribuinte alegar a existência de uma medida judicial que obste o lançamento, devendo fazer juntar cópia da decisão, ou no mínimo os elementos que possibilitem sua busca junto ao judiciário, do inteiro teor da suposta sentença proferida, para que se verifique a sua extensão e aplicabilidade ao presente caso. Menciona, ainda, que a defesa não se fez acompanhar de nenhum tipo de decisão, muito menos informa qual o juízo a proferiu ou ainda o número do suposto processo, impossibilitando qualquer manifestação da sua parte acerca da matéria.

Destaca que admitir a argumentação defensiva, sem provas da sua alegação, é transferir ao autuante um ônus que cabe legalmente ao contribuinte, situação esdrúxula, cujo regramento esta disciplinado nos arts. 142 e 143 do RPAF/BA, *verbis*:

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Com isso considera que ao alegar fato que obstrui o lançamento, sem contudo, prová-lo, incorre o contribuinte nas regras contidas nos dispositivos legais supra mencionados, pelo que, suas alegações se tornam vazias e desprovidas de elementos aptos a afastar o lançamento.

Mantém a autuação e pugna pela Procedência do Auto de Infração.

#### VOTO

O presente lançamento apresenta vícios substanciais cujas análises necessitam ser levadas em conta antes de qualquer exame nos argumentos apresentados pelo autuado, o que ora faço, por dever de ofício.

Analizando as peças que integram os autos do presente processo, vejo que o Auto de Infração em foco é originário da fiscalização do trânsito de mercadorias, sendo que o fato nele descrito teria ocorrido no dia 07/01/2015, às 16,47h na IFMT Sul. Assim é que ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, isto é, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constatei que na consecução do

lançamento de ofício, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, não há como afirmar tratar-se de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, em que pese estar acompanhada de um Termo de Ocorrência Fiscal, datado de 07/01/2015, sem qualquer validade, pois não houve de fato, apreensão de mercadoria ou de documentos fiscais, apesar de estar assinado por preposto do autuado, fls. 03 e 04.

Visando caracterizar como sendo uma ocorrência verificada no trânsito de mercadoria, o autuante considerou como se o fato tivesse ocorrido no dia 07/01/2015 apesar de constar das planilhas de fls. 07 e 08 diversos documentos fiscais emitidos nos meses de novembro e dezembro/2014 o que detona não ser uma ocorrência típica do trânsito de mercadorias, cujos fatos são apurados no momento da constatação do ilícito e não em momentos pretéritos, como ocorreu neste caso. Ressalte-se a observação que o autuante fez constar no campo “Descrição dos Fatos”, onde cita que apurou *eventos de trânsito de mercadorias* além de consignar uma data fictícia para os fatos e o quantitativo de documentos fiscais envolvidos: “*Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Parcial. 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 Conformação da Operação). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário "in dubio pro reo", foi considerado como data da ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Operações relativas às Notas Fiscais nº 5458643, 129355, 5481439, 5523008, 3949, 146191, 1264, 185356, 185357, 8591, 159042, 29141, 29824, 473110, 34887, 22742, 439605, 48023, 128029, 25031 e 235475* ”.

À luz dos elementos acima não resta dúvida que se trata de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, visto que o documento de fl. 06, emitido pela Superintendência da Administração Tributária - Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE – Central de Operações Estaduais - Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria nº 217/2012, versa que “*As unidades fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pela COE, bem como prestar todas as informações solicitadas*”, onde designa prepostos fiscais para realizarem monitoramento através de Regime Sumário de Apuração do ICMS no âmbito da Infaz em Eunápolis, especificando, ainda, o estabelecimento autuado.

Com isso, diante dos fatos aqui delineados, e, também, em confronto com os dados constantes nos demonstrativos de fls. 7 e 8, verifico, sem qualquer dúvida, que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram no decorrer dos meses de novembro e de dezembro de 2014, conforme demonstrado com clareza nos autos, e não na data de 07/01/2015 consoante indicou o autuante. Isto significa que as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal” de fl. 3, não se verificou no trânsito de mercadorias, e sim em datas anteriores, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, através de fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários. De maneira que, a exemplo do que ocorreu, não é possível se presumir uma data de ocorrência de fatos ocorridos diante da existência de documentos que possibilitam este procedimento.

Outro vício de substancial importância presente nestes autos é que, por não se tratar de uma operação ocorrido no trânsito de mercadorias e, sim, relacionada a apuração de fatos pretéritos, deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no estabelecimento do autuado, cujo procedimento deve observar às normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Nessa linha, realizei consulta aos dados cadastrais do contribuinte autuado, através do Sistema INC, onde constatei que o mesmo, apesar de ser empresa de pequeno porte, foi desenquadrado do Simples Nacional desde 31/12/2010, e se encontra sob o regime normal de apuração desde o

exercício de 2011. Desta maneira, necessário se torna apontar, com base na legislação em vigor, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário, em fiscalização de estabelecimento (Art. 42 do RPAF/BA, com redação em vigor a partir de 01/07/09):

*“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”.*

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 e/ou indústria, é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração, quer seja o contribuinte microempresa ou mesmo empresa de pequeno porte.

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, eles não detêm competência para lavrarem Autos de Infração 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 lavrado por Agente de Tributos, por carência de competência.

Por tudo o quanto exposto, concluo que se encontra configuradas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência legal e em instrumento legal incompatível com os fatos apurados.

Em conclusão, resta prejudicada a análise dos argumentos de defesa, e, de ofício, **Voto** pela nulidade do presente Auto de Infração, com fundamento no art. 18, II, do RPAF/BA, ao tempo em que nos termos do artigo 21 do mesmo Regulamento representado a autoridade competente para que seja programada ação fiscal no estabelecimento do contribuinte autuado, a fim de se proceder a fiscalização pelos meios procedimentais normais, observado o prazo decadencial.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar, de ofício, **NULO** o Auto de Infração nº **210671.0106/15-3** lavrado contra **ELISÂNGELA CARDOSO DA SILVA - EPP**. Recomenda-se que, através de procedimento fiscal a ser regularmente instaurado, seja verificado através de fiscalização em estabelecimento, se remanesce imposto a ser exigido em relação aos documentos fiscais que deram causa à presente autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR