

**A. I. Nº** - 232340.0047/17-7  
**AUTUADO** - JOSÉ GLEISIVALDO BOIA DE SOUZA - ME  
**AUTUANTE** - JOSÉ LUÍS COUTO MULLEM  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 07. 11. 2017

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0177-01/17**

**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 e sem cumprimento do devido processo legal. 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 é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/04/2017, exige ICMS no valor histórico de R\$ 62.583,97, 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, referente ao Mandado de Fiscalização nº 26354702000167-2017, em 27/03/2017, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 20 e 21), onde pleiteou a anulação da notificação fiscal por ter efetuado o pagamento da Antecipação Tributária Parcial sobre o DANFE nº 12.942, de 27/03/2017, em 24/04/2017, devido ao fato de ser credenciado para pagamento no dia 25 do mês subsequente, conforme previsto no inciso I, do § 2º, do Art. 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, antes da sua lavratura, em 27/04/2017, e da ciência, em 26/05/2017.

Disse que o Auto de Infração também é incabível porque o Autuante não considerou que faz jus ao benefício do Decreto 7.799/00, Art. 3º-F, que dá direito a redução de 41,176% na base de cálculo.

Anexou o comprovante de pagamento e a planilha de cálculo da Antecipação Tributária Parcial (fls. 24 a 26).

Agente de Tributos designado, em virtude de férias do Autuante, apresentou Informação Fiscal (fls. 32 e 33), onde afirmou que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada.

Disse que é importante observar que os recolhimentos apresentados pelo Autuado não foram considerados pois, além de ter sido efetuado de forma espontânea, sem a multa, amparada no Art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, teve a finalidade de esconder que sequer existia um crédito reclamado, tratando-se de uma inobservância ao Art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Alegou que o autuado sabia que estava em situação irregular de descredenciado, questionando apenas a forma de exigir o crédito tributário e clamando indevidamente por um desconto sem nenhum amparo legal, por ser indiscutível que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo à Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido.

Transcreveu os Arts. 273, 332, III, e 352-A do RICMS/BA, relatando que o tema é pacífico, sendo exigido o ICMS nas entradas, e que o direito ao desconto está vinculado à tempestividade do recolhimento que, no caso de descredenciado, deve ser feito antes da entrada da mercadoria no território baiano.

Aduziu que a apresentação dos fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Ressaltou que, à luz de todos os elementos probatórios trazidos aos autos, não há como sustentar os argumentos do Autuado quanto à sua ilegitimidade, devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

## VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação de *“falta de recolhimento de 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”*.

A autuação, todavia, não pode prosperar, em face das várias irregularidades observadas, em todo o procedimento fiscal, inclusive na lavratura do respectivo Auto de Infração.

De início, o próprio lapso temporal entre as datas da ocorrência dos fatos (27/03/2017), lavratura do Auto de Infração (27/04/2017) e intimação ao contribuinte (26/05/2017), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

O Termo de Ocorrência Fiscal, acostado aos autos (fls. 04 e 05), que deveria documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, quando desnecessária a apreensão, nas operações de trânsito, conforme estabelece o Art. 28, IV-A, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tenta cumprir apenas uma formalidade, não documenta nada. O Autuado dele sequer conheceu.

Foram anexados aos autos, ainda, os documentos Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fls. 07 e 08) e Lista de DANFE indicados para a constituição de Crédito Tributário (fl. 12), os quais reforçam a conclusão que não se trata de operação ocorrida no trânsito de mercadorias e sem compor a materialidade do fato tido como infringido.

Observo que o modelo de Auto de Infração adotado, no caso em concreto, é, de fato, 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 Art. 42, II, do RPAF/99, para 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.

Nesse sentido, 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 trânsito 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/99). Trata-se de aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário.

A fiscalização de trânsito ocorre, contudo, 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 da 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 o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto, posto que, apesar da data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração como 27/03/2017, data da emissão da nota fiscal, não ocorreram quaisquer ações no trânsito de mercadorias nessa data. Um Mandado de Fiscalização para a verificação do Agente de Tributos, no estabelecimento do autuado, foi expedido em 13/04/2017, conforme consta nos documentos referenciados.

Em não se tratando de ocorrência pontual no trânsito de mercadorias e sendo o contribuinte autuado inscrito no cadastro de contribuinte com apuração do imposto por conta corrente fiscal, não poderia o respectivo Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, a teor da Lei nº 11.470/09, além do RPAF/99.

A legislação estabelece competência aos Auditores Fiscais na constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional (Art. 42, I, do RPAF/99), lugar da autuação dos agentes de tributos, para constituição de créditos tributários (Art. 42, II, do RPAF/99). Constata-se, então, verdadeira invasão de competência, demonstrando que a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em desconformidade com o devido processo legal.

Dessa forma, em face do ato ter sido praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (as operações listadas não são operações de trânsito), e da falta de documentos essenciais (ausência do Termo de Ocorrência válido), 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.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é NULO.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232340.0047/17-7**, lavrado contra **JOSÉ GLEISIVALDO BOIA DE SOUZA - ME**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR