

**A. I. N°** - 213080.1151/16-2  
**AUTUADO** - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME  
**AUTUANTE** - ORLANDINA FERREIRA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 18.12.2017

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0233-04/17**

**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. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV ‘a’ do RPAF/BA. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2016, reclama o valor de R\$131.182,22, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado em sua defesa (fls. 11a 16), após transcrever o teor da infração diz que diferentemente do que fora anunciado em petição anterior, não houve, no caso em exame, apreensão de mercadorias. Esta informação encontrava-se suprimida por ocasião da ausência de intimação idônea do contribuinte e entrega da documentação necessária ao exercício regular da ampla-defesa.

Sustenta que o preposto fiscal não disponibilizou ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da Impugnação, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa, conforme já anunciamos em petição derradeira.

Transcreve o disposto no artigo 44 do RPAF/BA e assevera que a ausência dos pressupostos previstos nos dispositivo invocados geram inúmeras consequências que inviabilizam o exercício regular do direito de defesa do Contribuinte, já que não teria à sua disposição todos os documentos necessários para Justificar com precisão os itens pontuados pelo preposto fiscal, até porque não foram entregues os documentos relativos ao presente processo administrativo fiscal, ocasião em que resultou no cerceamento do direito de defesa.

Explica que o fato de não terem sido entregues todos os papéis de trabalho, a exemplo das Notas Fiscais que serviram de suporte à autuação, que permitisse ao contribuinte exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, impõe a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II do artigo 18 do RPAF/BA.

Diz restar evidente a nulidade suscitada, devendo ser declarado nulo o Auto de Infração, por vício insanável, em vista do flagrante cerceamento do direito de defesa.

Caso ultrapassadas as nulidades explica que o Auto de Infração foi lavrado por agente de tributos estaduais, em 15 de Dezembro de 2016, em Modelo próprio, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias, contudo, verifica-se que o DANFE objeto do presente AI, foi emitido em data anterior com grande lapso de tempo entre o trânsito das mercadorias, saídas dos fornecedores na data especificada, e a lavratura do Auto de Infração, sendo que a ação fiscal que ocorre no trânsito de mercadorias é instantânea e contemporânea.

Informa que recebeu o presente AI em apenas em 15 de Março de 2017, mais de três meses após a sua lavratura. Logo, apesar de se tratar de AI, Modelo “4” – Trânsito, não se pode afirmar que se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”.

Diz que outro fato a se destacar é que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta o presente AI, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias. Assim à luz dos elementos acima não resta dúvida que se trata de um AI lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, visto que dos documentos apresentados pela fiscalização, emitidos 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 IFMT-METRO, especificando, ainda, o estabelecimento autuado.

Diante disso, diante dos fatos aqui delineados, e, também, em confronto com os dados constantes nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, verifica-se que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram no decorrer de 2016, conforme demonstrado nos autos, e não na data indicada pela autuante.

Explica que as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, 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. Portanto, a exemplo do relatado, não é possível se presumir uma data de ocorrência de fatos ocorridos diante da existência de documentos que possibilitam este procedimento.

Acrescenta que 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.

Na espécie, examinando as peças processuais do presente AI, há de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento.

Nesse ponto, a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. No presente caso, como o AI foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, conforme determina a legislação tributária de regência.

Assevera que apesar de constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo além de não se encontrar assinado pelo autuado, a data real da entrada das mercadorias no estado foi ignorada, conforme se extrai dos autos.

Ressalta que de acordo com os documentos que se extraem dos autos, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise dos citados documentos constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas emitidas ainda em 2016, portanto, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador, e consequentemente a lavratura de Auto de Infração no modelo empregado, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea.

Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu na presente situação. No caso em questão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do AI em lide. Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Por último frisa que apenas por amor ao debate, caso seja mantida a autuação requer a redução da multa aplicada de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Pede a improcedência da autuação.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 22 a 23, diz que a ação fiscal partiu de uma obrigação vinculada, enfim, em cumprimento do dever funcional e em respeito a determinação da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, através Ordem de Serviço Mandado de Fiscalização, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208 de 13 de novembro de 2013, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos, enviados pela Central de Operações Estaduais de observância obrigatória arts. 1º e 2º do referido decreto.

Arremata que estava executando uma ação fiscal em obediência a uma determinação de um decreto do Governador.

Quanto ao questionamento de cerceamento do direito de defesa sob o fundamento de que não houve fornecimento de documentos fiscais informa que houve apenas um documento citado na folha 1 da ação fiscal em descrição dos fatos. Onde declara textualmente **“empresa encontra-se descredenciada, deixou de recolher o imposto tempestivamente DANFE nº366665”**.

Diante da afirmação de que houve o cerceamento do direito de Defesa e que não recolherá o imposto sob a argumentação de que o lançamento não é válido, rechaça tal assertiva asseverando que na peça vestibular está consignado, no campo próprio, a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, qual seja, 17% (dezessete por cento), além da memória de cálculo Folha 02) onde consta a relação do único DANFE e a mercadorias objeto da autuação e que inclusive já consta no referido processo.

Conclui estar o contribuinte totalmente equivocado em sua defesa e como a cobrança da antecipação parcial do ICMS, e sua devida multa encontra-se em conformidade com a lei, requer a Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais, por estar descredenciado.

Na defesa apresentada o autuado dentre outras arguições suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias apesar de ter sido lavrado por agente de tributos estaduais, em modelo próprio para fiscalização de trânsito de mercadorias. Acrescenta que apesar de ter sido anexado um Termo de Ocorrência Fiscal o mesmo não contém a sua assinatura, tampouco do detentor das mercadorias, aliado ao fato de que o DANFE, objeto da exigência foi emitido em data anterior, com grande lapso de tempo entre a saída das mercadorias e a suposta apreensão das mercadorias..

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico, de fato, 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 pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

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 ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio.

Verifico que à fl. 07, foi anexado um comprovante de Registro do Termo de Apreensão e Ocorrências – TAO, assinado apenas pelo autuante, informando que o TAO de nº 213080.1016/16-8 fora lavrado em 15/12/2016 e registrado nesta mesma data, entretanto, não existe nos autos o mencionado Termo de Apreensão.

É de se ressaltar que de acordo com a “Memória de Cálculo” anexada à fl. 04, a exigência diz respeito a nota fiscal nº 366967, cuja fotocópia encontra-se anexada à fl.05. Da análise do citado documento constata-se que a mesma foi emitida em 30/10/2016, enquanto que a data de ocorrência do fato gerador, inserida no auto de infração, é de 15/12/2016, decorrido portanto, mais de 40 dias após a emissão do referido documento fiscal.

Assim, resta comprovado que se trata de fato pretérito, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu na presente situação. No caso em questão, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Ademais, caso fosse ultrapassada esta irregularidade fica claro que este Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Apreensão válido, bem como de Termo de Ocorrência Fiscal para documentar situação irregular de mercadorias, ou outro elemento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Art. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA, que transcrevo:

*Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*(...)*

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do*

*cumprimento de obrigação tributária lavrar, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*(...)*

*IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para 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;*

*IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;*

Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213080.1151/16-2**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO ME**. Recomendação para que o procedimento fiscal seja renovado a salvo da falha apontada.

Esta Junta de julgamento 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA