

**A. I. Nº** - 232153.0034-18/5  
**AUTUADA** - VULCANO EXPORT MINERAÇÃO EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - ELIEZER DE ALMEIDA DIAS  
**ORIGEM** - DAT SUL/IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 21/01/2019

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0172-03/18

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCRENCIADO E INAPTO NO CADASTRO ESTADUAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR AGENTE PÚBLICO INCOMPETENTE. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES ESSENCIAIS PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. VICÍO INSANÁVEL. DECRETAÇÃO DA NULIDADE. Caracteriza nulidade do lançamento quando o procedimento fiscal é desenvolvido por preposto fiscal com atribuições para atuar na fiscalização de mercadorias em trânsito, sendo que, na verdade, a ação só seria possível quando as mercadorias ingressassem no estabelecimento autuado, caso em que se materializa o fato gerador. Cobrança formalizada em modelo incorreto de auto de infração e mandado de fiscalização com termo de ocorrência só concebidos para a atuação no trânsito de mercadorias. Autuação enseja vício formal irreversível, proporcionando a nulificação do ato. Auto de Infração NULO de pleno direito. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado no dia 28/03/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$30.187,72, acrescido da multa de 60%, decorrente da acusação de falta de recolhimento de ICMS – Antecipação Total – de mercadoria comercializada por contribuinte submetido ao REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E PAGAMENTO.

Reclama o presente lançamento de ofício o seguinte:

#### INFRAÇÃO 01 – 54.09.01.

Falta de recolhimento do ICMS por antecipação na entrada no território neste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, na repartição fazendária da fronteira, por contribuinte em situação irregular.

A irregularidade implicou em desobediência ao contido nos arts. 41, II, 46 e 47, todos da Lei 7014/96, com multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal.

Traduz a dívida o valor nominal de R\$30.187,82, apontando-se a data de ocorrência 28/3/2018.

Consta ser o autuado contribuinte “Normal”, optante pelo regime de apuração do imposto com base no sistema de conta-corrente (débitos fiscais confrontados com créditos fiscais).

Junta o autuante os seguintes demonstrativos:

- Planilha de Demonstrativo de Débito - Antecipação Tributária Total (fl. 04).
- Mandado de Fiscalização (fl. 05/06).
- Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 07).
- Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos no trânsito de Mercadorias (fl. 08).

- Parecer Opinativo – Mandado de Fiscalização (fl. 09).
- Resumo para Constituição de Crédito Tributário (fl. 10).
- Resumo do Demonstrativo Cálculo Semi-Elaborado (fl. 11).
- Danfes coletados pela fiscalização (fl. 12/16).

A IFMT Sul formalizou intimação (fls. 17) ao sujeito passivo via “correios”, mediante “aviso de recebimento” (fls. 18), no intuito deste pagar o débito ou contestá-lo no prazo de lei.

Na impugnação (fl. 20/25), a autuada reconhece a dívida relacionada às notas fiscais 126252 e 126379, por se tratar de compras de materiais de uso e consumo.

Mas discorda do valor atinente às notas fiscais 1983 e 1984, porque dizem respeito à movimentação de bens do ativo imobilizado de propriedade da autuada, máquinas com mais de 5 anos de uso, que são utilizadas para extração de granito.

Acrescenta que o autuante referencia a situação irregular do contribuinte, “com sujeição a regime Especial de Fiscalização e pagamento, por analogia sim, mas trata-se de uma remessa de Bens de Ativo Imobilizado, de um para outro estabelecimento do mesmo titular (Matriz/Filial), não houve desembolso financeiro, não houve comercialização...” (sic; fl. 21).

Como suporte à alegação, a defendente aponta disposições normativas que garantem a saída de bens do ativo fixo com a não incidência e a isenção do imposto, vale dizer, o art. 3º, VIII, da Lei 7014/96, bem como os incisos XXII e XXIII do art. 265 do RICMS-BA e o inciso XVI do art. 280 do mesmo diploma legal, além da cláusula primeira do Conv. ICMS 79/90.

Pondera que todos os dispositivos citados são “provas” inequívocas da não incidência do ICMS, mesmo se tivesse ocorrido uma compra das máquinas discriminadas nos documentos fiscais que fazem parte do auto de infração.

E arremata dizendo que tais bens encontram-se com documentos originais em nome da Matriz, que estavam sendo transferidos para a filial, esta última sendo o canteiro de extração de granito. Evidentemente, tais estabelecimentos compõem a mesma pessoa jurídica, contam com os mesmos sócios, com um único contrato social, ao tempo em que as operações em tela estão livres de dolo e simulação.

Por outro lado, assevera a autuada ser confiscatória a multa aplicada, nos termos do art. 150, IV, da CF/88, nomeadamente quando não estiver presente sonegação fiscal em quaisquer de suas modalidades, o que só existiria pela sua materialidade e autoria, reconhecido em processo-crime após o trânsito em julgado da condenação. E resume pontuando que a multa deve ser simplesmente por descumprimento de obrigação acessória e não pode significar um confisco.

Sob outro foco – continua a impugnante –, esclarece que a empresa estava inapta mas já tinha formalizado na Sefaz pedido de reinclusão cadastral, ao qual indica o número de protocolo.

Solicita que seja feita uma vistoria no seu canteiro de extração para comprovar a existência das máquinas com muitos anos de uso, para finalmente admitir que do valor autuado só deve R\$516,80.

Junta com a defesa cópia da CNH do sócio-administrador, autor da petição, protocolo do pedido de reinclusão, NFes 1984, 360, 1983 e 252, além de contrato locatício para uso de um compressor, celebrado entre a “Vulcano Export” e a autuada.

Documentos da autuada também em mídia eletrônica.

Informações fiscais (fl. 36/38) – produzidas por fiscal estranho ao feito - atendem aos requisitos estabelecidos no §6º do art. 127 do RPAF-BA.

No seu bojo, vê-se reconhecimento da nulidade do lançamento de ofício, haja vista o descumprimento de formalidade essencial à continuação da cobrança, qual seja, a lavratura por parte de preposto fiscal cuja investidura de funções não engloba a situação aqui alcançada.

Argumenta o informante que, na verdade, o auto de infração foi lavrado para atender ordem da Central de Operações Estaduais (COE), haja vista a aquisição de produtos em operações interestaduais por parte de contribuinte que estava com a sua inscrição DESCREDENCIADA, sem o pagamento do imposto estadual a título de antecipação tributária.

E esclarece que se trata de “empresa inscrita como normal com regime de pagamento por conta corrente fiscal como se observa no documento de fls. 05, portanto fora do alcance da competência funcional do agente de tributos para constituição do crédito, afastado do trânsito de mercadorias, ao teor do que dispõe o art. 107 §2º do COTEB...” (sic; fl. 36).

Traz, para sustentar seu pedido de nulificação, Acórdãos da 4ª JF, 2ª CJF e 1ª JF, nos quais se vê que em casos semelhantes decidiu-se pela nulidade da exigência porque utilizou-se modelo específico de fiscalização de trânsito de mercadorias para alcançar operações de comércio, sendo que o termo de ocorrência resultou inválido, por não materializar fiscalização de mercadorias em trânsito, desatendendo-se o inciso IV do art. 28 do RPAF-BA.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Atribuo suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, portanto, a relatar o meu voto.

#### **VOTO**

A questão ora ventilada precisa ser analisada tendo em mira a informação fiscal produzida pelo fiscal estranho ao feito.

Em primeiro lugar, porém, cumpre esclarecer que a fiscalização de trânsito do sul do Estado cobrou da empresa o imposto devido por antecipação tributária já no posto de fronteira, antes mesmo das mercadorias adentrarem o estabelecimento autuado, pelo fato dele ter sido DESCREDENCIADO, deixando, nestas condições, de usufruir de prazo maior para recolhimento do tributo.

Há referência da acusação de que o contribuinte se encontrava jungido a Regime Especial de Fiscalização e Pagamento.

Com efeito, existe previsão no inciso VII, do art. 46 da Lei 7014/96, para se empregar o regime especial mencionado para contribuintes não inscritos no cadastro estadual.

Entretanto, a sua efetivação dependerá de ato formal autorizativo do Sr. Superintendente de Administração Fazendária da Bahia, nos moldes do art. 47 do mesmo diploma legal, sem o qual, em face dos princípios da competência funcional e da hierarquia administrativa, não poderão os prepostos fiscais unilateralmente adotar qualquer medida extraordinária.

Não se vê nos autos prova desta autorização, o que já justificaria, por si só, a nulificação da cobrança.

Todavia, pela leitura do documento de fl. 05 – mandado de fiscalização, o agente fiscal desenvolveu um monitoramento através do regime sumário de apuração do imposto, à vista do inciso III, do art. 318 do RICMS-BA, para alcançar operações de circulação de mercadorias com viés de risco de sonegação, exatamente porque a autuada estava com a sua inscrição cadastral inapta.

E lavrou um Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar a situação irregular dos bens e das mercadorias, na hipótese de desnecessidade de Termo de Apreensão. Contudo, como se verá adiante, a atuação desenvolvida pelo agente autuante não caracteriza fiscalização de mercadorias em trânsito e sim uma fiscalização de comércio, depois que os produtos entrarem no estabelecimento, nunca é demais lembrar.

A lavratura da irregularidade foi formalizada no Modelo “Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias”. Por não ser uma autuação típica do trânsito de mercadorias, não poderia ser este o modelo formal que deveria abrigar o lançamento de ofício.

Importantíssimo assinalar ainda que coube a agente de tributos lavrar o lançamento de ofício contra empresa estranha ao regime do Simples Nacional, que faz a apuração do seu imposto com base no cotejamento entre os débitos e créditos fiscais, o conhecido conta-corrente normal do imposto.

Nestas condições, não reunia o autuante a investidura formal para constituir créditos desta natureza, porque direcionado contra sujeito passivo que não integra o universo de contribuintes classificados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Taxativo é o mandamento disposto no art. 7º, III da Lei 8210/2002, com redação modificada pela Lei 11.470/2009, ao dizer que faz parte da competência dos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos integrantes do Simples Nacional.

Comando replicado no art. 42, II do RPAF-BA, vale dizer, o de competir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários resultantes da fiscalização de mercadorias em trânsito e das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Igual disposição se encontra no art. 107, §3º do COTEB.

Vejam-se estes dois últimos dispositivos:

*COTEB*

*“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.*

*§ 3º 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.”*

*RPAF-BA*

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*(...)*

*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”.*

Não estava o contribuinte oficialmente sujeito a regime especial de fiscalização e pagamento que, no caso em tela, autorizasse mais ainda a antecipação do fato gerador para a entrada das mercadorias na divisa do Estado da Bahia, em vez de ser quando do seu ingresso nas dependências do estabelecimento comercial.

A operação não era para ser feita no trânsito das mercadorias, e sim depois que ela adentrasse os portões da empresa, por assim dizer. É, portanto, uma operação típica de fiscalização de comércio.

Ainda mais quando o titular das mercadorias é empresa normal, fora do Simples Nacional.

Tais defeitos de forma suscitam irremediavelmente a nulidade do procedimento, seja porque lavrado em modelo de auto de infração inadequado, seja porque foi efetivado ainda quando as mercadorias transitavam com destino ao estabelecimento autuado, seja porque está a empresa cadastrada como contribuinte normal.

Neste sentido, a nulidade do auto de infração vem sacramentada pela disposição do art. 18, I do RPAF-BA, *verbis*;

*“Art. 18. São nulos:*

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*
  - a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;...”*

Vale pontuar que o fiscal estranho ao feito, ao produzir o informativo correspondente, percebeu tais anomalias formais. Tanto é que pugnou pela nulidade do lançamento de ofício.

Bem a propósito, somem-se às decisões trazidas pelo informante os escólios abaixo:

*“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL*

*ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/15*

*EMENTA: ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O procedimento fiscal ultrapassou o roteiro legal estabelecido para a fiscalização de mercadoria de trânsito. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece de competência ao Agente de Tributos na lavratura de Auto de Infração que decorra de ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, devendo 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 ou o lançamento efetuado com preterição do direito de defesa e sem cumprimento do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”*

*“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL*

*ACÓRDÃO JJF Nº 0115-02/15*

*EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece competência ao Agente de Tributos autuante a lavratura de Auto de Infração no caso concreto. Decretada, de ofício, a NULIDADE do procedimento fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime”*

*“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL*

*ACÓRDÃO JJF Nº 0044-02/15*

*EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE DESCRENDENCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Sujeito passivo optante do regime normal de apuração do imposto. O lançamento de ofício deve cumprir os requisitos formais para produzir seus efeitos jurídicos, dentre*

*os quais consta a competência do autuante. Constatação de que os atos da ação fiscal empreendida, que culminaram na lavratura do Auto de Infração, foram efetuados por servidor sem competência legal. Infringência às normas contidas no art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.470/09 e no art. 42, II, do RPAF/99. Aplicação do art. 18, I, c/c art. 20, todos, do RPAF/99. Recomendada a renovação do procedimento fiscal. Art. 21 do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”*

Inquestionavelmente, o autuante laborou em vício formal insanável, comprometendo todo o procedimento legal e maculando o ato de lançamento de invalidade, incapaz, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

Por seu turno, toda a análise de mérito fica prejudicada, isto é, movimentação de ativo fixo e confiscatoriedade da multa, a despeito do sujeito passivo admitir que deve R\$516,80, situação que poderá ser examinada e exigida quando da renovação, a salvo de falhas do procedimento fiscal por parte da autoridade competente, a qual recomendo, pela inteligência do art. 21 do RPAF-BA.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232153.0034/18-5**, lavrado contra **VULCANO EXPORT MINERAÇÃO EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA**, recomendando-se à unidade fazendária de origem do lançamento, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito, no sentido de à vista dos fatos geradores aqui analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas. Alçada restrita à primeira instância, ressalvada a hipótese estabelecida no §2º, do art. 169 do RPAF-BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR