

A. I. Nº - 232195.0138/18-8  
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO (SUPER ARMAS E MUNIÇÕES)  
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0117-01/19**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AGENTE FISCAL INCOMPETENTE. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve atuar o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação. Acolhida, de ofício, a preliminar de nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/10/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$541.352,51, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *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.*

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: *Ação Fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária - SAT- Central de Operações Estaduais - COE, através da Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº. 2399478000161-20181030, em consonância ao que determina o Decreto nº. 14.208/13, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte.*

*Antecipação Tributária Parcial. Mercadoria: rifles, espingardas, pistolas, revolveres e munições. Contribuinte descredenciado para a Antecipação Tributária. Falta de recolhimento do ICMS, relativo a Antecipação Tributária Parcial. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através do “Regime Sumário de Apuração”.*

DANFES verificados: 546013, 546014, 546022, 546625, 546924, 547485, 547609, 547837 e 548482.

O autuado apresentou defesa (fls.29 a 35). Alega que apesar de a autuante ter apresentado demonstrativo de cálculo e planilha com informações concernentes à autuação, os documentos e planilhas que lhe foram fornecidos não comprovam com efetividade a natureza e a matéria tributável, por estarem ausentes elementos necessários ao desenvolvimento regular da ampla-defesa, haja vista que inexiste canhoto das notas fiscais, conhecimento de transporte e/ou registro de trânsito de mercadorias.

Registra como importante que houve ocultação da data de emissão dos DANFES, segundo diz, talvez de forma proposital, no intuito de encobrir o fato de que a fiscalização operada se deu fora das atribuições regimentais da fiscalização de trânsito.

Salienta que a fiscalização de trânsito deve se ater à contemporaneidade e imediata relação jurídica tributária. Diz que o que se extrai dos autos foi uma verdadeira fiscalização de estabelecimento realizada por preposto fazendário com atribuições da fiscalização de trânsito, portanto, incompetente regimentalmente para executar o múnus proposto no presente PAF.

Afirma que existe demonstração concisa de que a autuação não se deu de forma contemporânea e imediata aos fatos geradores, reforçando a tese defensiva quanto à nulidade absoluta do presente Auto de Infração.

Registra, ainda, a falta de termo de apreensão de mercadorias, descaracterizando por completo a natureza da fiscalização própria da IFMT/METRO., situação que se perpetua e se constata pelo modelo utilizado do Auto de Infração, próprio de fiscalização de trânsito de mercadorias, quando, na verdade, a autuação é proveniente de procedimento Mandado de Fiscalização emitido pelo COE.

Prosseguindo, alega a incompetência do agente.

Observa que requisito essencial à validade do ato administrativo diz respeito à capacidade e competência do agente para praticá-lo, a exemplo do presente lançamento de ofício.

Assevera que o Auto de Infração em lide foi lavrado por agente incompetente, no caso Agente de Tributos, pois, nos termos do inciso II do artigo 7º da Lei Estadual nº 8.210/2002, possui atribuição de executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, sob a coordenação do Auditor Fiscal.

Acrescenta que a referida lei também prevê que são atribuições privativas do Auditor Fiscal constituir privativamente créditos tributários por meio de lançamento de ofício com lavratura de autos de infração.

Diz que o caso em exame admite conclusão no sentido de que todo o ato hostilizado está maculado pela ausência de agente competente, por se tratar de Auto de Infração que não é decorrente da fiscalização de trânsito, e ainda, não ter sido coordenado por Auditor Fiscal, na forma preconizada pela legislação tributária do Estado da Bahia.

Sustenta que desse modo, a incompetência do agente somada à ausência de subscrição por parte de Auditor Fiscal Coordenador, avulta todo o procedimento devendo este ser declarado nulo, nos termos do inciso I, do artigo 18 do RPAF/BA.

Continuando, alega cerceamento do direito de defesa.

Consigna que a autuante não lhe disponibilizou todos os papeis de trabalho necessários à confecção da peça defensiva, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa. Neste sentido, invoca e reproduz o artigo 44 do RPAF/BA/99.

Afirma que a ausência dos pressupostos previstos nos dispositivos 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 impugnar com precisão os itens pontuados pela autuante. Ou seja, o fato de não terem sido entregues todos os papeis de trabalho, a exemplo das Notas Fiscais que serviram de supedâneo à autuação, que permitisse exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, previsto no artigo 2º do RPAF/BA, impõe a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II, do artigo 18 do RPAF/BA. Reproduz o referido dispositivo regulamentar processual.

Conclusivamente, diz que resta evidente a nulidade arguida do Auto de Infração.

No mérito, consigna que da análise dos documentos constantes nos autos, é possível extrair que o Auto de Infração foi lavrado por Agente de tributos Estaduais em modelo próprio, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias.

Afirma que certo é que recebeu o Auto de Infração em lide em desconexão ao elemento temporal que deve circundar circunstancialmente o Auto de Infração próprio do trânsito de mercadorias.

Alega que apesar de se tratar de Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, não se pode afirmar que se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, em vista dessa extemporaneidade.

Destaca que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta a autuação, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias, ou sequer, informações sobre o transporte das mesmas.

Diz que não resta dúvida que se trata de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, haja vista 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.

Afirma que dessa forma, diante dos fatos delineados, e, também, em confronto com os dados constantes nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, verifica-se que as operações que ensejaram a presente autuação, ou seja, o transito da mercadoria se deu em momento dispare daquele indicado pelo preposto fazendário. Acrescenta que significa dizer que as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, não se verificaram no trânsito de mercadorias, mas sim em datas desconexas, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, mediante fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Acrescenta que outro vício de substancial importância presente nos autos é que, por não se tratar de uma operação ocorrida no trânsito de mercadorias e, sim, relacionada a apuração de fatos desconectados, deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no seu estabelecimento, cujo procedimento deve observar às normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Salienta que examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, há de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento.

Consigna que 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.

Observa que 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, 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.

Alega que é possível notar 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. Diz que da análise dos citados documentos constata-se que se trata de Notas Fiscais eletrônicas emitidas em período longínquo, 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 trata de fatos pretéritos, enquanto a ação fiscal no trânsito de mercadorias é

instantânea.

Salienta que nessa situação, o preposto fiscal, 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.

Assevera que 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. Sustenta que dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Acrescenta que o Decreto nº 14.208/12 dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos. O decreto é técnica e juridicamente perfeito. Resta ser cumprido. O decreto não manda que autoridades incompetentes executem atos com desvio de função. Em nenhum momento o decreto se refere à lavratura de Auto de Infração. A disciplina da lavratura de Autos de Infração, Notificação Fiscal de Lançamento e da competência para lavrá-los constitui objeto do RPAF e do COTEB, o vício assinalado gravíssimo, pois afeta a legalidade do lançamento, não admitindo contemporização, haja vista que diz respeito à inobservância do devido procedimento fiscal, e o lançamento tributário é um ato vinculado, regrado por lei, de modo que deve ser feito como a lei manda, não dando margem a discricionariedade.

Consigna que apenas por amor ao debate, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda por manter a autuação vergastada, requer a redução da multa imposta de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 51/52). Consigna que o documento acostado à fl. 13 dos autos se trata de um documento emitido eletronicamente pelo “COE”, denominado “Lista de DANFES indicados para a Constituição do Crédito Fiscal”, onde estão relacionados os números dos DANFES para os quais deverão ser constituídos os créditos fiscais. Acrescenta que existem ainda as sequências de números que compõem as chaves de acesso dos referidos documentos fiscais, mas não consta o número das chaves de acesso dos respectivos MDF-es. Esclarece que isto ocorre porque os referidos documentos fiscais não foram emitidos pelo transportador, contrariando o disposto no art. 170-A do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Contesta a alegação defensiva de ausência de datas de emissão dos DANFES. Afirma que basta uma simples verificação nos documentos em questão para se constatar a improcedência da alegação defensiva.

Do mesmo modo, o autuante contesta a arguição defensiva atinente à incompetência do agente. Observa que a Lei nº 11.470/09, que modificou a Lei nº 8.210/2002, mencionada pelo impugnante alterou as atribuições dos Agentes de Tributos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Quanto à alegação defensiva de cerceamento ao direito de defesa em razão da ausência de Termos de Apreensão de Mercadorias e Ocorrências Fiscais, invoca e reproduz o art. 26 do RPAF/BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No tocante à alegação defensiva de ausência de demonstrativos com informações relativas às bases de cálculos apuradas, esclarece que estas constam no documento relacionado demonstrativo acostado à fl. 4 dos autos.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração em exame cuida do cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo 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, no caso por contribuinte descredenciado.

Inicialmente, verifico que se encontram acostados aos autos os seguintes documentos: demonstrativo de memória de cálculo, relacionando as Notas Fiscais Eletrônicas n°s 546013, 546014, 546022, 546625, 546924, 547485, 547609, 547837 e 548482, destinadas ao autuado (fl. 04), que comprovam que não se trata de operações ocorridas no trânsito de mercadorias; Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal - COE - (fl. 05); Lista de DANFEs indicados para Constituição do Crédito Fiscal (fls.13/14).

Observo que o modelo de Auto de Infração utilizado na autuação trata-se de “AUTO DE INFRAÇÃO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS”, portanto, aplicável às ocorrências no trânsito de mercadorias, sendo que o autuante se trata de Agente de Tributos Estaduais, cuja competência tem previsão expressa e delimitada em Lei Estadual e no art. 42, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, 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.

Certamente que a fiscalização de trânsito de mercadorias ocorre quando as mercadorias estão, obviamente, 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.

Vale consignar que o que caracteriza a situação de *mercadorias em trânsito* não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotada 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 fiscalização o que, no presente caso, verdadeiramente não ocorreu.

Por certo que não se tratando de conduta infracional ocorrida no trânsito de mercadorias e sendo o autuado inscrito no Cadastro de Contribuinte na condição de normal, não poderia o Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, consoante a Lei nº 11.470/09 e o RPAF/BA/99.

A legislação estabelece competência ao Auditor Fiscal na constituição de créditos tributários, exceto na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional (art. 42, I RPAF BA), lugar da atuação do Agente de Tributos, para constituição de créditos tributários (art. 42, II RPAF BA).

Vale observar que o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado através de análises e cruzamentos prévios das informações, mediante critérios de relevância e risco da mercadoria, do contribuinte e do transportador. O monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como com risco de sonegação. Ou seja, em momento algum o referido Decreto nº 14.208/12 buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário e, ainda assim, continuarem a ser consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

Assim sendo, considerando que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, existindo regras de direito formal que determinam como deve atuar o agente fiscal na constituição do crédito tributário, é nulo o

lançamento de ofício em lide, haja vista que foi realizado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232195.0138/18-8**, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO (SUPER ARMAS E MUNIÇÕES)**.

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/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR