

**A.I. Nº** - 217449.0113/19-3  
**AUTUADO** - REDE MAIS COMÉRCIO ATACADISTA DE MERCADORIAS LTDA.  
**AUTUANTE** - RAIMUNDO COSTA FILHO  
**ORIGEM** - POSTO FISCAL HONORATO VIANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 20/05/2020

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0026-01/20-VD**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS.** 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; os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, fulminam de materialidade a exigência. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 30/07/2019, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor total de R\$28.207,39 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (54.05.10), ocorrido no dia 30/07/2020, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que realizou a fiscalização em cumprimento ao Mandado de Fiscalização /COE nº 319118011000189-2019730. Completou dizendo que o DANFE nº 59271 não possui evento de MDF-e e o DANFE nº 3979 não possui qualquer registro de pagamento no sistema.

O autuado apresentou defesa às fls. 31 e 32. Explicou que a mercadoria constante no DANFE nº 3979 era charque, oriundo de Mato Grosso e cuja alíquota interestadual é de 12%. Alertou que a existência de uma redução na base de cálculo das operações internas com charque, de tal forma que a carga tributária resultante era de 12%, conforme inciso LI, do art. 268 do RICMS, resultava num inexistente pagamento de antecipação parcial.

Com relação ao DANFE nº 59271, destacou que efetuou o pagamento dia 31/07/2019 e que a operação decorreu de uma recusa feita por um adquirente originário do fornecedor, estando a mercadoria já no Estado da Bahia, daí porque a inexistência de MDF-e.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 41 a 44. Disse que nas operações interestaduais com charque existe uma redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja 7%, conforme Convênio ICMS 89/05, daí porque ainda existir ICMS de antecipação tributária parcial a pagar ao Estado da Bahia.

Em relação ao DANFE nº 59.271, alegou que o auto de infração foi lavrado um dia antes do pagamento e que o contribuinte pode requerer a migração do valor recolhido e recolher o valor da multa devida.

## VOTO

A autuação 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 lavratura do Auto de Infração (30.07.2019), da data de emissão dos documentos fiscais (26/06/2019 e 15/07/2019 - fls. 07 e 08), e da intimação do contribuinte (29/08/2019), (fl. 01, verso), além da existência de Mandado de Fiscalização (fl. 05), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Inexiste nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal que relacione 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 BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 05); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 11); dois DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão entre 26 de junho e 15 de julho de 2019, (fls. 07 e 08); todos, em contrário, comprovam que não se trata de operação ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo ainda, 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 BA, 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/BA – Decreto nº 7.629/99). 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 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 a investigação, o que efetivamente não ocorreu no caso em concreto, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 30/07/2019, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias, nessa data. Um Mandado de Fiscalização para o comparecimento do Agente de Tributo, no estabelecimento do autuado, foi expedido na mesma data, conforme consta nos documentos retro referenciado. Verifico ainda, que a intimação regular ao contribuinte somente ocorreu em 29/08/2019, (fl. 01, verso), constituindo-se um atraso considerável na apuração do suposto ilícito tributário, simplesmente pela falta de observação do rito legal próprio.

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,

conforme documento à fl. 36, não poderia o respectivo Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, de acordo com a Lei nº 11.470/09, além do RPAF BA.

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 RPAF BA), lugar da autuação dos agentes de tributos, para constituição de créditos tributários (art. 42, II RPAF BA).

Ademais, 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. Em momento algum, este decreto 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.

Dessa forma, em face de tais considerações, atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente (as operações listadas não são operações de trânsito), é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal, e sem cumprimento do devido processo legal.

Diante do todo 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 **217449.0113/19-3**, lavrado contra **REDE MAIS COMÉRCIO ATACADISTA DE MERCADORIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para tomar conhecimento do feito.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR