

A.I. Nº - 217526.0273/19-7  
AUTUADO - REAL MOTO PEÇAS LTDA.  
AUTUANTE - MARIA DA GRAÇA MARQUES DE ARAÚJO  
ORIGEM - POSTO FISCAL HONORATO VIANA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 1º/07/2020

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0031-01/20VD**

**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; 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 31/07/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$60.681,17, em decorrência das seguintes infrações:

**INFRAÇÃO 01** - falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial antes da entrada no Estado da Bahia, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação (54.05.08), sendo exigido imposto no valor de R\$190,78, ocorrido no dia 31/07/2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

**INFRAÇÃO 02** – falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (55.28.02), sendo exigido ICMS no valor de R\$60.681,17, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

O autuado apresentou defesa das fls. 42 a 47. Disse que a autuação não pode prosperar, porque as notas fiscais foram emitidas com retenção do imposto pelo contribuinte responsável pela substituição tributária, com inscrição ativa. Alegou que não há clareza na definição da base de cálculo e que nada ficou demonstrado e provado, além do que, a suposta ilicitude não está tipificada em relação à situação fática.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 59 e 60. Disse que o auto decorreu de informações contidas em Resumo para Constituição de Crédito Tributário, emitido pela COE, em ação realizada pela Unidade Móvel de Fiscalização, com base no novo modelo de fiscalização no Trânsito de Mercadorias, estabelecido no Decreto nº 14.208/2012.

**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 (31.07.2019), e da intimação do contribuinte (26/09/2019), (fl. 39), além da declaração na informação fiscal de que a ação foi realizada por unidade móvel de fiscalização, com base em documento denominado

Resumo para Constituição de Crédito Tributário, emitido pela COE, indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Inexiste nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal que relate 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.

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 transito 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 lotado 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 referenciados. Verifico ainda, que a intimação regular ao contribuinte somente ocorreu em 26/09/2019, (fl. 39), constituindo-se um atraso considerável para uma autuação no trânsito de mercadoria.

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 verifiquei no sistema de informações do contribuinte na SEFAZ (INC), não poderia o respectivo Auto de Infração ser lavrado por Agente de Tributos Estaduais, desacordo 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 risco de sonegação. Em momento algum este decreto buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadorias 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 Mercadorias.

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 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217526.0273/19-7**, lavrado contra **REAL MOTO PEÇAS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR