

**A. I. N°** - 272466.0180/07-6  
**AUTUADO** - MERCEARIA PIRES LTDA.  
**AUTUANTE** - RENATO AGUIAR DE ASSIS  
**ORIGEM** - INFAZ GUANAMBI  
**INTERNET** - 13. 11. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0377-01/08

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Para ser lavrado Auto de Infração com exigência de tributo, é necessário que o sujeito passivo se encontre sob ação fiscal. A legislação enumera os atos que dão início ao procedimento fiscal. O Auto de Infração deve ser precedido de Termo de Apreensão ou de Termo de Início de Fiscalização, salvo nas situações expressamente excepcionadas pela legislação. A falta de Termo de Início de Fiscalização válido vicia o procedimento, pois implica violação de um direito do contribuinte, configurando-se, assim, prejuízo jurídico para o autuado, por ofensa ao princípio da segurança jurídica. Auto de Infração. **NULO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/11/2007, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 11.103,05, acrescido da multa de 50%, por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias fora do Estado, nos meses de julho e agosto, outubro a dezembro de 2005, fevereiro a abril e junho de 2006.

O autuado apresentou defesa às fls. 101 a 103, invocando o artigo 28, VII, §1º do Regulamento do Processo Fiscal – RPAF/99, para requerer o cancelamento do Auto de Infração, sob a alegação de que toda a ação fiscal foi baseada em termo de Monitoramento encerrado em 30/06/2007, sendo o Auto de Infração lavrado em 05/11/2007. Afirma ser a autuação intempestiva, por ter extrapolado o prazo de 90 (noventa) dias, impossibilitando-o de denunciar o débito tributário espontaneamente.

Acrescenta que está juntando aos autos, para comprovação do recolhimento do ICMS substituição tributária e antecipação tributária, bem como da diferença de alíquotas, relativo às notas fiscais arroladas na autuação, o processo de Denúncia Espontânea n.ºs. 6000000406069, de 24/01/2005, referente ao período de outubro e novembro de 2005, no valor de R\$ 4.102,40, relativo à antecipação parcial, bem como o processo de Denúncia Espontânea n.º. 6000000401067, de 24/01/2005, referente ao período de outubro e novembro de 2005, relativo à substituição/antecipação tributária, no valor de R\$ 1.691,38, conforme documentos que anexa.

Prosseguindo, requer, com fundamento no dispositivo regulamentar acima referido, o cancelamento do Auto de Infração, por ser inoportuna a sua lavratura, como também pela quitação do débito exigido através das denúncias espontâneas apresentadas.

Conclui requerendo que seja acolhida a sua impugnação, pela demonstração da improcedência da autuação.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 116, admitindo assistir razão parcialmente ao autuado, pois, as denúncias apresentadas alcançam os períodos de outubro e novembro de 2005 e não os demais exercícios apontados no Auto de Infração.

Acrescenta que, após a retificação do demonstrativo de débito original, conforme novo demonstrativo às fls. 117/118, o valor do débito reclamado passa para R\$ 5.689,24.

Consta à fl. 119, recibo dado pelo autuado, confirmando o recebimento de cópias da informação fiscal e novos demonstrativos (fls. 116/118).

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, considerando que o autuante na informação fiscal acatara os documentos acostados pelo autuado, inclusive, retificando o demonstrativo de débito com a redução do valor originalmente exigido, porém, silenciara quanto à alegação defensiva referente à intempestividade da autuação, bem como por não constar nos autos o documento comprobatório do início da ação fiscal, converteu o processo em diligência a INFAZ/GUANAMBI (fl. 123), a fim de que fosse esclarecido se efetivamente houve ou não a intempestividade da ação fiscal, conforme alegado pelo impugnante, com a juntada dos documentos próprios referentes ao início da ação fiscal e suas prorrogações – Termos -, não acostados aos autos.

O Auditor Fiscal designado para cumprir a diligência, em face de o autuante se encontrar em gozo de licença-prêmio, esclareceu o seguinte (fls. 127 a 128):

- que se tratava de Ordem de Serviço para execução de Monitoramento, relativo à Malha de antecipação parcial, tendo o ATE Robério Pereira de Souza, encarregado da operação, expedido, nos termos da legislação vigente, a competente intimação, cuja ciência do sujeito passivo ocorreu em 14/06/2007, solicitando a exibição de notas fiscais e DAES de recolhimento da substituição tributária, conforme documento à fl. 126;

- que encerrado o Monitoramento em 30/06/2007, o processo foi posteriormente encaminhado ao Auditor Fiscal, para apurar as irregularidades apontadas pelo auxiliar de fiscalização;

- que o autuante somente lavrou o Auto de Infração em novembro de 2007, deixando de instruir o processo com os Termos de Início ou Prorrogação da ação fiscal iniciada pelo ATE, fato que motivou o autuado a arguir o pedido de cancelamento do Auto de Infração, sob a alegação de intempestividade da ação fiscal.

Após os esclarecimentos acima, o diligente diz que apesar do acima relatado o contribuinte foi devidamente cientificado da autuação, inclusive, protocolando defesa, cujas alegações foram acatadas parcialmente pelo autuante.

Prosseguindo, manifesta o seu entendimento quanto à nulidade do Auto de Infração, invocando o artigo 18, IV, “a”, §1º, do RPAF/99, para afirmar que no presente caso, foram determinados, o infrator, a infração e o montante do débito tributário, não havendo porque admitir o cancelamento da autuação como pretende o autuado.

Consta à fl. 132, recibo do autuado confirmando o recebimento de cópias da informação fiscal prestada pelo diligente, bem como, ciência do prazo de 10 (dez) dias, para manifestação, querendo.

## **VOTO**

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS do autuado, por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias fora do Estado.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado requer o cancelamento do Auto de Infração, sob a alegação de que toda a ação fiscal foi baseada em termo de Monitoramento encerrado em 30/06/2007, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 05/11/2007, sendo intempestiva a autuação por ter extrapolado o prazo de 90 (noventa) dias, impossibilitando-o de denunciar o débito tributário espontaneamente, consoante o artigo 28, VII, §1º do Regulamento do Processo Fiscal – RPAF/99.

Sobre a alegação defensiva acima reportada, convém reproduzir abaixo o artigo 28, I, III, VII, §1º, do RPAF/99, que dispõe:

*“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*(...)*

*VII – Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.*

*(...)*

*§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.”*

Como se observa da transcrição acima, o inciso I, determina que o início do procedimento fiscal será documentado com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, contudo, conforme o inciso II, caso seja lavrado Termo de Intimação para Apresentação de livros e Documentos, fica dispensada a lavratura do referido Termo de Início de Fiscalização.

Já o inciso VII também acima transcrito, determina que será lavrado Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.

No presente caso, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, confirmou que o autuante não lavrou o Termo de Início de Fiscalização, tendo esclarecido o diligente que houve a lavratura de intimação por Agente de Tributos, cuja ciência do sujeito passivo ocorreu em 14/06/2007, solicitando a exibição de notas fiscais e DAEs de recolhimento da substituição tributária, conforme documento à fl. 126.

A Intimação para apresentação de livros e documentos referida pelo diligente, para que o autuado apresentasse documentos fiscais e de arrecadação, supriria a ausência do Termo de Início de Fiscalização, conforme explicitado acima, possibilitando a lavratura do Auto de Infração.

Ocorre que, a ciência da intimação pelo sujeito passivo se deu em 14/06/2007, sendo o Auto de Infração lavrado em 05/11/2007, portanto, mais de quatro meses após a intimação, ferindo assim a disposição do §1º, que determina que o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Ora, o que se nota no caso em exame, é que o autuante simplesmente lavrou o Auto de Infração sem observar as exigências e requisitos formais regulamentares.

Certamente, a lavratura do Auto de Infração, exige que o contribuinte esteja sob ação fiscal, haja vista que não pode a formalização da exigência fiscal ser feita aleatoriamente e de surpresa. Indubitavelmente, o início do procedimento fiscal deve estar devidamente documentado, assim como, as prorrogações dos prazos de fiscalização, porventura ocorridas, a fim de que o contribuinte saiba que está sob ação fiscal e, conseqüentemente, o resultado dessa fiscalização.

A ausência de prorrogação do prazo de validade do Termo de Intimação implica em dizer que o autuante não mais estava autorizado a dar prosseguimento a ação fiscal, tendo em vista que não pode

o contribuinte ficar indefinidamente sob ação fiscal, salvo nos casos expressamente previstos na legislação.

Não resta dúvida que houve inobservância de preceito formal na efetivação do lançamento, viciando o procedimento e, por conseqüência, afetando a sua validade.

Registre-se, que não é toda e qualquer formalidade cuja inobservância acarreta a nulidade da autuação. Cabe verificar, em cada caso, se houve prejuízo para a parte. No caso em exame, não resta dúvida que houve esse prejuízo, pois o sujeito passivo foi surpreendido por um Auto de Infração sem que, juridicamente, lhe fosse informado que estava sendo fiscalizado, sendo flagrante a ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Acrescente-se que, não se apresenta razoável que o procedimento simples de exigência de imposto relativo à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de microempresa, seja iniciado em 14/06/2007 e concluído mais de quatro meses depois, ou seja, em 05/11/2007.

Diante do exposto, considero nula a autuação, recomendando a autoridade competente que examine a possibilidade de renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, consoante o artigo 21 do RPAF/99, valendo observar que, se o contribuinte, antes do início de novo procedimento, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 272466.0180/07-6, lavrado contra **MERCEARIA PIRES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR