

**A. I. N°** - **948271760**  
**AUTUADO** - **ADRIANO DA COSTA MELO**  
**AUTUANTE** - **JOÃO CARDOSO DE ALMEIDA SOUZA**  
**ORIGEM** - **IFMT NORTE**  
**INTENTET** - **09.11.2011**

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0278-02-11**

**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. No caso, considerando que o lançamento, decorreu de ação fiscal desenvolvida no estabelecimento do contribuinte, a falta de Termo de Início de Fiscalização ou intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, 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 presente Auto de Infração, lavrado no Posto Fiscal Faustino Dias Lima em 28/02/2011, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$36.391,80, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, neste Estado, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização, elencadas no Anexo 88 do RICMS/97, procedentes de outro Estado e destinadas à contribuinte “descredenciado”, conforme Danfes nº 18636, 18761, 18941, 18899, 19011, 19926, 19952, 19927, 19128, 19153, 19211, 19212, 19260, 19293, 19295, 19632, 19634, 19763, 20069, 20153 e 20154.

Foram dados como infringidos os artigos 125, inciso II, alínea “BA, parágrafos 7º e 8º, combinado com os artigos 911 e 913, do RICMS/97, e Portaria nº 114/04.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. fls.25 a 29 suscita a nulidade da autuação com base na alegação de que o Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito sobre produtos de cesta básica neste Estado, qual seja, Açúcar Cristal refinado advindo da Usina Pinheiro, no Estado de Sergipe, que prescinde o recolhimento de tributos seja de forma antecipada parcialmente ou por outro meio, cuja ação fiscal foi tomada pelo preposto fiscal que já predeterminava a sua ocorrência. Argumenta o requerente para justificar o fato de não trafegar pela barreira fiscal, não possuir o prazo de 06 meses de constituição no cadastro da SEFAZ, a fim de gozar da prerrogativa da confiabilidade do Estado para ele próprio fazer antecipação, em momento posterior, pois fora inserida no cadastro fazendário em 25/11/2010.

Pede que seja no mínimo concedido a empresa o tratamento diferenciado previsto no art. 124, inciso II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97, por entender que não houve o flagrante em que eventualmente constituir-se-ia como o delito. Assim, frisa que não tendo havido esse flagrante, e, ainda no escopo de que o produto objeto da autuação está inserido no rol da cesta básica.

Concluindo que o lançamento está eivado de vícios, em razão da imprevalência do crédito tributário, por incoerente e incomprovada a ilicitude indicada na autuação, pela comprovada

condição de ilegitimidade da autuação, através da qual foi exigido tributo sem o fato gerador que justifique seu nascedouro por inexistência da obrigação principal, requer a nulidade ou a insubsistência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 63 a 64, o autuante esclareceu que às 15,00hs do dia 28/02/2011 no Posto Fiscal Faustino Dias Lima, recepcionou o Sr. José Edson dos Santos, CPF 959.956.76504, CNH 0634488126, condutor do veículo de placa HZV-2899, que transportava mercadorias em grande quantidade para o contribuinte autuado no Município de Paripiranga-BA, e que por se tratar de uma MICROEMPRESA (Simples Nacional) fez uma diligência no estabelecimento e constatou a comercialização de produtos alimentícios em geral.

Diz que após consulta no sistema fazendário verificou que o autuado havia comprado diversos produtos em outras unidades da federação, e por isso, o intimou em 15/02/11, para apresentar os documentos Fiscais de compras com os Documentos de Arrecadação relativos ao período de 12/2010 a 02/2011, no que foi atendido parcialmente, pois os DAEs não foram apresentados porque as entradas dos produtos não haviam sido registradas nos Postos Fiscais, conforme se pode constatar nos DANFEs sem o devido carimbo.

Ao final, argüindo que sua ação fiscal está baseada nos DANFEs sem o devido carimbo dos Postos Fiscais e sem a apresentação dos respectivos DAEs de antecipação como prever a Portaria 114/04 e os Art. 125 inciso II alínea b §§.7º e 8º combinado com arts. 911 e 913 do RICMS/97, manteve integralmente seu procedimento fiscal.

## VOTO

A infração foi assinalada no Auto de Infração, como: “Mercadorias elencadas no Anexo 88 – Contribuinte descredenciado conf. N. Fiscais 18636 – 761 – 941 – 899 – 19011 – 926 – 952 - 127, 128 – 153 – 211 – 212 – 260 – 293 – 295 – 632 – 634 - 763, 20069 – 153 – 154”, sendo dado como infringidos os artigos 125, inciso II, alínea “BA, §§ 7º e 8º, combinado com os artigos 911 e 913, do RICMS/97, e Portaria nº 114/04.

Portanto, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir valor decorrente da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, neste Estado, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização, elencadas no Anexo 88 do RICMS/97, procedentes de outro Estado e destinadas à contribuinte “descredenciado”.

Analizando as peças processuais, verifico que há, nestes autos, um vício jurídico que tenho o dever, como julgador, de levantar de ofício, pois diz respeito à legalidade do lançamento.

De acordo com a legislação tributária, o procedimento fiscal *inicia-se* mediante vários atos: Termo de Apreensão, Termo de Início, Termo para Apresentação de Livros e Documentos, Auto de Infração e Notificação Fiscal (RPAF/99, art. 26). O Termo de Apreensão, utilizado na fiscalização de trânsito, serve para documentar materialmente a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos. O Termo para Apresentação de Livros e Documentos ou o Termo de Início lavrado no RUDFTO destina-se a formalizar o início da ação fiscal.

No caso, o Auto de Infração, fl. 01, foi lavrado no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 2), e teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão das mercadorias ou documentos, mediante emissão do instrumento próprio, previsto no art. 940, observadas as formalidades dos arts. 941 a 944 do RICMS.

Nestes termos, constato que não existe nos autos o Termo de Apreensão de Mercadorias, nem a memória de cálculo de como foi apurada a base de cálculo, contendo os valores das mercadorias, margem de valor agregado (MVA), apesar da demonstração no corpo do Auto de Infração.

Ocorre que na informação fiscal o autuante disse que fez uma diligência no estabelecimento e

intimou o autuado em 15/02/11, para apresentar os documentos Fiscais de compras com os Documentos de Arrecadação relativos ao período de 12/2010 a 02/2011, tendo constatado que não houve o recolhimento da antecipação tributária das notas fiscais objeto da autuação.

Logo, apesar de utilizado o Modelo 2 – Trânsito para a lavratura da autuação, pela informação do autuante a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento do autuado, e também não consta no processo que Termo de Início de Fiscalização tivesse sido lavrado no livro de ocorrências ou que fora expedida intimação para apresentação de livros e documentos fiscais.

A jurisprudência preponderante neste Conselho relativamente à falta de Termo de Início de Fiscalização é pela *nulidade* do procedimento. Cito como exemplo as Resoluções nº 2518/95, 2845/95, 461/96, 1835/95, 426/95, 1893/95 e 5595/96.

Tendo em vista que o Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se, conforme o caso, em Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, no Termo de Início e Termo de Encerramento de Fiscalização ou em Termo de Apreensão lavrado de forma eficaz, e considerando que, neste caso, o procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com fundamento no Art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, julgo nulo o Auto de Infração, por inobservância do devido processo legal.

Fica representada a autoridade fiscal da Infaz de origem para programar nova ação fiscal, a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 948271760, lavrado contra **ADRIANO DA COSTA MELO**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR