

A. I. N° - 216963.1008/14-9  
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS ESPÍRITO SANTO LTDA.  
AUTUANTE - MARCIO LUIZ VIANA SANTOS  
ORIGEM - IFMT/SUL  
INTERNET - 29.07.2015

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0115-02/15**

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. Nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81, falece competência ao Agente de Tributos autuante a lavratura de Auto de Infração no caso concreto. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração Modelo 4 em epígrafe, lavrado em 10/10/2014, exige ICMS no montante de R\$12.638,34 em decorrência da seguinte infração:

54.01.03 – Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Consta na descrição dos fatos: *Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais abaixo listados, em razão da Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes. Operação de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizados no Ajuste SINIEF 05 de 30 de março de 2012 (Ciência da Operação e Conformação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização – Anexo – Constatação Eventos. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário “in dúvida pro reo”, foi considerado como data da ocorrência do fato gerador a data da constatação dos eventos. CONFORME DANFES nº 4701, 6857, 15034, 15773, 17427, 40334, 82012, 315237, 316000, 319460, 787127, 962414, 862415, 1622909, 1622910, 1622913, 1622914, 1623081. MANDADO 6318074000238-201498.*

Consta dos autos: Resumo – Lista de DANFE Monitorados (Fiscalizados) da COE – Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias (fls.06 a 21).

O sujeito passivo foi cientificado da autuação mediante intimação e AR dos Correios às fls.23 e 24, e, através de advogados, apresenta impugnação às folhas 26 a 31, mediante a qual contesta o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Informa que é sociedade empresária que exerce as atividades de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios ou de insumos agropecuários, sendo, portanto, contribuinte do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Em seguida, por considerar existir vícios insanáveis na autuação fiscal, postula pela improcedência do lançamento, com base no entendimento de ilegalidade da antecipação de ICMS, passando a comentar sobre o princípio da não-cumulatividade, com fundamento na EC nº 3/93

acrescentou o § 7º ao art. 150 da CF/88, Decreto-Lei nº 406/68, art. 2º, I, art. 23 e 155, §2º, I, da CF/88. Invocou ainda o artigo 150, IV, da CF/88, para comentar sobre a utilização de tributo com efeito de confisco, para aduzir que a multa aplicada sobre o valor principal no percentual de 60% (sessenta por cento), totalizando o montante de R\$ 7.583,00 (sete mil quinhentos e oitenta e três reais), fere os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao confisco. Para reforçar sua tese cita e transcreve a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e lições de professores de direito.

Ao final, requer:

1. *Seja reconhecida a ilegalidade da antecipação de ICMS para que seja decretada a nulidade material do lançamento em sua plenitude, por ofensa aos princípios da não-cumulatividade e da vedação ao confisco, previstos, respectivamente, no artigo 155, §2º, inciso I, e no art. 150, IV, ambos da Constituição Federal de 1988.*
2. *Por fim, na eventualidade de se manter a exigência, a Impugnante requer seja reduzida a multa aplicada, por ser ofensiva aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de confisco.*

Na informação fiscal às fls.37 a 39, o autuante esclarece a origem da autuação, destacando que o autuado em sua peça defensiva não nega o cometimento da infração, se limitando a contestar a legalidade do instituto da antecipação tributária e o percentual da multa aplicada, questões que diz estar fora do alcance da jurisdição deste colegiado consoante o que dispõe o art. 167 do Dec. 7.629/99 - RPAF.

Apesar disso, informa que, desde a lavratura, o auto de infração está eivado de nulidade que afeta a sua legalidade, visto que o autuado trata-se de empresa inscrita como NORMAL, portanto fora do alcance da competência funcional do agente de tributos para constituição de crédito, afastado do trânsito de mercadorias ao teor do que dispõe o art. 107 § 2º do COTEB, como já decidiu este órgão julgador em casos semelhante (Acórdão CJF nº 0388-12/14 e JJF nº 0270-01/14):

Conclui, requerendo que seja decretada a NULIDADE do presente auto de infração, com a sugestão de que seja refeito o procedimento a salvo de falhas.

## VOTO

A acusação é de: “Infração 54.01.03 – Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.”

Inicialmente vale consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Neste processo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, vislumbro que, o mesmo não se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, visto que não houve apreensão das mercadorias, e por via de consequência não foi lavrado o correspondente Termo de Apreensão.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a exação fiscal diz respeito aos DANFE nº 4701, 6857, 15034, 15773, 17427, 40334, 82012, 315237, 316000, 319460, 787127, 962414, 862415, 1622909, 1622910, 1622913, 1622914, 1623081. MANDADO 6318074000238-201498, conforme Resumo – Lista de DANFE Monitorados (Fiscalizados) da COE – Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias (fls.06 a 21).

Portanto, por se tratar de operações pretéritas correspondentes a várias datas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, conclui-se que não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, apesar de o autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais.

Reza o art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 que “Compete aos Agentes de Tributos Estaduais 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.”, dispositivo repetido no Decreto nº 7.629/99, adrede mencionado.

No caso, comprovado tratar-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS, conforme o próprio autuante em sua informação fiscal atestou, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), falece de competência ao autuante para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comerciais, com exceção dos optantes pelo Regime do Simples Nacional, o que não é o caso do presente processo.

Assim, pelo fato de o autuante não ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais, com exceção de contribuintes pelo Regime do Simples Nacional, ocorreu vício insanável na lavratura do presente auto de infração, o que leva à nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento for praticado por autoridade ou servidor incompetente.

Rpresento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, como dispõe o art. 21 do RPAF/99, em fiscalização de estabelecimento.

Do exposto, voto **NULO** o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **216963.1008/14-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ESPÍRITO SANTO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOSÉ VICENTE COSTA NETO – JULGADOR