

**A. I. Nº** - 225077.0306/15-2  
**AUTUADO** - L. RODRIGUES MINIMERCADO - ME  
**AUTUANTE** - ANTONIO CESAR DA SILVA CASTRO  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13/07/2017

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/17**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. A lavratura de “Termo de Intimação” que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas no art. 26 e no inciso II, do art. 42, ambos do RPAF-BA/99, impõe-se seja declarado nulo o auto de Infração, nos termos do art. 18, inciso I e II, do RPAF-BA/99. Auto de Infração declarado **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 01/04/2015, exige ICMS no valor de R\$27.391,79, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Infração - **54.05.08**. Em complemento consta na “Descrição dos Fatos” que “Atendendo ao Mandato de Fiscalização nº 219204285000165-2015330 emitido pelo COE - Central de Operações Estaduais verificamos e constatamos a falta de recolhimento da antecipação tributária parcial, antes da entrada deste Estado, de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação, por contribuinte com a situação irregular (INAPTO), dos DANFES nº 8735, 8736, 8750, 8751, 8757, 8758, 8759 e 8760.” Constam dos autos: Mandado de Fiscalização, fls. 04 e 05, Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 06, Intimação por Edital, fl. 22, e ficha de “Dados Cadastrais do INC - Informações do Contribuinte, fl. 07.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 24 a 26, depois de reproduzir a acusação fiscal articula os argumentos que se segue.

Afirma que o Autuante não obedeceu aos procedimentos legais por ter lavrado o presente Auto de Infração contra seu estabelecimento que opera com o sistema de apuração de Conta Corrente Fiscal. Assinala que o ato foi praticado por autoridade incompetente.

Cita como precedente julgamento do CONSEF sobre o tema no Acórdão JJF Nº 0116-05/14.

Requer a nulidade do Auto de Infração em razão da Autuante ser Agente de Tributos não possuir atribuição legal, o que segundo seu entendimento, sem sombra de dúvidas, constitui descumprimento do devido processo legal. Registra que o procedimento fiscal é incompatível com o princípio da segurança jurídica.

Em relação à infração, assinala que não deixaria de adentrar em considerações meritórias a respeito da autuação, por entender que a acusação efetuada não procede de forma fática, para

tento, esclarece que o levantamento ocorreu em virtude da falta de entrega de DMAs que gerou o descredenciamento que já foi regularizado, que se trata de uma fiscalização imediata.

Assevera que, mesmo se o resultado da apuração tenha como suporte um levantamento fiscal, deveria ocorrer em fiscalização de estabelecimentos em consonância com diversas decisões já pacificadas pelo CONSEF, acostando aos autos como exemplo resumo dos Acórdãos JJJ nº 0149-02/14 e nº 0116-05/14.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração.

O Autuante presta Informação Fiscal, fls. 35 a 39, depois de reproduzir as razões de defesa alinha os seguintes argumentos.

No que diz respeito à alegação da defesa da incompetência do Agente de Tributo Autuante, afirma que o Impugnante está equivocado asseverando que a competência esta prevista nos seguintes dispositivos legais: artigos 100 e 102 do CTN, Dec. nº 14.208/12 e o art. 42, inciso II, do RPAF-BA/99.

Afirma que, de acordo com os “Dados Cadastrais”, fl. 07, o autuado se encontrava, desde 20/02/2015 no até o momento da diligência, Inapto. Observa que os Danfes de aquisição de mercadorias, fls. 08 a 15, foram emitidos e enviados nos dias 20, 24 e 29 de março de 2015, portanto com a situação de Inapto no CAD-ICMS-BA, e consequentemente Descredenciado e considerado clandestino perante a SEFAZ.

Destaca, depois de reproduzir o teor do art. 25, do RICMS-BA/12, que por ocasião da realização da diligência ao local do estabelecimento, Impugnante já estava com a situação cadastral Inapto e, no local mencionado não existia estabelecimento comercial algum, fotos acostadas à fl. 39, sendo assim considerada uma empresa não inserida no CAD-ICMS-BA, passível de fiscalização pelo Agente de Tributo.

Acrescenta que através da diligência em consulta aos moradores do local constatou que a empresa autuada nunca existiu e não exerce atividade no endereço indicado e para onde eram destinadas as mercadorias constantes dos DANFES, ou seja, na Rua Nova Brasília, nº 28 - Distrito de Porto de Sauípe, na cidade de Entre Rios.

Quanto à alegação da defesa de que o levantamento fiscal ocorreu em virtude da falta de entrega de DMA que gerou o descredenciamento que inclusive já foi regularizado, assinala que não só o descredenciamento gerado pela DMA, como também a situação Inapta desde 20 de fevereiro de 2015 até a data da lavratura do Auto de Infração e a diligência no local realizada no dia 01/04/2015, constatando a inexistência do estabelecimento comercial no endereço indicado nos DANFES.

Conclui mantendo a autuação.

## **VOTO**

O Auto de Infração cuida da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Depois de compulsar os elementos que integram os autos, verifico que se trata de fiscalização manejada por Agente de Tributos, fl. 01, que resultou no presente Auto de Infração “Modelo 4”, lavrado na IFMT-NORTE, contra estabelecimento Microempresa, com forma de apuração do imposto através de C/CORRENTE FISCAL, fl. 07.

Constato que o Termo de Ocorrência Fiscal, acostado à fl. 06, não consta a assinatura do Autuado, e que a Intimação “para dar ciência no Termo de Intimação para Apresentação de Documentação Fiscais, no Demonstrativo de Determinação da Base de Cálculo do ICMS, no Termo de Ocorrência Fiscal e na Intimação Fiscal”, objeto do Edital de Intimação Nº 039/2015, fl. 22, foi publicado no dia 02/09/2015, portanto, depois da lavratura do Auto de Infração.

Verifico também a data de ocorrência constante no Auto de Infração é 01/04/2015, fl. 01, já nos DANFES, objeto da autuação, constam as datas 20, 24 e 29 de março de 2015. Fica patente que, apesar da irregularidade não ter ocorrido no trânsito, o Auto de Infração foi lavrado com o Modelo 4, fl. 01, ou seja, para ocorrências no trânsito de mercadorias.

O art. 196 do Código Tributário Nacional - CTN, expressamente determina que a autoridade fiscal lavre termo de início de procedimento, que serve de intimação e da ciência ao sujeito passivo de que será objeto de fiscalização, além de marco para afastamento da espontaneidade do sujeito passivo, em relação aos atos anteriores, conforme o art. 138, do CTN. Tal requisito, não se constitui mera formalidade, eis que é de fundamental importância para que a autoridade fiscal possa efetuar ou presidir tarefas de fiscalização e verificação do cumprimento de obrigação tributária, além de salvaguardar o direito de ampla defesa do autuado.

Nestes termos, o RPAF-BA/99 é inciso em seu art. 26, *in verbis*:

*Art. 26.*

*Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização;*

*IV - missão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal*

Convém também salientar que de acordo com o teor do art. 29, do RPAF-BA/99 os casos em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: **a)** descumprimento de obrigação acessória; **b)** irregularidade constatada no trânsito de mercadorias e houver imediato pagamento do imposto e da multa aplicada; **c)** irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias.

Ao se constatar nos autos, à fl. 06, o Termo de Ocorrência Fiscal sem assinatura do Autuado ou de seu preposto fiscal fica patente do exame do conjunto documental que instrui o Auto de Infração, que a autuação fora irremediavelmente maculada pelo flagrante descumprimento das normas estatuídas, vez que, fora constatada a inexistência nos autos do Termo de Início de Fiscalização válido. Por seu turno, a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos efetuada por meio de Edital publicado no dia 02/09/2015, fl. 22, pelo fato de não ter obtido êxito a intimação por via postal, apesar de prevista no §1º, do art. 108 do RPAF-BA/99, foi realizada depois de já ter sido lavrado o Auto de Infração, imprestável, portanto, para se considerar iniciado o procedimento fiscal.

Por outro lado, se constituindo em mais uma irregularidade, o estabelecimento autuado, apesar ser constituída na forma de Microempresa, não é optante do Simples Nacional e recolhe o imposto pelo sistema de apuração C/CORRENTE FISCAL, logo o Autuante na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura do presente Auto de Infração é que se constata expressamente do inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;*

*II - 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.”*

Logo, ante a insegurança jurídica constatada, precipuamente no que diz respeito às regras de direito processual que determinam a qualificação de quem e como deve agir o preposto fiscal na

constituição do crédito tributário, entendo que, da forma como foi instaurado o procedimento fiscal, restou descumprido o devido processo legal e cerceado o direito de defesa do Autuado, que não pode ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, portanto, a aplicação do §1º, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Nestes termos, não sendo possível adentrar no mérito da lide, recomendo à autoridade competente no sentido de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, não para exigir o imposto devido por Antecipação Parcial e, sim a totalidade do imposto, haja vista a condição de Inapto do estabelecimento autuado, nos termos do art. 21, do RPAF-BA/99.

Assim, em estrita consonância com os incisos I e II, do art. 18, do RPAF-BA/99, é nulo, portanto, o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal, razão porque, de ofício, decreto a nulidade absoluta do lançamento por descumprimento do devido processo legal.

Em face do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 225077.0306/15-2**, lavrado contra **L. RODRIGUES MINIMERCADO - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA