

**A. I. Nº** - 213080.0007/18-1  
**AUTUADO** - PACKLINE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - ORLANDINA FERREIRA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 15.01.2019

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0009-06/18**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS INSANÁVEIS. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte inscrito na condição de normal. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º, do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 21/02/2018, para exigência de ICMS no valor de R\$140.124,31, em decorrência da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, código de infração 54.01.08, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A empresa foi intimada, fl. 05, a apresentar os Documentos de Arrecadação Estadual – DAE(s) e as Guias Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE(s) dos pagamentos do ICMS da antecipação parcial/total referentes aos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas – DANFE(s) nºs 11261, 11329, 11374, 23486, 8351, 8352, 150965, 3815, 12481, 16912, 19047, 55874, 23603, 23610, 151384, 147187, 23673, 8461, 8462 e 8463. Consta na intimação a data de 31/08/2017, não havendo registro de ciência da empresa. Conforme documentos acostados às fls. 32 e 33, a empresa foi intimada por A.R., 02/04/2018, para proceder à quitação do Auto de Infração lavrado em 21/02/2018 ou apresentar defesa no prazo de 60 (sessenta) dias contado do recebimento do A.R.

Em sua defesa, o sujeito passivo apresenta impugnação tempestiva, fls. 35 a 37, na qual descreve a autuação e informa que o DANFE 16912 não foi localizado na base da SEFAZ, que o DANFE 3815 é relativo a material de consumo, que os Documentos de nºs 11261, 11329, 11374 e 19047 são relativos a mercadorias do Anexo 1 do RICMS, cujo imposto está recolhido através do MVA destacado na nota (sic).

Em adicional, o defendente exhibe uma tabela para justificar, com base no Decreto nº 7.799/00, que o valor do débito relativo aos demais DANFE(s) deveria ser de R\$7.212,76, mas como não houve recolhimento não existiu crédito no mês subsequente (sic). Por fim, com base nas informações prestadas, requer a impugnação do Auto de Infração, pois nenhuma operação está sendo feita de forma irregular.

A autuante apresenta informação fiscal às fls. 72 (frente e verso) e 73, na qual, após descrever a infração, esclarece que a questão principal se resume à exigência do imposto, em razão do fato da empresa se encontrar descredenciada. Questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte. Sobre as NF-e(s), objeto do presente auto, a empresa foi intimada a apresentar documentação para elidir a acusação, mas não trouxe aos autos nenhum argumento convincente.

Diz que o procedimento fiscal seguiu os fundamentos legais, pois no auto consta a descrição dos fatos, hipótese de incidência, base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido. Não há nenhuma contestação por parte do autuado que apenas exige acesso aos documentos que serviram de lastro para a ação fiscal. Tal exigência deve ser procrastinatória, pois todas as notas fiscais estão relacionadas na peça vestibular.

Aduz que a ação fiscal é perfeita e cristalina, trata-se de um fato comprovado mediante cópias dos documentos anexados ao processo. Salienta que o questionamento do autuado acerca da intimação, não prospera, pois é pacífico que para que seja considerada regular a intimação, basta que a correspondência seja encaminhada e entregue no endereço do interessado, conforme previsão do artigo 238 do CPC de observância obrigatória, tanto é correto que o contribuinte efetuou a sua impugnação.

Ressalta que o direito de defesa foi totalmente respeitado, o material colhido e apensado ao processo é um meio de prova contundente, que não deixa nenhuma dúvida quanto à lisura do processo que concluiu a ação fiscal.

Assevera que o autuado é sabedor de que estava em SITUAÇÃO IRREGULAR de descredenciado e que o crédito foi reclamado em obediência à nossa legislação, que determina através do artigo 12-A da Lei nº 7.014 a cobrança da ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Afirma ser indiscutível, e o próprio autuado reconhece que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo à Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido, questiona apenas que não recebeu os documentos, o que não traduz a realidade.

Ante o exposto, conclui a autuante, à luz de todos os elementos protelatórios trazidos aos autos, não há como sustentar os argumentos do autuado quanto a sua ilegitimidade, devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

## VOTO

Da análise dos fatos descritos no processo, entendo pertinente registrar em preliminar, que conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa. Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Verifico que a ação fiscal que resultou no presente auto de infração tem início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 10265560000121-2017629, acostado ao processo à fl. 3, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE) em 29 de junho de 2017. A fiscalização foi iniciada em 31 de agosto de 2017, com a intimação para apresentação de documentos de arrecadação.

Observo que foi adotado para a lavratura da infração o Modelo 4, que é próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, entretanto, o procedimento descrito no presente PAF não caracteriza esse tipo de ação fiscal. A ação fiscal no trânsito de mercadorias ocorre ao se constatar o efetivo trânsito dessas em situação irregular, sendo uma ação flagrante, instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento da autuação, o que não se constata no caso concreto.

O que se comprova, efetivamente, é a existência de lapso temporal entre a data da lavratura do Auto de Infração (21/02/2018), a da data de emissão dos documentos fiscais (entre 06/06/2017 a 27/06/2017), além da existência de um termo de intimação do contribuinte (31/08/2017), no qual é solicitado o comparecimento do mesmo à sede da IFMT METRO, para apresentação dos DANFE(s) e respectivos DAE(s) de antecipação parcial relacionados no documento. Todos esses dados indicam claramente que não se trata de um flagrante fiscal como se caracteriza nas infrações de trânsito. Entendo, com base na descrição dos fatos, que resta caracterizada uma ação fiscal efetivamente de estabelecimento.

Registro, por oportuno, que 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 trânsito de mercadorias, devem ser observadas as regras insculpidas nos arts. 28 e 29 do RPAF.

Os citados dispositivos tratam dos termos e atos que instruem a ação fiscal, dentre eles, o Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal), que na fiscalização de mercadorias em trânsito deve ser

lavrado, quando necessária a apreensão das mercadorias para constituição de prova material de infração, e o Termo de Liberação ou de Depósito, quando for o caso. Na hipótese da situação não ensejar apreensão, deve ser lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais. São aspectos relacionados à estrita legalidade do lançamento tributário.

Constato que inexistente nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal, que deveria, como já referido, documentar os bens ou mercadorias em situação irregular quando desnecessária a apreensão nas operações de trânsito.

Ademais, em consulta ao sistema de Informações do Contribuinte, Versão 04.36.02 (INC) desta secretaria, constato que o sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de NORMAL, assim, nos termos da redação do art. 42 do RPAF, vigente a partir de 01/07/09, transcrito a seguir, alterado pelo Decreto nº 11.806, de 26 de outubro de 2009, por força da edição Lei nº 11.407, de 08 de abril de 2009, não poderia o presente Auto de Infração ter sido lavrado por Agente de Tributo Estadual:

*"Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:*

*II - 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".*

Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio, é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

Dessa forma, diante do conjunto de irregularidades apontadas, tais como:

- ato praticado por autoridade ou servidor incompetente;
- ausência do Termo de Ocorrência, dentre outras, o lançamento efetuado é nulo, com amparo no art. 18 do RPAF, uma vez que foi praticado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

Registro que, em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos JJF nºs 0099-04/15, 0223-03/16, 0233-04/17 e 0061-04/18.

Com base em todo o exposto, o presente Auto de infração é NULO. Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 213080.0007/18-1, lavrado contra **PACKLINE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, "a" do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala de sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

ANTONIO EXPEDIDTO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR