

**PROCESSO** - A. I. Nº 210671.1007/16-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ORLANDO FERREIRA DO NASCIMENTO (DISTRIBUIDORA DO ORLANDO)-ME  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 5ª JJF nº 0051-05/18  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 31/03/2020

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0028-12/20

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Termo de Ocorrência inválido, não materializa fiscalização de mercadorias em trânsito. Não cumprimento do devido processo legal. Nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF em relação à Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 27/01/2016, exige ICMS no valor de R\$170.085,48, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

*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. Data de Ocorrência: 27/01/2016. Enquadramento Legal: art. 8º, §4º, I, “a” da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, III, “a”, §§2º e 3º do RICMS/BA – Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

*Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal de nº 210671.1007/16-2, em 27/01/2016, com a seguinte descrição dos fatos: “Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Total do ICMS das operações subsequentes, por contribuinte DESCREDENCIADO. 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). Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real da entrada no Estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário “in dubio pro reo”, foi considerado como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos. Operações relativas às Notas Fiscais nºs 759834, 764252 e 771051.”*

*O referido Termo, com assinatura apenas do autuante, designa como fiel depositário o próprio autuado das seguintes mercadorias, 24.000 unidades de Vodka Orloff e 6.600 unidades de Vodka Smirnoff.*

*O autuado foi intimado para tomar conhecimento do Auto de Infração lavrado, através de AR, tendo assinado o referido documento em 15/03/2016 (fl.17).*

O autuado apresentou impugnação à fl. 30, alegando que não teve nenhuma participação nas compras efetuadas junto à empresa J. Araujo Distr. Import. e Export. S/A, nas datas relacionadas na autuação. Acostou, à fl. 41, Boletim de Ocorrência datado de 07/04/2016, comunicando que não efetuou as compras questionadas pela Secretaria da Fazenda e que desde a abertura da empresa nunca efetuou nenhuma compra.

A PGE em parecer à fl. 51, entendeu que como o contribuinte recebeu a intimação em 15/03/2016 e interpôs a defesa em 13/05/2016, a mesma seria intempestiva.

A Inspetoria de Eunápolis retornou o processo à PGE, informando que como o prazo para a defesa é de 60 dias, o contribuinte teria até o dia 14/05/2016 para apresentá-la.

A PGE, à fl. 55, ratificou seu parecer inicial, entendendo que o prazo para a defesa seria de 30 dias.

A Inspeção de Eunápolis, à fl. 56, transcreveu o art. 123, do RPAF/Ba, para confirmar que o prazo atual é de 60 dias.

A PGE, em parecer à fl. 56-verso, finalmente concordou com a informação da Inspeção, solicitando o cancelamento da inscrição do débito em Dívida Ativa e o encaminhamento do processo para o autuante prestar a informação fiscal para posterior julgamento.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 63/64, dizendo que apesar das alegações do autuado, em momento algum apresentou qualquer documentação que efetivamente comprovasse que o mesmo não realizou as compras descritas nas notas fiscais em questão. Acrescentou que apesar de ter sido alertado pelos fiscais da SEFAZ das compras em seu nome, somente registrou o Boletim de Ocorrência dois meses após a autuação. Finalizou aduzindo que nenhuma providência foi tomada no sentido de desqualificar as notas fiscais constantes no processo.

A 2ª CJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

#### **VOTO**

*O presente processo exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação, referente às aquisições de mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), ou seja, enquadradas no regime da substituição tributária, provenientes de fora do Estado, por contribuinte descredenciado.*

*Inicialmente ressalvo que a defesa apresentada pelo autuado foi tempestiva, uma vez que o contribuinte recebeu a intimação em 15/03/2016 (fl. 17) e interpôs a defesa em 13/05/2016 (fl. 29), atendendo, portanto, ao prazo de 60 (sessenta) dias previstos no caput do art. 123, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), cuja redação atual produziu efeitos a partir de 01/01/2015.*

*Em preliminar, entendo pertinente registrar que conforme preconiza o art. 2º do 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.*

*No caso concreto, verifico que o Auto de Infração foi emitido no Modelo 4, próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Verifico que, efetivamente, para legitimar a ação fiscal, o autuante acostou às fls. 04 o Termo de Ocorrência Fiscal. Entretanto, constato que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento.*

*Com efeito, apesar do Termo de Ocorrência Fiscal indicar o autuado como detentor das mercadorias e nomeá-lo como depositário, não se constata no documento a assinatura do autuado, consta apenas a assinatura do autuante. Além de maculado com o vício da falta de assinatura do autuado, o referido termo informa que o contribuinte foi intimado para apresentar os documentos fiscais, objeto da autuação, no dia 27/01/2016, mesma data da lavratura do Auto de Infração e da data de ocorrência da infração, sendo que os referidos documentos (fls. 9/11), são datados de 06/01/2016, 12/01/2016 e 21/01/2016. Na própria descrição contida no Termo consta: “Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio do Direito Tributário “in dubio pro reo” foi considerado como data de ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos eventos”.*

*Tais características demonstram uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal, o que não se configura nessa situação.*

*Nas circunstâncias em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.*

*Diante de tais constatações, considero que o lançamento é nulo, posto que foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com observância de todas as formalidades legais.*

*No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.*

*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 JJJ Nº 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17 e Acórdão C/JF 0037-12/17.*

*Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas nesse CONSEF, considero NULO o lançamento e, nos termos do art. 21 do RPPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.*

*De tudo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

A JJJ recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em virtude da JJJ ter desonerado o valor histórico de R\$170.085,48.

O contribuinte foi intimado para apresentar os documentos fiscais, objeto da autuação, no dia 27/01/2016, mesma data da lavratura do Auto de Infração e da data de ocorrência da infração, sendo que os referidos documentos (fls. 9/11), são datados de 06/01/2016, 12/01/2016 e 21/01/2016.

Ficou comprovado que o Agente de Tributos não atuou numa fiscalização de trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide, e sim de um procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

No Termo de Ocorrência Fiscal não consta a assinatura do Contribuinte.

Não ficou comprovado que foi feito Termo de Intimação para o Contribuinte.

O Contribuinte apresentou Boletim de Ocorrência Policial, denunciando que não efetuou nenhuma compra de tais mercadorias.

Diante de tais constatações, verifico que foi adotado procedimento relativo à fiscalização de trânsito, quando deveria ter sido adotado o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, e com observância de todas as formalidades legais, deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão de piso proferida. Recomenda-se também a possibilidade da autoridade competente (fazendária) refazer a ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 210671.1007/16-7, lavrado contra **ORLANDO FERREIRA DO NASCIMENTO (DISTRIBUIDORA DO ORLANDO)-ME**. Representa-se à autoridade competente (fazendária) para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS