

PROCESSO - A.I. Nº 269189.0001/02-5
RECORRENTE - TRANSÚNICA - TRANSPORTARDORA UNIVERSAL DE CARGAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0196-03/03
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 01.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0489-11/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. Não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, bem como, configurou-se a inexistência dos Termos de Intimação e de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais. Descumprimento da norma processual incerta aos art. 26 e 28 do RPAF/BA. Modificada a decisão. Auto de Infração NULO. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/02/02, exige ICMS no valor de R\$ 11.106,61, em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas prestações de serviço de transporte rodoviário;
2. Recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro ente o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 20 a 22, solicitando a nulidade da autuação, sob alegação de que não foi devidamente intimado da realização da fiscalização. Aduz que apenas tomou conhecimento do Termo Final de Fiscalização, não sendo cientificado do Termo de Início de Fiscalização. Transcreve o art. 28, I do RPAF/99, entendendo que a autuação possui irregularidade procedimental insanável. Ao final, solicita a nulidade do Auto de Infração.

O autuante, em informação fiscal (fl. 25), ratifica a autuação dizendo que o Termo de Início de Fiscalização foi devidamente lavrado (fl. 11). Argumenta que tal fato se torna mais evidente com a apresentação, por parte do autuado, da documentação fiscal anexada às fls. 6 a 10. Transcreve o art. 26, IV do RPAF/99 e, considerando que o autuado não entrou no mérito da autuação, pede a sua procedência.

O relator da 3ª JJF rejeita a preliminar de nulidade suscitada, alegando que o Termo de Início de Fiscalização foi lavrado pelo autuante, estando anexado aos autos à fl. 11, entende também que não pode prosperar a argumentação defensiva de que apenas tomou conhecimento da atuação através do Termo Final de Fiscalização, pois entende que a apresentação, por parte do autuado, da documentação que foi anexada aos autos às fls. 6 a 10, comprova que o contribuinte estava ciente da ação fiscal. Continua o relator afirmando em seu voto que o princípio do contraditório não foi ferido, tendo em vista que o sujeito passivo teve 30 (trinta dias) para apresentar sua defesa após tomar ciência do Auto de Infração.

Como não houve manifestação por parte do autuado em relação ao mérito, conclui votando pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão da 3ª JJF o autuado ingressa com Recurso Voluntário onde insiste na nulidade da autuação pela ausência do Termo de Início de Fiscalização, afirmando que o relator foi induzido pelo autuante a aceitar que o referido Termo se encontrava acostado ao processo.

Alega também a falta de planilha para demonstrar como o autuante chegou aos valores tidos como “recolhimento a menor em decorrência de erro na apuração”.

Conclui solicitando que o Auto de Infração seja declarado Nulo por defeito de forma, com preterição do direito de defesa de acordo com o art. 18 do RPAF/99.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 49 e 50, conclui ter havido omissão por parte do autuante referente ao que determina o art. 28, inciso I do RPAF, quanto à colhida da assinatura e/ou transcrição do Termo de Início de Fiscalização em livro próprio. Entretanto, de acordo com o art. 18 do RPAF, estes fatos seriam exigência meramente formais, não acarretando a Nulidade do Auto de Infração, posto que as referidas omissões foram sanadas e o direito de ampla defesa assegurado.

No mérito, assegura a PGE/PROFIS que o autuante procedeu de forma legal e conclui opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Permita-me, respeitosamente, discordar do ilustre relator da 3ª JJF. Um dos argumentos utilizados para rejeitar a preliminar de nulidade argüida foi de que o autuante havia lavrado o Termo de Início de Fiscalização, anexando aos autos (fl.11). Observe que a peça anexada (fl. 11) à guisa de “Termo de Início de Fiscalização” não atende ao prescrito no art. 28, inciso I do RPAF, por não conter a assinatura do intimado, nem ter sido lavrado ou colado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência conforme cópia do mesmo anexado pelo autuado (fl. 43). Da análise dos documentos integrante do presente processo não encontramos também Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos nem tampouco Termo de Arrecadação de Livros, portanto, não podemos nem devemos imaginar como o autuante conseguiu as cópias dos documentos de fls. 6 a 10, só podemos ter uma certeza: não foi em conformidade com o RPAF.

Entendo que “não se trata de mera formalidade a inexistência dos Termos de Fiscalização, Início e Fim”. Ao lado dos Levantamentos e Demonstrativos do Crédito Tributário **são peças indispensáveis** ao Auto de Infração, o qual não subsistirá com essas omissões.

Regis Fernandes de Oliveira ensina: “*os elementos do ato administrativo, pois, entendidos como partes de um todo, são conteúdo e forma. Como condições ou requisitos de validade temos: a) sujeito, b) conteúdo, c) finalidade, d) formalidade, e) motivo e f) causa. A falta da presença de todas as condições mencionadas, tal como concebidas ter-se-á a nulidade do ato administrativo, ou melhor dizendo, existirá algum vício a macular a higidez do ato, ou surge deficientemente o objetivo do administrador (Ato Administrativo, Ed. RT, 2ª ed., 198º, p. 59).*”

Todo procedimento deverá ser desenvolvido **em adequado formalismo** e criteriosa igualdade entre Fisco e Contribuinte, sem desrespeitar os direitos e garantias constitucionais. Entendo que o estabelecido no art. 28, inciso I, do RPAF é caracterizado como “adequado formalismo” e não como exigência meramente formal como pretende a ilustre procuradora em seu Parecer (fl.50).

Não pode ficar a critério do fisco lavrar ou não o Termo de Início de Fiscalização, a não ser em estrita observância ao “adequado formalismo” previsto na legislação própria (art. 29 do RPAF).

O parágrafo único do art. 142 do CTN consagra “os princípios jurídicos da VINCULABILIDADE e OBRIGATORIEDADE, instituindo um poder/dever para a autoridade competente, destituindo-lhe de qualquer ato discricionário, onde a conveniência e a oportunidade de sua prática são substituídas pela estrita legalidade”.

Por todo o exposto CONHEÇO E DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e voto pela NULIDADE do Auto de Infração, devendo o processo ser devolvido a repartição de origem para refazimento do procedimento, observando as exigências legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269189.0001/02-5, lavrado contra **TRANSÚNICA – TRANSPORTADORA UNIVERSAL DE CARGAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS