

A. I. N° - 295898.0054/10-9  
AUTUADO - FORBB BRASIL IMPORTADORA LTDA.  
AUTUANTE - PAULIDES FERNANDES OLIVEIRA  
ORIGEM - INFAC ATACADO  
INTERNET - 12.05.2011

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0108-04/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. São nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa e em inobservância ao devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/08/2010, traz a exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 54.427,74, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

**INFRAÇÃO 01** – Recolhimento a menor, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime SIMBAHIA. Valor lançado de R\$ 9.870,98. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 03 da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 02** – Recolhimento a menor do imposto devido por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. À fl. 02, no campo “*Infração 02*”, está registrado que o lançamento diz respeito ao ICMS por antecipação parcial, devido nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização (fevereiro a dezembro de 2005). Valor exigido de R\$ 38.489,98. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 01 da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 03** – Recolhimento a menor do imposto devido por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. À fl. 02, no campo “*Infração 03*”, está registrado que o lançamento diz respeito ao ICMS por antecipação parcial, devido nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, conforme notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, que consiste no controle informatizado das mercadorias em trânsito no Estado da Bahia (maio a dezembro de 2005). Valor exigido de R\$ 1.587,28. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 01 da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 04** – Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 4.479,50, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 651 a 679, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 680.

Após sintetizar os fatos, com fundamento em jurisprudência, doutrina e no art. 196, CTN c/c art. 28, § 1º, RPAF/99, sustenta a nulidade do lançamento, por agressão ao devido processo legal e ao direito de defesa, uma vez que o procedimento de fiscalização teve início no dia 13/01/2010, com a primeira intimação, e se encerrou em 31/08/2010, sem que tenha sido lavrada a “*prorrogação formal*” exigida na legislação.

Com fulcro em doutrina, jurisprudência, bem como nos arts. 145/149, CTN c/c art. 5º, XXXVI, CF e art. 936, RICMS/BA, referindo-se às três primeiras infrações, aponta a impossibilidade de lançar quantias que já foram homologadas em lançamento de ofício anterior. As operações comerciais

objeto da autuação já haviam sido objeto de duas fiscalizações prévias, que concluíram pela inexistência de valores devidos, de acordo com os documentos de fls. 693 a 697.

Suscita a decadência do direito do fisco de lançar valores pertinentes a fatos geradores ocorridos até 13/01/2005, haja vista que o primeiro ato da ação fiscal ocorreu no dia 13/01/2010, com supedâneo no art. 150, § 4º, CTN, em doutrina e jurisprudência.

Ainda em sede do que ele mesmo qualifica de preliminar de nulidade, diz que o resultado encontrado não é correto, haja vista que não foram compensados os pagamentos a maior realizados nos meses de fevereiro, junho e julho.

A fim de corroborar o quanto supra aduzido, requer diligência ou perícia, pela autuante ou por fiscal estranho ao feito, no sentido de promover levantamento e juntada aos autos das ações fiscais que sofreu relativas ao exercício de 2005, e de responder os quesitos de fl. 665.

Em seguida, aduz que a nulidade também atinge a infração 04, devido às mesmas razões que foram relatadas no que tange às três primeiras infrações, e acrescenta que, caso não seja aceita a compensação das quantias cobradas na infração 01, deve ser em relação à infração 04, com a aplicação da taxa SELIC, o que resultará na sua extinção.

Fornece endereço para intimações e requer a produção de provas através de todos os meios admitidos, nulidade, improcedência e compensação dos valores pagos a maior em 2005, seja na primeira, seja na quarta infração.

Na informação fiscal, de fls. 746 a 749, a autuante pondera que não merece acolhida o pedido de nulidade, já que a atividade fiscal foi iniciada no dia 13 de janeiro de 2010, cujas prorrogações se deram através de sucessivas intimações, acostadas às fls. 06 a 12.

Relativamente à alegada homologação prévia, sustenta que o que houve – nos anos de 2005 e 2006 – foram simples ações de monitoramento, que visaram fornecer subsídios e apoio às atividades de fiscalização.

Quanto aos pagamentos efetuados a maior, recomenda à defendente “*a correta leitura do RPAF para que utilize o remédio jurídico-administrativo correto para este fato*” (sic).

Manifesta discordância com a preliminar de decadência, com fundamento no art. 965, I, RICMS/97, e com o pedido de diligência, encerrando com o requerimento de que o lançamento seja julgado procedente.

## VOTO

Há um vício de forma relativo às infrações 02 e 03, pois as mesmas exigem o imposto devido por antecipação parcial, de acordo com o que foi registrado no corpo da peça de acusação e nos levantamentos de fls. 45 a 64.

Ocorre que, de forma contraditória, em afronta aos comandos do art. 2º, RPAF/99, inclusive àquele que se refere ao direito de defesa, também foi consignado no Auto de Infração que o ICMS exigido refere-se à substituição tributária por antecipação, tendo sido reputados como infringidos os artigos 371, 391-A, 125 e 61 do RICMS/97, com a multa cominada no art. 42, I, “b”, 01 da Lei 7.014/96, dispositivos que não guardam relação com o instituto da antecipação parcial, prevista no art. 352-A do RICMS/97.

Tal equívoco, por si só, seria bastante para ensejar a nulidade das mencionadas infrações.

Dada a natureza invasiva, investigativa e inquisitória da fiscalização, a ordem jurídica prevê limitações indispensáveis à sua duração, para que não restem prejudicados certos direitos do contribuinte, inclusive o de declarar espontaneamente o tributo devido.

Por conta disso – uma ação fiscal – ainda que se submeta às várias outras limitações que lhe são impostas, não pode durar indefinidamente, ou durar mais tempo do que o legalmente previsto sem o respaldo documental exigido.

As várias entidades tributantes – assim como o Estado da Bahia – fixam prazo para a conclusão do procedimento, estabelecendo a possibilidade de prorrogação, desde que efetuada através dos meios previstos e, obviamente, fundamentada. Aliás, não é privilégio deste ato administrativo a necessidade de fundamentação, pois todos os outros devem trazê-la no seu bojo, sob pena de nulidade.

*RPAF/99. Art. 28. § 1º. O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.*

Portanto, uma vez que não consta do PAF a “comunicação escrita da autoridade competente” exigida no dispositivo regulamentar processual acima transcrito, resta cristalinamente demonstrado que a ação fiscal contém vício insanável, sendo que os montantes lançados somente poderão ser exigidos mediante outro procedimento, que necessariamente observe os preceitos legais que o regem.

O primeiro vício apontado malferiu os direitos ao contraditório e à ampla defesa do acusado, devidamente encartados no art. 2º, RPAF/99. O segundo causou óbices ao direito do fiscalizado de exercer a denúncia espontânea e atingiu o princípio do devido processo legal, sem o qual todos os procedimentos administrativos, principalmente os litigiosos, mostram-se nulos de pleno direito.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. São nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, e em inobservância ao devido processo legal.

Represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, desta feita sem as falhas aqui especificadas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 295898.0054/10-9, lavrado contra **FORBB BRASIL IMPORTADORA LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR