

A. I. Nº - 298579.0132/12-2  
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTE - HÉLIO RODRIGUES TORRES JUNIOR  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 18. 09 .2013

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0196-01/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO JURIDICAMENTE EFICAZ (CTN, art. 196; COTEB, art. 127, § 1º, II; RPAF, art. 28, I). O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/2012, exige crédito tributário no valor de R\$11.899,89, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro e março de 2008. Consta que o contribuinte realiza OPERAÇÃO TRIANGULAR onde a empresa A (RC Moreira Comercial Ltda) adquire TRIGO EM GRÃOS de B (produtor rural localizado no Paraná) e remete para uma empresa C (Consolata Alimentos Ltda., localizada no Paraná) para que industrialize o TRIGO EM GRÃOS, transformando-o em FARINHA DE TRIGO, sendo que, esta empresa C remete a farinha de trigo (produto resultante da industrialização) para a empresa A, conforme cópias anexas das notas fiscais das empresas envolvidas na Operação Triangular. Consta, ainda, que o autuado deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de TRIGO EM GRÃOS proveniente de outra unidade da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme “PLANILHA DE CÁLCULO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DE TRIGO EM GRÃOS E FARINHA DE TRIGO” anexas, cuja base de cálculo está prevista no § 2º do art. 506-A do RICMS/BA.

O autuado, através de advogada legalmente constituída, apresentou defesa (fls. 29 a 35) afirmando que as “*notificações restam eivadas de nulidades, pois, em desconformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.*”

Aduz que conforme preconiza a legislação tributária, deverá o Auto de Infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitar a penalidade, devendo, portanto, observar os seguintes requisitos:

- nome e qualificação do autuado;
- o local, a data e a hora da lavratura;
- a descrição clara e precisa do fato;

- a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- a exigência a ser cumprida;
- a intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- a assinatura do autuante e do autuado, quando possível;
- a indicação da repartição aonde correrá o processo.

Salienta que o cumprimento dos requisitos acima referidos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente assim permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, para a elaboração de sua defesa.

Assevera que “*ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos importados, pois denota-se que o fiscal auferiu valores aleatórios nos períodos fiscais.*”

Frisa que a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do autuante, conforme demonstrado acima, evitando tal fato, por si só, de nulidade os Autos de Infração lavrados, pois, não observa o art. 142 do CTN, cuja redação reproduz. Invoca o posicionamento da jurisprudência nesse sentido.

Acrescenta que além da nulidade acima mencionada, denota-se outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração. Requer, ainda, a realização de diligências para a constatação dos reais valores devidos.

Prosseguindo, no que denomina de mérito, diz que entende que as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Aduz que ao seu entender, os termos alocados pelas notificações e ainda, o valor amostrado por estas, obrigaram à apresentação da defesa escrita, para perfeição de suas razões, que serão abaixo alinhavadas.

Assinala que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspensa, visto o disciplinado, quer pela legislação estadual, quer pelo art. 151 do CTN, cujo texto reproduz.

Assinala que no caso em tela, apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Acrescenta que não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexiste obrigação tributária, comprometendo assim a validade “dos autos de infração objetos da defesa”.

Alega que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor, art. 150 da Constituição Federal. Tece outras considerações sobre as multas, afirmando que, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual apontado na autuação. Transcreve o art. 630, do Decreto nº 33.118/91, assim como, posição doutrinária de Orlando de Pilla Filho, João Roberto Parizatto.

Alega que os juros de mora, por sua vez, atingem o valor corrigido da obrigação tributária acrescida da multa, restando visível que foram praticados em excesso, dado que os juros convencionais das penalidades brasileiras, conforme é disposto pelo Código Tributário Nacional, é de 1% ao mês.

Sustenta que a multa, se mantida a notificação, o que, em razão das provas anexadas, entende não viável, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais. Reproduz o art. 96 do CTN. Diz ainda que se mantidas as penalidades, multa e juros, deverão serem reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva.

Diz que existindo cobrança a maior, os autos de infração perdem os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Menciona que em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e lhe conferindo a mais perfeita justiça.

Finaliza requerendo a nulidade do lançamento ou, no mérito, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, que seja recalculado o real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos. Requer, ainda, a conversão do processo em diligência, a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores aferidos pelo autuante, comprovando as alegações de erro na apuração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 44 a 46) consignando que as notas fiscais estão relacionadas nas Planilhas de Cálculo da Antecipação Tributária às fls. 04/05 dos autos.

Afirma que o Auto de Infração identifica o infrator, descreve a infração com clareza e indica os dispositivos legais dados por infringidos e capitula a penalidade.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração.

#### VOTO

Preliminarmente, constato que o lançamento de ofício em exame não pode prosperar, em face de existência de vício processual que o inquia de nulidade.

Isso porque, da análise das peças que compõem o presente processo, verifico que inexistiu qualquer termo válido que documentasse o início da ação fiscal no estabelecimento do contribuinte, consoante determina o art. 28, I, RPAF/99.

Certamente que os Termos de Apreensão e Ocorrências, lavrados em 29/02/2008 e 13/03/2008 no Posto Fiscal Benito Gama, acostados aos autos às fls. 07/08 e 16/17, não podem validar o lançamento de ofício em exame, haja vista que lavrados na fiscalização de trânsito de mercadorias e, além disso, mais de quatro antes da lavratura do Auto de Infração, portanto, não tendo qualquer validade para fundamentar o presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2012.

Indubitavelmente, no presente caso, por se tratar de novo procedimento fiscal deveria a Fiscalização necessariamente ter intimado o sujeito passivo, o que não fez.

É cediço que em obediência ao devido processo legal, as provas obtidas e os levantamentos efetuados pelo Fisco no curso do procedimento de fiscalização devem ser minuciosamente apresentados ao sujeito passivo, possibilitando que este seja ouvido sobre as circunstâncias e eventos relacionados ao objeto da investigação durante o transcurso do próprio procedimento.

Nesse sentido, é o que estabelece o art. 196 do CTN, ao prever que os prepostos do Fisco devem lavrar termo próprio, no início dos trabalhos fiscais, “na forma da legislação aplicável”.

A regra jurídica aplicável a esse caso, na Bahia, está consubstanciada no art. 127, § 1º, II, do COTEB (com a alteração feita pela Lei nº 7.438/99) e no art. 28, I, do RPAF/99.

Vale observar que a prescrição contida no art. 196 é de natureza processual, resultando, portanto, em nulidade os atos praticados sem observância da forma prescrita.

Relevante observar que tal notificação obrigatoriamente se dará pelo “ciente” do autuado, sobretudo pela repercussão desse ato que interrompe a possibilidade da denúncia espontânea, prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN. Cabe também assinalar que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.627/99, dispõe em seu art. 28, inciso I, que a autoridade administrativa lavre o Termo de Início de Fiscalização, indicando sua finalidade e requisitos que vinculam o procedimento fiscal.

Diante disso, não resta dúvida de que a ausência do termo de início de fiscalização compromete o lançamento de ofício em lide, por se tratar de ato vinculado, portanto, não admitindo discricionariedade, conforme estabelece o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Pelo exposto, é nulo o Auto de Infração em exame, em face de inobservância do devido processo legal, com prejuízo insanável ao contraditório e ampla defesa a ser exercida pelo sujeito passivo.

Conforme manda o art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298579.0132/12-2**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2013.

RUBENS MOUTINHO DO SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR