

A. I. Nº - 157052.1002/13-1
AUTUADO - FRANCIELI BARCE DE SOUZA – ME
AUTUANTE - ANTÔNIO CARLOS SANTOS SIQUEIRA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 03.07.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-04/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO DIREITO À AMPLA DEFESA. Para ser lavrado Auto de Infração com exigência de tributo, é necessário que o sujeito passivo se encontre sob ação fiscal. A legislação enumera os atos que dão início ao procedimento administrativo. O Auto de Infração deve ser precedido de intimação, termo de apreensão / ocorrência ou de termo de início de fiscalização, salvo nas situações expressamente excepcionadas. A falta de termo de ocorrência válido vicia o procedimento, pois implica violação de direito fundamental do contribuinte, configurando, assim, prejuízo jurídico para o mesmo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 27/10/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$ 17.257,54, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/1996, sob a acusação de *“utilização de nota fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”*.

Às fls. 07 a 10 foram colacionados termo de ocorrência fiscal, demonstrativo de débito e termo de ocorrência, todos sem a assinatura de representante do autuado.

Declaração manuscrita juntada à fl. 12, assinada pelo motorista, senhor Ariston Pedreira da Silva.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 32 a 37, na qual, após assinalar a tempestividade da peça, sintetiza as ocorrências que resultaram na autuação e argumenta que a responsabilidade solidária que lhe foi imputada não faz sentido, pois o documento fiscal entregue pelo tomador do serviço continha destino certo (o Estado de Pernambuco), sendo, portanto, idôneo.

“A cooperativa que emitiu a nota fiscal n. 188 tanto é responsável pela carga que assumiu toda a responsabilidade, tratando diretamente do assunto junto aos fiscais (...)”.

Em seguida, pontua que só conseguiu liberar a carga através da impetração de mandado de segurança e que a pessoa que assinou o termo de liberação, no campo destinado ao contribuinte, foi a senhora oficial de justiça Bartira da Silva Cunha.

Conclui pleiteando nulidade.

Na informação fiscal, de fls. 73 a 76, o agente de tributos descreve os trabalhos de investigação, dos quais fez parte solicitação ao fisco do Distrito Federal para averiguar a regularidade da *“empresa”* remetente, e afirma que o ilícito constatado, longe de ser novidade, tem se tornado cada vez mais comum na grande fronteira agrícola que é o oeste baiano.

Transcreve legislação, pondera que observou as normas de regência e encerra requerendo a declaração de procedência da autuação.

VOTO

Não entrarei no mérito da lide, porquanto há vícios insanáveis que, como julgador, tenho o dever de apreciar.

Para que seja lavrado um Auto de Infração, é preciso que o contribuinte se encontre sob ação fiscal regularmente iniciada, e que tome conhecimento dos pressupostos que ensejaram o ato administrativo.

Consoante o exposto no Relatório supra, às fls. 07 a 10 foram colacionados termo de ocorrência fiscal, demonstrativo de débito e termo de ocorrência, todos sem a assinatura de representante do autuado.

Um Auto de Infração não pode surgir ao acaso. Deve haver o início do procedimento, de forma devida e legalmente documentada, já que, por motivos cristalinos, a pessoa jurídica auditada precisa saber que está sendo fiscalizada, e que dessa fiscalização pode decorrer lançamento de crédito tributário em favor do Estado.

É por isso que a legislação determina que o lançamento de ofício do ICMS seja precedido, por exemplo, de termo de apreensão / ocorrência, intimação, termo de início de fiscalização e / ou de termo de arrecadação, salvo nas situações expressamente excepcionadas.

Tratando-se de termo de apreensão / ocorrência, que não existe regularmente nos presentes autos, por falta da assinatura de quem de direito, este tem prazo de expiração de 30 dias. Não sendo efetuada a autuação nesse lapso de tempo, perde a sua validade, tendo, se for o caso, de ser renovado. Isso é o que prescreve o § 2º do art. 28 do RPAF/99.

Já no caso do termo de início de fiscalização (inciso I do art. 28 do RPAF/99), substituível pela intimação para apresentação de livros ou documentos (inciso II do art. 28 do RPAF/99), é válido por 90 dias, podendo ser prorrogado por iguais períodos consecutivos, desde que a prorrogação seja comunicada ao sujeito passivo, como prevê o § 1º do mesmo dispositivo regulamentar.

O procedimento administrativo tendente à lavratura do Auto, portanto, inicia-se mediante vários atos, desde que previstos na legislação e lavrados em obediência ao devido processo legal e à ampla defesa, o que não ocorre quando os mesmos não são assinados: termo de apreensão (inciso IV do art. 28 do RPAF/99), termo de início de fiscalização, intimação etc.

Existem casos em que se inicia a atividade estatal com o próprio Auto de Infração. Isso se verifica quando se trata de um fato instantâneo, que é iniciado e concluído num dado momento, como, por exemplo, na constatação da falta de cumprimento de determinada obrigação acessória. Nesse, como em outros casos, o art. 29 do RPAF dispensa a lavratura de termo de início (bem como de termo de encerramento ou de apreensão).

Também não há necessidade de termos de início ou de encerramento de fiscalização no caso de o procedimento fiscal ser baseado em termo de apreensão, pois este, embora válido por 30 dias, também é consequência de um fato instantâneo. A apreensão tem início e fim num determinado momento, sendo no corpo do instrumento feita a indicação do dia, mês, ano, hora e lugar do procedimento, bem como tomada a assinatura do sujeito passivo ou de pessoa com poderes para tanto.

Em essência, no que concerne ao início dos atos de fiscalização, os respectivos dispositivos do RPAF/99 traduzem o comando contido no art. 196 do CTN.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

O ato do lançamento tributário tem um rito e não pode ser praticado livremente pela autoridade fazendária. Ao contrário, é vinculado, isto é, sujeito à observância dos ditames da lei – ditames de ordem material e formal. Sob o aspecto material, ou de mérito, cumpre verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento do ilícito. Por outro lado, do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento.

Não há hierarquia entre um e outro aspecto. Aliás, este (formal) precede àquele (material), no sentido de que, caso não observadas as normas de direito processual, de natureza imperativa /

cogente, ao ponto de a inobservância atingir algum direito fundamental da pessoa jurídica fiscalizada, como o da ampla defesa ou do devido processo legal, impõe-se a declaração de nulidade.

Desse modo, tão importante quanto a autuação, decorrente do suposto ato ilícito tributário, é a legalidade na qual deve se pautar o fisco quando do procedimento, sob pena de macular de vício insanável o processo, do qual é instrumento. Se um preceito formal deixa de ser atendido, vicia-se o procedimento e o processo, afetando a sua eficácia.

Cabe ressaltar que o entendimento ora esposado já se encontra pacificado no âmbito deste Conselho.

ACÓRDÃO CJF Nº 0242-11/03. EMENTA: ICMS NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Para ser lavrado Auto de Infração com exigência de tributo, é necessário que o sujeito passivo se encontre sob ação fiscal. A legislação enumera os atos que dão início ao procedimento fiscal. O Auto de Infração deve ser precedido de Termo de Apreensão ou de Termo de Início de Fiscalização, salvo nas situações expressamente excepcionadas pela legislação. A falta de Termo de Início de Fiscalização válido vicia o procedimento, pois implica violação de um direito do contribuinte, configurando-se, assim, prejuízo jurídico para o autuado, por ofensa ao princípio da segurança jurídica, uma das facetas do princípio do devido processo legal. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF Nº 0156-12/08. EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, inciso II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), fundamentada no fato de que a falta de intimação para apresentação de documentos fiscais e a inexistência, nos autos, de critérios objetivos para apuração da base de cálculo da infração apontada, cercearam o direito de defesa do contribuinte. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

Idênticas decisões vêm sendo adotadas no âmbito do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Receita Federal do Brasil), com relação à ciência do contribuinte acerca do MPF: Mandado de Procedimento Fiscal.

MPF. CIÊNCIA DO INICIO DA AÇÃO FISCAL. PREPOSTO. POSSIBILIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal deverá ser emitido por ocasião do início do procedimento fiscal e dele será dada ciência ao representante legal, ao mandatário, ou ao preposto do sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235/72. É válida a ciência do MPF, pessoalmente, ou por via postal, realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário (Ac. Nº 2302-00.905, Rel. Arlindo da Costa e Silva, julgado em 16.03.2011).

Acrescente-se que no corpo do lançamento de ofício, à fl. 04, o campo destinado à ciência do autuado não está preenchido, assinado.

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 **157052.1002/13-1**, lavrado contra **FRANCIELI BARCE DE SOUZA – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR