

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 INÍCIO 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