

PROCESSO - A. I. Nº 281240.0061/07-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL DE ALIMENTOS D.J.M. LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0154-02/08
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 24/09/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0269-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. O Auto de Infração foi lavrado sem que se tenha iniciado a ação fiscal de forma legal. Não houve lavratura do Termo de Início de Fiscalização para a ação fiscal. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99.

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 25.04.2007, para exigir imposto no valor de R\$26.700,27, acrescido das multas legais, acusando o sujeito passivo de ter perpetrado as seguintes infrações contra a legislação tributária deste Estado:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$1.388,18, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado;
2. Recolhimento a menor de ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime do SimBahia, no valor de R\$25.312,09.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal, ao analisar a impugnação interposta pelo autuado, julgou nula a ação fiscal, sob os seguintes fundamentos:

“...Entendo razão assistir ao autuado, uma vez que o RPAF/99 na Seção III, ao regulamentar os termos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, determina no artigo 28 que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, para o caso em tela, o Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte.

O mesmo regulamento elenca no artigo 29, de forma taxativa, as situações em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, in verbis:

“Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

- a) descumprimento de obrigação acessória;
- b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das

mercadorias em situação irregular; ou

c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

II - tratando-se de Notificação Fiscal.”

A ação fiscal desenvolvida não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencada no RPAF de dispensa da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, como argüiu o sujeito passivo em sua defesa.

O fiscal autuado, ao prestar a informação fiscal, poderia ter comprovado que lavrou o referido Termo, bastando ter acostado aos autos uma cópia do mesmo assinada pelo contribuinte ou, ainda, uma cópia transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte, conforme previsto no artigo 28 do RPAF, porém não apresentou nenhum documento, nem mesmo qualquer Intimação Fiscal válida ou Termo de Apreensão ou Arrecadação de Livros ou documentos Fiscais.

O Termo de Início de Fiscalização acostado pelo autuado à folha 06 não é válido para o fim que se destina, uma vez que não atendeu as exigências do artigo 28, pois o autuante não colheu a assinatura do autuado. Para um melhor entendimento transcrevo o referido dispositivo:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transscrito diretamente em livro do próprio contribuinte;” (Grifo meu)

Devo ressaltar que o Auto de Infração foi lavrado em 25/04/2007, em cumprimento da Ordem de Serviço nº 506658/07, emitida em 25/06/2007, folha 260, para ser executada pelo autuante, Sr. Aurelino Almeida Santos, portanto, as intimações fiscais acostadas às folhas 21 e 22, não são válida para a autuação em lide, pois foram emitidas pela preposta fiscal Maria José Ferreira, nos dias 29/08/2006 e 15/09/2006, muito tempo antes da emissão da Ordem de Serviço que resultou na lavratura do Auto de Infração em análise, oito meses antes.”

VOTO

A Decisão recorrida não merece sofrer qualquer tipo de reparo, senão vejamos.

O Código Tributário Nacional, no parágrafo único do art. 142, dispõe que: “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”. Depreende-se, portanto, que o lançamento de ofício deve ser lavrado atendendo o quanto prevê a legislação, devendo respeitar os critérios legais, sem qualquer margem de discreção.

O RPAF, ao dispor sobre os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, dispõe, em seu art. 28, que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso, termo de início de fiscalização; termo de intimação para apresentação de livros e documentos; termo de arrecadação de livros de escrituração; termo de apreensão; termo de liberação ou termo de depósito.

No presente caso, o fiscal autuante, ao iniciar a fiscalização da empresa, deveria lavrar o termo de início de fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em

recio, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte. (art. 28, I, do RPAF/28).

Acertada foi a Decisão proferida pela JJF ao afirmar que o caso em análise não se enquadrava em nenhuma das hipóteses de dispensa do termo de início de fiscalização, previstas no art. 29 do RPAF, e que “*o termo de inicio de fiscalização acostado pelo autuado, à folha. 06 não é válido para o fim que se destina, uma vez que não atendeu as exigências do art. 28, pois o autuante não colheu a assinatura do autuado...*”

Já não bastassem tais fundamentos para fulminar o lançamento de ofício ora analisado, uma vez que o mesmo encontra-se eivado de nulidade insanável, conforme foi acima demonstrado, o julgador *a quo* destacou que “*..o Auto de Infração foi lavrado em 25/04/2007, em cumprimento da Ordem de Serviço nº 506658/07, emitida em 25.06.2007, folha 260, para ser executada pelo autuante, Sr. Aurelino Almeida Santos, portanto, as intimações fiscais acostadas às fls. 21 e 22, não são válidas para a autuação em lide, pois foram emitidas pela preposta fiscal Maria José Ferreira, nos dias 29/08/2006 e 15/09/2006, muito tempo antes da emissão da Ordem de Serviço que resultou na lavratura do Auto de Infração em análise, oito meses antes.*

Ressalte-se que a Ordem de Serviço nº 506658/07 foi emitida em 16/04/2007, em que pese o julgador *a quo* afirmar que tal fato ocorreu em 25/06/2007.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Oficio, para se manter inalterada a Decisão proferida pela JJF, com a recomendação de que seja renovado o procedimento fiscal a salvo da falha mencionada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Oficio apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 281240.0061/07-0, lavrado contra COMERCIAL DE ALIMENTOS D.J.M. LTDA. Recomenda-se a autoridade competente para que proceda à renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma do artigo 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

ALINE SOLANO DE SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS