

A. I. Nº - 206973.0002/16-9
AUTUADO - QUÍMICA AMPARO LTDA.
AUTUANTE - IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-05/16

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. DECRETO Nº 7.799/00. MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE CUJO “TERMO DE ACORDO” SE ENCONTRAVA CASSADO. OPERAÇÕES COM PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA NO ESTADO DA BAHIA. **a)** IMPOSTO NORMAL. **b)** IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS JURÍDICOS QUE AUTORIZAM TAL PROCEDIMENTO FISCAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Nulidade. O art. 3º do Decreto nº 7.799/00 autoriza a redução da base de cálculo do imposto de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% nas saídas internas dos produtos relacionados aos códigos de atividades econômicas ali indicadas, desde que os produtos sejam “fabricados por eles” e destinados a contribuintes habilitados nos termos do art. 7º do mesmo diploma legal. Entretanto a ação fiscal não pode deixar de observar o que determina o RPAF/BA, mais especificamente as orientações do art. 26, c/c art. 28, em relação ao início da ação fiscal. É nulo o procedimento administrativo praticado com preterição ou em desacordo com preceito legal na forma do inc. II do art. 18 do RPAF/BA. Vê-se um termo de Início de Fiscalização, com data de assinatura em 17/03/2016, mesma data da ciência do Auto de Infração. Constatado, também, que não foi efetuada intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos no desenvolvimento da ação fiscal, exceto do livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, com ciência na mesma data da ciência da autuação, o que dispensaria a lavratura do mencionado termo (inc. II, art. 28, do RPAF/BA). Procedimento fiscal nulo. Com fundamento no art. 21, c/c art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal a salvo das falhas do início da ação fiscal apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/03/2016, constitui Crédito tributário no valor de R\$199.395,16, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativo ao ano de 2013, na forma do demonstrativo às fls. 08 a 23 dos autos.

Lançado ICMS no valor de R\$150.696,74, com enquadramento no art. 29, § 8º, da Lei 7.014/96, c/c artigos 267 a 268 (a depender da hipótese) do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, relativo ao ano de 2013, na forma do demonstrativo às fls. 08 a 23 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$48.698,42, com enquadramento no art. 8º, inc. II da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa e 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 21 a 44, com documentos anexos acostados aos autos, contestando o Auto em tela, pelas razões que passo a expor.

Diz ser uma empresa que sempre procurou cumprir com suas obrigações fiscais. Destaca que a sua atividade principal é a fabricação de sabões e detergentes sintéticos (CNAE 20.61-4-00). Como atividades secundárias a fabricação de produtos de limpeza e polimento (CNAE 20.62-2-00); de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal (CNAE 20.63-1-00). Destaca que seus principais clientes são comerciais atacadistas e distribuidoras.

Diz que durante o ano de 2013, forneceu produtos à atacadista VAREJÃO 25 COMERCIAL LTDA – CNPJ Nº 8.802.630/0001-91 e à distribuidora H J DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA – CNPJ Nº 7.551.056/0001-83. Ao tratar do fornecimento de mercadorias para essas duas empresas, elas informaram que tinham acordo firmado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ/BA). Por força do mencionado acordo, essas empresas eram tributadas de forma especial.

Destaca que, como prova do método de tributação dirigido à operação, os citados clientes apresentaram os termos de acordo firmados para outorga do regime especial previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000. Diz que os documentos estão em anexo (doc. 04 e 05).

Aduz que, em linhas gerais, o mencionado regime consiste na redução da base de cálculo do ICMS nas operações entre contribuintes que satisfaçam os critérios prescritos no citado Decreto. Seu efeito prático, na verdade, é a redução da carga tributária para as operações e atividades que prevê.

Observa que, ao receber essa informação de seus clientes, foi até a legislação de regência para inteirar-se das providências a serem tomadas. No seu caso, aplicar-se-ia o disposto no art. 3º do citado Decreto, cuja redação descreve:

Art. 3º Nas saídas internas dos produtos relacionados aos códigos de atividades econômicas dos contribuintes indicados nos incisos abaixo, fabricados por eles e destinadas a contribuintes habilitados, nos termos do art. 7º, a base de cálculo será reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento):

(...)

III - fabricação de sabões e detergentes sintéticos, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2061-4/00;

IV - fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2063-1/00;

V - fabricação de produtos de limpeza e polimento, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2062-2/00.

Com o termo de acordo em mãos (doc. 04 e 05), ao estudar a legislação, diz que constatou que, de fato, aqueles clientes eram beneficiários do regime previsto pelo Decreto 7.799, em que, consequentemente, as vendas feitas a eles seriam tributadas com 58,825% de redução da base de cálculo.

Diz que, como indicado pelo citado art. 3º, buscou o dispositivo do art. 7º do mesmo Decreto, para entender o que seriam os tais “contribuintes habilitados”. Nesse dispositivo, assimilou a

ideia de que aquela forma de tributação “fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico”, o qual as duas clientes eram detentoras.

Destaca que observou, ainda, no art. 7-A do mesmo Decreto, que “o desenquadramento de contribuinte no tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido da denúncia do Termo de Acordo”.

Dessa análise, diz ter concluído que os clientes fariam jus ao benefício do Decreto 7.799, se preenchessem os seguintes requisitos: tivessem situação cadastral habilitada; e, fossem detentoras do Termo de Acordo Específico, legalmente firmado entre elas e a SEFAZ.

Observa, então, que os clientes em questão preenchiam esses requisitos. Os termos de acordo em anexo (doc. 04 e 05) estavam perfeitamente vigentes. Além disso, diz que a consulta ao Sintegra (doc. 06 e 07) revela, desde 2008, que elas estão devidamente habilitadas.

Além disso, até 27/02/2016, quando soube da existência da Ordem de Serviço nº 501447/16, não havia tido notícia de nenhum ato de revogação do benefício. Jamais recebeu notificação alguma de eventual denúncia do termo de acordo (art. 7-A). Tampouco foi notificada pelas efetivas interessadas - suas clientes - de eventual alteração em seu regime de tributação. Ou seja, para todos os efeitos, os clientes sempre foram titulares do citado regime especial de tributação.

Surpreendentemente, em 07/03/2016 a ilustre Agente Fiscal encaminhou à Defendente cópia digital do indeferimento dos regimes dos dois clientes. Imediatamente após essa comunicação, em 15/03/2016, foi lavrado o AI.

Diz que, sem nenhum termo de intimação prévio ou solicitação de esclarecimentos, foi autuada pela acusação de que, nas palavras da Autoridade Fiscal, teria promovido “utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo”. Acostado ao AI - tabela de fls. 8 a 22 – está o que se chama de “Demonstrativo das vendas com redução de base de cálculo (atacadista) – Dec. 7.799/00 sem que o adquirente tivesse Termo de Acordo”.

Destaca que o questionado Auto de Infração não contém relatório, nem fundamentação. Diz, também, que não foi explicitado o motivo da autuação.

Neste contexto, diz que, a despeito de haver grave vício de fundamentação do questionado AIIM, concluiu-se que o motivo da autuação foi o cancelamento do regime especial de tributação das duas clientes descritas anteriormente. Essa conclusão foi possível por conta da informação transmitida, informalmente, pela douta Autoridade Fiscal, dias antes da autuação.

Contudo, diz que o indigitado lançamento de ofício é absolutamente improcedente, pelos seguintes motivos: (1) obteve cópia dos Termos de Acordo devidamente firmados (doc. 04 e 05) e consultou, sistemática e periodicamente, o Sintegra para checar a habilitação das empresas (doc. 06 e 07); (2) não foi publicado nenhum ato oficial de denúncia do benefício; (3) tampouco os clientes, que são os legítimos interessados, notificaram a Defendente da pretendida extinção do indigitado regime; (3) em resumo, para a Defendente, os Termos de Acordo sempre estiveram válidos e vigentes, sendo antijurídica qualquer tentativa de penaliza-la por sua eventual extinção.

Diz, também, que não foi regularmente intimada pela fiscalização para apresentar nenhuma espécie de esclarecimento, documento ou qualquer outro elemento que pudesse esclarecer o regime de tributação promovido; e, ainda que alguém pudesse ser autuado por conta da denúncia dos Termos de Acordo, aduz que é parte ilegítima, pois as efetivas beneficiárias do regime são suas clientes, que assumem a posição de contribuintes de fato do ICMS.

Portanto, diz que o lançamento de ofício, além de ser nulo por cerceamento do direito de defesa e ilegitimidade passiva, é absolutamente improcedente, uma vez que obedeceu, rigorosamente, o que determina a lei. É o que diz que será demonstrado a seguir.

Sobre a nulidade do procedimento fiscal. Diz que não foi regularmente intimada do início do procedimento fiscal. Não houve requisição de dados, documento ou qualquer outro elemento que justificasse a redução da base de cálculo. Destaca que, se lhe fosse oportunizada a prestação de esclarecimentos, essa autuação sequer existiria. Cita o art. 2º do RPAF/BA.

No caso específico diz que, é evidente que os princípios da verdade material e da ampla defesa não foram respeitados. Observa que tinha direito de justificar seus atos à Autoridade Fiscal. Essa, por sua vez, tinha o dever de investigar, de buscar a verdade dos fatos. Observa que a jurisprudência vai nesse sentido. Cita a ementa de um Acórdão.

Diz que, no caso em questão, sequer foi lavrado termo de início de fiscalização. Observa que, em anexo (doc. 08), o chamado “Termo de Início de Fiscalização” refere-se à Ordem de Serviço (OS) nº 503742/15. Em seguida, no “Termo de Encerramento de Fiscalização”, atesta-se a lavratura de dois Autos de Infração. O segundo é o que ora se combate (206973.0001/16-9).

Entretanto, diz que o AI em discussão (doc. 03) decorreu da Ordem de Serviço nº 501447/16, que não é aquela referida no citado termo de início. Com efeito, a Defendente jamais recebeu o Termo de Início da fiscalização vinculada à OS nº 501447/16. Essa inconsistência, por si só, seria motivo para a anulação do questionado lançamento.

Diz que, a ilegalidade não para por aqui. Destaca que o outro AI (206973.0005/15-0), esse sim decorrente da OS nº 503742/15, foi lavrado em 06/11/2015, ou seja, há mais de seis meses. Durante todo esse período, jamais foi intimada a prestar esclarecimentos a respeito de regime especial de titularidade de seus clientes. Não lhe foram solicitados os termos de acordo ou qualquer outro dado.

Na verdade, diz que só soube que estava sendo alvo de fiscalização quanto a esse tema por comunicado informal, feito em 27/02/2016, poucos dias antes de lavrado o discutido AI.

Portanto, já por esse primeiro motivo, por ser incontestável o fato de não ter havido a devida ação fiscal, é de se reconhecer a indelével nulidade do questionado lançamento de ofício. Seu afastamento é, pois, medida de rigor.

Destaca o art. 89 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), instituído pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, que determina:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

(...)

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;

Neste contexto, diz que não há descrição dos fatos no questionado lançamento de ofício. Pelas poucas palavras contidas no AI, foi possível deduzir que o problema se deu com relação aos Termos de Acordo das clientes. Todavia, não se sabe qual problema foi esse.

Diz que a Agente Fiscal deveria, no mínimo, explicitar por que as clientes da Defendente não tinham o mencionado termo de acordo. Ora, se a Defendente tem em sua posse cópia dos legítimos termos de acordo firmados com as duas clientes (doc. 04 e 05) e sua situação no Sintegra consta como habilitadas (doc. 06 e 07), pergunta-se: os termos são falsos? Houve revogação do benefício? Foi dada a necessária publicidade à eventual revogação? As clientes estão desabilitadas? Se sim, por que? Como seu cadastro permanece habilitado?

Destaca algumas ementas de Acórdãos deste Conselho de Fazenda sobre aspecto de nulidade. Portanto, diz que, nos termos do art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, o indigitado AI é absolutamente nulo. Nele, não há elementos suficientes para caracterizar, com segurança, a

infração supostamente cometida. Há séria preterição ao direito de defesa da contribuinte autuada, ora Defendente.

Sobre ilegitimidade passiva, diz que além do grave vício de fundamentação e consequente preterição ao direito de defesa, o questionado AI é nulo por ilegitimidade passiva (art. 18, IV, “b”, do RPAF). Pelo que pôde deduzir, a autuação se deu por conta de revogação do benefício fiscal outrora concedido a suas clientes. Não é demais repetir: o regime especial era das clientes, e não da Defendente. Desse inquestionável fato, diz que é necessário concluir que não pode ser responsabilizada pela não fruição de benefício que jamais foi de sua titularidade.

Pontua que a redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00 jamais lhe beneficiou. Muito pelo contrário: seu efeito era neutro. Diz que, se houve pagamento a menor do imposto, quem efetivamente pagou a menor foram suas clientes, e não a Defendente. Neste contexto, diz que há, portanto, flagrante ilegitimidade passiva no lançamento.

Acrescenta que na descrição dos fatos, viu-se que tomou todas as cautelas possíveis para atestar a regularidade do regime especial que suas clientes afirmaram ser titulares. Destaca que não é demais relembrar que a Defendente: (1) obteve cópias dos termos de acordo, nos quais se outorgava às clientes o benefício previsto no Decreto 7.799/00; (2) checkou, periódica e sistematicamente, a situação cadastral das clientes no Sintegra; e, (3) ficou atenta a qualquer ato oficial que implicasse na revogação do regime, nos termos do art. 7º do indigitado Decreto.

Sustenta que fez tudo que estava em seu alcance e que, na verdade, não há outra conduta a ser exigida. Observa que não tem a mínima condição de acessar dados internos da Sefaz e, muito menos, de suas clientes. A única diretriz que pode seguir são aquelas às quais se atribui publicidade.

Traçando outras considerações, com citações de alguns artigos do Decreto nº 7.799, bem assim de algumas ementas deste Conselho de Fazenda, diz que, além de ser nulo, revela-se improcedente o presente lançamento de ofício.

Pelo exposto, pede o recebimento e regular processamento da presente Defesa, para que seja reconhecida a indelével nulidade do indigitado Auto de Infração; e/ou, no mérito, que seja julgado improcedente.

A autuante presta Informação Fiscal nas fls. 113/115, destacando, preliminarmente, de forma resumida, as considerações de defesa, para em seguida traçar suas considerações:

Diz que, para que não parem dúvidas quanto ao pleno conhecimento por parte da autuada dos procedimentos adotados pela ação fiscal iniciada através da Ordem de Serviço nº 503742/15, que culminou na lavratura do Auto de Infração nº 206973.0005/15-0 (fls. 116 a 119), aguarda distribuição para julgamento em primeira instância (fl. 120).

Destaca que, não sendo possível incluir esta infração no referido Auto, anexa (fls. 121 a 147) troca de mensagens via correio eletrônico com os senhores João Artur Caliman e Atanael Andrade, este último procurador signatário do termo de ciência às fls. 3 e 5 (Auto de Infração e Demonstrativo de Débito).

Observa que, informada da pendência quanto a este roteiro, inclusive ciente da constante comunicação com GECES (fls. 148 a 156) de quem dependia para obter a informação correta quanto à cassação de Termo de Acordo de determinados contribuintes, a supervisão sugeriu que a Ordem de Serviço fosse concluída com ressalva e, caso fosse comprovada a venda com redução de base de cálculo para atacadista não habilitado, seria emitida nova Ordem de Serviço de Plantão fiscal objetivando, única e exclusivamente, alcançar também esta infração para o mesmo exercício, o que foi feito com a emissão da O.S. Plantão Fiscal nº 501447/16.

Diz que a intimação original datada de 20/07/2015 emitida no início da ação fiscal está anexada ao PAF nº 206973.0005/15-0 e a intimação acostada à fl. 6 do presente PAF, exigida pelo RPAF, foi assinada pelo preposto da autuada no momento que tomou ciência no Auto de Infração.

Observa que, apesar de saber que a ação fiscal iniciou com a intimação datada de 20/07/2015, não tendo sido jamais interrompida, o preposto escreveu a data “15/03/2016” em todos os documentos firmados naquele momento, a saber: (1) Auto de Infração (fl. 23); (2) Recibo de Arquivos Eletrônicos (Fl. 24). Aduz, então, que não crê que tenha havido má fé, apenas não atentou tratar-se da Intimação cuja ciência havia combinado que seria assinada quando da vinda do preposto para receber o Auto de Infração.

Destaca que, por feliz coincidência, o preposto com procuração, que tomou ciência do Auto de Infração foi Atanael Andrade, o mesmo que confirmou o recebimento da Intimação datada de 20/07/2015 em mensagem enviada em 21/07/2015 via correio eletrônico (fl. 121).

Diz que, houve solicitação da autuada, por telefone, para que o recolhimento do valor apurado pela venda com redução de base de cálculo para atacadista sem termo de acordo válido fosse efetuado sem a lavratura de Auto de Infração.

Diz, também, que, na tentativa de livrar-se da multa pela infração, a autuada tentou emitir o DAE para recolhimento espontâneo do valor apurado, já que estava ciente ao receber a planilha para análise em 07/03/2016.

Observa que, em mensagem via correio eletrônico datada de 14/03/2016, informou à autuada a impossibilidade de pagamento espontâneo (fl. 147).

Diz que, diante da exaustiva verificação da confirmação da cassação do Termo de Acordo dos contribuintes Varejão 25 Comercial Ltda (I.E. 73.927.583) e H J Distribuidora de Alimentos Ltda (I.E. 67.099.283) de fls. 157 e 158, respectivamente, e finalmente, da continuação da redução da base de cálculo nas vendas efetuadas pela autuada para tais contribuintes, não restou alternativa a não ser lavrar o competente Auto de Infração.

Destaca que não tomou conhecimento de fato novo, nem a Defesa apresentou nada que justificasse a sua mudança de atitude. Diz que, às vésperas da lavratura do Auto de Infração pediu para fazer o recolhimento espontâneo, convencida da infração cometida.

Por tudo quanto foi aqui exposto, diz manter integralmente a autuação.

VOTO

Versa a autuação sobre duas infrações imputadas ao sujeito passivo, sendo a primeira infração decorrente de recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$150.696,74, a segunda retenção e recolhimento a menos de ICMS por substituição, no valor de R\$48.698,42; ambas, com data de ocorrência no ano de 2013, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, na forma do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, relativo a operações de vendas para contribuintes que satisfaçam os critérios prescritos de redução da carga tributária ao percentual de 7%, para os produtos de fabricação própria referente a sabões, detergente sintéticos, cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, produtos de limpeza e polimento na forma dos incisos III, IV e V, do art. 3º, do citado diploma legal, conforme a seguir destacado:

Art. 3º Nas saídas internas dos produtos relacionados aos códigos de atividades econômicas dos contribuintes indicados nos incisos abaixo, fabricados por eles e destinadas a contribuintes habilitados, nos termos do art. 7º, a base de cálculo será reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento):

(...)

III - fabricação de sabões e detergentes sintéticos, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2061-4/00;

IV - fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2063-1/00;
V - fabricação de produtos de limpeza e polimento, enquadrados no CAD-ICMS sob o código de atividade econômica 2062-2/00.

De pronto se observa, na constituição da acusação, vícios formais de procedimentos que inquinam toda a ação fiscal de nulidade por inobservância do devido processo legal. Como bem destaca o sujeito passivo, em sede de defesa à fl. 37 dos autos, não foi regularmente intimada no início do procedimento fiscal, nem tampouco foi efetuado requisição de dados, documentos ou qualquer outro elemento que pudesse vir a embasar tal autuação, o que concordo com o defendente de que os princípios da verdade material e da ampla defesa não foram respeitados na sua totalidade, conforme orienta o art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que pese à d. Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, ter juntado às fls. 121/126, cópias de vários e-mail trocados, com preposto da empresa autuada, no sentido de demonstrar que o defendente houvera sido informado do procedimento fiscal.

Assim dispõe o art. 2º do RPAF/BA:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

De fato, a jurisprudência deste Conselho de Fazenda encaminha nesse sentido. A ação fiscal regular é condição de validade do Auto de Infração. Sem o devido procedimento fiscal seguindo as disposições da legislação, não há autuação válida.

Conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início da Fiscalização e da Intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, conforme a seguir descrito:

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 transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

Sobre o Termo de Início de Fiscalização destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, no caso em análise, vê-se à fl. 7 dos autos, com o seguinte destaque “Aos primeiros dias do mês de março de 2016, iniciei a ação fiscal [...]”. Porém, por tal destaque, não se pode determinar qual foi, efetivamente, o dia em que se iniciou a ação; ademais não se observa a assinatura do intimado no instrumento ou recibo (inciso III, art. 26, do RPAF) isto é, a ciência do defendente, nem tampouco a juntada de cópia do seu registro no livro de ocorrência do defendente, se assim fora o procedimento da fiscalização (inciso II, art. 26, do RPAF).

Por sua vez, em relação ao Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, o que dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, observa-se que está acostado à fl. 6 dos autos, um termo com data de assinatura em 17/03/2016, mesma data da ciência do Auto de Infração, pelo preposto autorizado da defendente, o que não cabe para situação posta, vez que o termo de início deve estar assinado com a data que efetivamente o defendente tomou ciência do início dos trabalhos da fiscalização.

Aliás, fato este não negado pela d. Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal, quando desenvolve o seguinte destaque: “*Apesar de saber que a ação fiscal iniciou com a intimação datada de 20/07/2015, não tendo jamais interrompida, o preposto escreveu a data de 15/03/2016 em todos os documentos firmados naquele momento: Auto de Infração (fl. 3), Demonstrativo de Débito (fl. 5), Intimação (fl. 6), Demonstrativo da Infração (fl. 23), Recibo de Arquivos Eletrônicos (fl. 24)*”. Há de se destacar que em nenhuma lauda dos autos vê-se qualquer termo de início datado de 20/07/2015 e assinado pelo defendente, data esta que a autuante alega, em sede de informação fiscal, ter dado início a presente ação fiscal.

Vale salientar que a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal. Neste caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja visto que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização e não consta que foi efetuada intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do mencionado termo.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados no início da ação fiscal implicam cerceamento dos princípios da ampla defesa e da verdade material, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, com base no art. 18, inc. II, do RPAF/99, ao tempo que, com fundamento no art. 21, c/c art.156, do RPAF/99, represento à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal a salvo das falhas do início da ação fiscal apontadas.

Há de se observar que, com a decretação da nulidade da presente ação fiscal, pode o sujeito passivo exercer o seu direito a espontaneidade (art. 138, do CTN), em relação ao recolhimento do lançamento objeto em análise, não exercido até então, pelo defendente, na forma do que se extrai das considerações postas, pelo autuante, em sede de informação fiscal, porquanto já ter sido iniciado a ação fiscal (parágrafo único, do art. 138, do CTN).

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206973.0002/16-9**, lavrado contra **QUÍMICA AMPARO LTDA.**, recomendando-se o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR