

**A. I. N°** - 09300698/03  
**AUTUADO** - GARROTE NA BRASA CHURRASCARIA LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ARNALDO REIS CRUZ  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 31.08.04

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0294-02/04

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO COM INSCRIÇÃO CANCELADA. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As provas acostadas aos autos comprovam o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/12/2003, refere-se a exigência de R\$29.801,57 de imposto, mais multa de 60%, sob acusação de que o contribuinte supra efetuou operações mercantis sem possuir inscrição cadastral (cancelada), deixando de efetuar o recolhimento do ICMS apurado através de levantamento dos valores do fluxo de Caixa, referente à comercialização de refeições, conforme demonstrativos e documentos às fls. 02 a 52.

Conforme constam nos Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 073597, 073598 e 114961 datados de 13 e 17/11/2003 (docs. fls. 03, 04 e 10), foram apreendidos três equipamentos POS para vendas através de cartão de crédito das administradoras Visa, Hipercard e Redecard; CPU marca Supri, Relatórios de vendas internas do período 01/06/03 a 13/11/03; ECF marca Bematech série 470801-0603160.

O autuado representado por advogada legalmente constituída interpõe recurso defensivo às fls. 66 a 68, esclarecendo que a empresa se dedica ao ramo de churrascaria, e que mantém escrituração fiscal de acordo com as normas regulamentares, suscita a nulidade do lançamento com base na alegação de que o Auto de Infração não aponta os meses que deixou de recolher o ICMS ou se o recolhimento ocorreu a menos.

Assevera que pela falta de tais indicações foi violado o artigo 5º, LV, da CF/88, pois ficou impedido de exercer a ampla defesa, não podendo proceder a comprovação do pagamento que seria devido ou não.

Argumenta ainda que descabe a exigência fiscal, salientando que no dia 13/11/03 foram feitas as apreensões das máquinas, porém, somente em 12/12/03 é que foi lavrado o Auto de Infração, entendendo que se tivesse cometido a infração não haveria porque a lavratura ocorrer trinta após este fato, ressaltando que quando da ação fiscal em 13/11/03 foi apenas orientado que fizesse o pedido de inscrição do SIMBAHIA.

Protestando por todos os meios de provas em direito admitidas, o patrono do autuado requer a anulação do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 80 a 84, esclarece que a inscrição estadual do contribuinte foi gerada via internet após a intimação referente a Denúncia n° 2.935/03, sendo constatado através de diligência que o estabelecimento estava realizando operações de vendas de mercadorias sem a emissão de documentação fiscal correspondente.

Quanto ao argumento defensivo de que não procedeu o devido levantamento dos fatos ocorridos, o preposto fiscal autuante diz que a advogada não foi informada pela empresa que quando da visita fiscal o estabelecimento não possuía inscrição cadastral e estava realizando operações de vendas sem emissão de documentos fiscais.

Sobre a falta de indicação de quais meses corresponde a exigência fiscal, o autuante argumenta que o imposto foi apurado através de levantamento dos valores do fluxo de Caixa do contribuinte sem inscrição cadastral, com base nos relatórios de operações realizadas pelo estabelecimento, apreendidos através do Termo de Apreensão nº 073598 (docs. fls. 15 a 16, e 32 a 48), pois o mesmo não possuía inscrição estadual, conforme atesta o documento à fl. 37, ressaltando que para o cálculo do imposto foram deduzidas as operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária da ordem de 28%.

Esclareceu ainda que a apreensão das máquinas ocorreu em 13/11/03 e o AI foi lavrado no dia 12/12/03, salientando que descabe a alegação defensiva de que o mesmo foi lavrado após trinta dias do início da ação fiscal.

## VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, observo que o Auto de Infração foi lavrado corretamente, pela falta de recolhimento do imposto incidente sobre as vendas realizadas no período de 15/06 a 15/11/03, conforme Relatório do Fluxo de Caixa (docs. fls. 33 a 35), cuja data da ocorrência para fins de apuração débito foi considerada o dia do encerramento da ação fiscal, por se tratar de apuração feita por preposto fiscal do trânsito de mercadoria, beneficiando o contribuinte. Assim, considerando que o autuado pôde exercer a ampla defesa, mediante a comprovação de que o montante que serviu de base à autuação estava escriturado nos livros fiscais, e que o respectivo imposto foi devidamente recolhido em tais operações, conforme alegado, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, observo que a ação fiscal que resultou na autuação foi efetuada por preposto fiscal da fiscalização de mercadorias em trânsito em atendimento a uma denúncia fiscal, sendo lavrado o Auto de Infração Modelo 2, no qual, consta que o fulcro da autuação concerne a exigência de imposto em razão da realização de operações mercantis sem possuir inscrição cadastral (cancelada), deixando de efetuar o recolhimento do ICMS apurado através de levantamento dos valores do fluxo de Caixa, referente à comercialização de refeições, conforme demonstrativos e documentos às fls. 02 a 52.

A autuação está fundamentada no “Relatório do Fluxo de Caixa” constante às fls. 33 a 35, devidamente assinado pelo representante do autuado, onde constata-se que no período de 15/06/2003 a 15/11/2003 as vendas totalizaram a cifra de R\$243.481,95. Já à fl. 37 consta no Relatório das Vendas Internas do mesmo período que a parte relativa a fornecimento de bebidas representa 28%. Disso decorrente, foi deduzido do montante das citadas vendas o valor correspondente a 28% de bebidas, resultando na base de cálculo no valor de R\$175.303,40, que a 17% resultou no imposto que foi lançado no Auto de Infração.

A legislação tributária (art. 123 do RPAF/99) prevê que é assegurado ao sujeito passivo fazer a impugnação do lançamento por escrito acompanhada das provas de suas alegações, precluindo o direito de apresentá-la em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade por motivo de força maior.

Considero caracterizada a infração, pois o autuado, apesar de se encontrar com sua inscrição cadastral cancelada, não comprovou sua alegação de que mantinha escrituração fiscal de acordo com as normas regulamentares, de modo a que fosse possível a verificação se as vendas realizadas no período citado foram devidamente escrituradas nos livros fiscais, e por via de consequência levada à tributação do ICMS, ressaltando que no período objeto da autuação não consta no sistema fazendário qualquer recolhimento em nome do autuado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **VOTO DISCORDANTE**

Há, nestes autos, um vício jurídico que tenho o dever, como julgador, de levantar de ofício, pois diz respeito à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal. Esses princípios são muito acertadamente denominados de “princípios retores” da tributação, por dizerem respeito à retidão como deve pautar-se o ente tributante ao instituir e ao cobrar tributos. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

O Auto de Infração que objetive o lançamento de tributo deve basear-se ou em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão. No presente caso, embora tenha sido anexado Termo de Apreensão, este diz respeito à apreensão de equipamentos e papéis, e não das mercadorias objeto do lançamento do crédito tributário, pois este foi apurado em função de levantamento do volume de vendas.

No caso em exame, a ação fiscal desenvolvida é típica de fiscalização de estabelecimento (é irrelevante o fato de ter sido utilizado o modelo de Auto de Infração “de trânsito”). Na fiscalização de estabelecimento, é indispensável a lavratura de Termo de Início e de Termo de Encerramento de Fiscalização. Trata-se de previsão expressa do art. 28, VII, do RPAF/99. O “caput” do artigo diz que o agente fiscal “lavrará” (o termo). A forma verbal empregada denota imperatividade, não uma faculdade. O inciso VII não se contenta apenas em determinar que seja lavrado o Termo de Encerramento, e acrescenta: “... devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte”.

Por conseguinte, além da exigência legal da lavratura do Termo de Encerramento, o fiscal tem a obrigação de colher no próprio termo, ou em recibo, a assinatura do contribuinte, provando que este tomou ciência do fato. A assinatura do sujeito passivo é dispensada se o Termo for transcrito no livro próprio. Como neste caso o sujeito passivo não tinha o livro próprio, o Termo de Encerramento teria de ser entregue a ele mediante recibo, no próprio instrumento ou em instrumento apartado. Isso não foi feito.

Poder-se-ia dizer que se trata de “mera formalidade”. Não é. O § 4º do art. 28 do RPAF prevê que os Termos de Início e de Encerramento, bem como o Termo de Apreensão, quando for o caso, constituem o fundamento do procedimento fiscal. Por conseguinte, o Auto de Infração baseia-se, funda-se, tem por supedâneo ou o Termo de Encerramento ou o Termo de Apreensão. As únicas exceções a essa exigência expressa da legislação são os casos dos arts. 29 e 30 do RPAF.

Tendo em vista que o Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em Termo de Fiscalização ou em Termo de Apreensão lavrado de forma eficaz, e considerando que neste caso o procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, prejudicando a defesa do contribuinte, o lançamento do crédito tributário é nulo, por não ter sido seguido o devido processo (procedimento) legal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18 do RPAF/99.

## 7RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09300698/03**, lavrado contra **GARROTE NA BRASA CHURRASCARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.801,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

TEREZA CRISTINA CARVALHO DIAS - JULGADORA