

**PROCESSO** - A. I. Nº 207096.0013/04-2  
**RECORRENTE** - SPAGHETTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (IL FORNO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0437-01/05  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 23/03/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0078-12/06

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Decisão anulada por incorrer em preterição do direito de defesa. O contribuinte não foi intimado para cumprir a diligência solicitada pelo relator da instância originária de julgamento. Aplicadas, ao caso, as disposições do art. 18, inc. II, do RPAF/99. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, através de seu representante legal, contra a Decisão de 1º grau que declarou a Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2004, que exige ICMS no valor de R\$4.301,46, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão. Período fiscalizado: 01/01/2003 a 31/03/2004. Consta na descrição dos fatos que a irregularidade apontada tomou como base os registros constantes das Reduções Z comparados com as informações prestadas pelas Administradoras de Cartões, em relação aos meses de jan/jul, setembro e outubro/2003 e janeiro/2004.

A Junta de Julgamento ao decidir a lide fiscal exarou o voto a seguir transcrito:

*“Preliminarmente, verifico presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, consoante artigo 18, seus incisos, alíneas e parágrafos, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.*

*O auto de infração trata de presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada através do confronto dos registros constantes das Reduções Z com as informações prestadas pelas Administradoras de Cartões de crédito/débito.*

*Verifico que esta 1ª JJF, objetivando preservar o princípio da verdade material, decidiu em pauta suplementar, converter o processo em diligência, solicitando ao autuante que após anexar ao processo o Relatório de Informações TEF – operações, bem como o Termo de Início de Fiscalização ou o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, intimasse o autuado para apresentar no prazo de 10 (dez) dias demonstrativo relacionando os comprovantes de pagamentos mediante cartão de crédito e ou débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, resumindo-os mensalmente e comparando-os com o valor informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito anexado ao processo; comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e dos respectivos documentos fiscais que comprovem o demonstrativo referido no item anterior. Solicitou-se, ainda, que de posse das informações acima, o autuante deveria anexar o demonstrativo e as cópias reprográficas dos comprovantes de pagamento ao processo e elaborar, caso tivessem sido apresentadas as devidas provas, novo demonstrativo de débito, entregando ao autuado mediante recibo específico, cópia dos referidos documentos e demonstrativos, informando-o do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar.*

*Observo que às fls. 1.309, foi anexada intimação ao autuado, onde consta o encaminhamento de um envelope contendo cópias das TEF's com todas as operações diárias informadas pela Administradora de Cartão de Crédito/Débito, relativo ao período de 01/2003 a 07/2003, 09/2003 a 10/2003 e 01/2004. Consta, ainda, a reabertura do prazo de defesa por 30 (dias) conforme determinação da 1ª JF do CONSEF.*

*Entretanto, constato, que cientificado da intimação, o autuado confirma o recebimento das cópias das TEF's diárias anexadas às fls. 96 a 1308 do PAF, em data de 30/08/2005, porém silencia.*

*O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, dispõe em seu artigo 8º que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações.*

*Por sua vez, o artigo 123, do mesmo RPAF, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.*

*Por fim, o artigo 153, do RPAF, determina que o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.*

*Diante do exposto, considerando que o autuado mesmo tendo sido solicitado a apresentar os demonstrativos e documentos que poderiam confirmar ou não as suas alegações, inclusive, com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, silenciou, entendo que prevalecem as disposições do Regulamento do Processo Administrativo - RPAF/99, assistindo razão ao autuante quanto à exigência fiscal”.*

O contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, argüindo, inicialmente, a nulidade do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, sob o argumento de que jamais fora intimado pelo autuante a apresentar demonstrativos relacionados com os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente e comparando-os com o valor informado pelas operadoras de Cartão de Crédito, conforme determinado pelo relator nos documentos de fls. 81 a 91, razão pela qual postulou que seja declarado nula a Decisão de 1ª Instância.

Afirma que todas as vendas realizadas pelo recorrente foram documentadas através das reduções Z e das notas fiscais série D-1 e que o valor utilizado como base de cálculo para a apuração do ICMS, durante o período autuado, constante do livro de Apuração do imposto, foi de R\$595.241,07, enquanto que o valor declarado pelas administradoras de cartão de crédito, durante o mesmo período, foi de R\$518.757,33, não havendo, portanto, argumento que fundamente a alegação de que o recorrente havia omitido receita.

Declara que o autuante incidiu em erro de fato ao relatar situação jurídica que não ocorreu e efetuar lançamento de créditos inexistentes, lavrando contra o recorrente o presente Auto de Infração. Aduz, ainda, que não se manifestou acerca das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito pelo fato de não ter qualquer objeção quanto às mesmas.

Requeru, ao final, a reforma da Decisão de 1º grau e o conseqüente cancelamento do Auto de Infração.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), ao se manifestar nos autos, salientou que os argumentos trazidos pelo recorrente merecem acolhida. Afirma que houve patente cerceamento ao direito de defesa, em razão do descumprimento da diligência solicitada pelo sr. relator da Junta, pois esta autoridade determinou que o autuante intimasse o autuado, ora recorrente, para que esta apresentasse os demonstrativos relacionados com os comprovantes de pagamento mediante

cartão de crédito e com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, para que a partir, deles, confeccionasse novo demonstrativo de débito. Ressaltou, a PGE/PROFIS, entretanto, que apesar da expressa determinação da Junta, a autoridade fiscal limitou-se a juntar aos autos as TEF's diárias relativas ao período autuado e, após intimar a empresa para que esta se manifestasse acerca das TEF's, sem se referir, em momento algum, à determinação para que o autuado juntasse os documentos acima mencionados. Argumenta que na intimação acostada a fl. 1309 dos autos não consta a expressa determinação de juntada de documentos. Afirma que, desse modo, fica evidenciado o claro propósito do autuante de se furar, pela segunda vez, ao cumprimento da diligência solicitada, prejudicando a defesa da ora recorrente. Aduz que a Junta de Julgamento Fiscal, *“iludida pela aparente regularidade procedimental, não se ateve a esse fato, tendo entendido que o silêncio da empresa acarretava a caracterização da presunção legal de omissões de saídas tributáveis sem pagamento do imposto, quando, na verdade, o que ocorreu foi que o direito de defesa do sujeito passivo foi claramente prejudicado”*. Citou o art. 18, inc. II, do RPAF/99, para embasar o entendimento de que a Decisão da Junta é nula, por preterição do direito de defesa, e, em consequência, que os atos posteriores do processo devem também ser anulados, para se determinar a sua renovação a salvo de falhas. Concluiu, o Parecer, opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário, para se decretar a nulidade do julgamento de 1ª Instância e o consequente retorno dos autos àquela esfera administrativa.

## VOTO

Nas diligências requeridas pela Junta de Julgamento à Inspetoria de Fiscalização (docs. fls. 81 e 91), foi determinado a juntada aos autos dos relatórios TEF's diários para fins de documentar as transações comerciais pagas com cartão de crédito ou débito, bem como do Termo de Início de Fiscalização ou do Termo de Intimação para a entrega de livros e documentos, visando precisar o momento em que se iniciou a ação fiscal perante o contribuinte. Foi também determinado pelo julgador de 1º grau que fossem entregues ao sujeito passivo os citados relatórios e elaborada intimação específica objetivando garantir ao autuado a confecção de demonstrativos que pudessem evidenciar se eram verdadeiras as alegações de que parte das vendas, acobertadas com notas fiscais, foram pagas através de cartão de crédito ou de débito. Oportunizou-se, também, a apresentação dos comprovantes de pagamento ou boletos de cartão de crédito e a correspondente vinculação destes com os documentos fiscais emitidos no período da atuação. Acaso o contribuinte apresentasse essas provas o processo deveria retornar ao autuante para nova informação fiscal.

Ao cumprir a diligência, conforme atestado no documento anexo (fl. 1309), a Inspetoria Fiscal procedeu à intimação do contribuinte, entregando neste ato, os relatórios de vendas diárias através de cartão e reabrindo prazo de defesa de 30 (trinta) dias. Limitou-se apenas a esses procedimentos. Não foi elaborada, entretanto, a intimação específica visando comunicar ao contribuinte que fizesse o confronto entre as informações que lhe foram entregues e os documentos fiscais de que dispunha, conforme foi determinado pela Junta no pedido de revisão do lançamento. Posteriormente o processo retornou a este CONSEF, foi submetido a nova distribuição, face ao afastamento do relator originário da função judicante, e incluso na pauta de julgamento pelo novo relator, sem que a diligência fosse integralmente cumprida na forma solicitada originalmente pela Junta de Julgamento Fiscal.

A empresa, no Recurso Voluntário, alega a nulidade do julgamento *“a quo”*, afirmando que jamais fora intimada para cumprir a diligência requerida pela Junta, pois a Inspetoria limitou-se a juntar ao PAF os relatórios TEF's diários, dando ciência ao autuado para que se manifestasse sobre os mesmos caso fosse de seu interesse.

Fica evidente a irregularidade dos procedimentos adotados pela Inspetoria no cumprimento da diligência solicitada pela instância originária de julgamento, pois não foram executadas, na forma requerida, todas as etapas da revisão fiscal havendo, portanto, preterição do direito de defesa, que fulmina de nulidade todos os atos subseqüentes do processo. A Decisão de julgar o

Auto de Infração sem o esgotamento das fases saneadoras do procedimento fiscal, nulifica o Acórdão “a quo”.

Assim com fundamento no art. 18, inc. II, do RPAF/99, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ANULANDO a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, acompanhando o entendimento contido no Parecer da Procuradoria Estadual. Os autos deverão retornar à 1ª Instância, para que os atos processuais viciados sejam retificados e o processo submetido a novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207096.0013/04-2**, lavrado contra **SPAGHETTI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (IL FORNO)**, devendo retornar à 1ª Instância, para que os atos processuais viciados sejam retificados e o processo submetido a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPRES. DA PGE/PROFIS