

**A. I. N°** - 003424.0532/05-2  
**AUTUADO** - MARIA CLARA COMÉRCIO DE MODAS LTDA.  
**AUTUANTE** - CLAYTON FARIA DE LIMA  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 24/10/2006

## **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF N° 0318-05/06**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. Na ação fiscal foram cometidos erros que não foram sanados, embora este Colegiado tenha perseguido os seus consertos. Houve claro cerceamento ao pleno direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O auto de infração, lavrado em 12/12/2005, exige ICMS no valor de R\$5.414,74, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadoria tributáveis.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fl. 1037) informando que sua atividade é o comércio de sapatos, cintos e bolsas, tendo como predominância (90%) a venda de calçados. Em sendo assim, sobre esta última mercadoria recolhe o imposto por substituição tributária e sobre as demais por antecipação parcial. Com este argumento, afirmou não poder entender que um estabelecimento comercial, optante do SimBahia, que recolhe o ICMS em valor fixo, possa pagar pelas discrepâncias informadas pelas administradoras de cartão de crédito.

Disse ainda que no exercício de 2003 recolheu o ICMS sobre seus estoques (em 28/2/2003) e, daí em diante passou a o recolher por antecipação tributária. Entendeu que a fiscalização se configurou em bitributação.

Requeru a nulidade da ação fiscal e citou para embasar o seu pedido o Acórdão CJF 0232-12/05 deste Colegiado.

O autuante ratificou o lançamento fiscal (fl. 1042) dizendo que somente a apresentação de cada boleto de venda efetuada por cartão de crédito e/ou débito acompanhado de sua respectiva nota fiscal poderia desconstituir a infração detectada.

Em relação a afirmativa da defesa de que comercializa com 90% de mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, disse que não foi o que “testemunhou”.

Além do mais, mesmo que fossem apresentados os documentos fiscais e demonstrativos, manteria a sua posição.

Os autos foram baixados em diligência (fl. 1046) para que o autuante tomasse as seguintes providências:

1. apensasse ao processo o documento legal que deu início ao procedimento fiscal (art. 26, do RPAF/99), já que no único existente não havia a ciência do autuado (fl. 6);
2. em obediência as determinações do art. 39, do RPAF/99, mais precisamente aos seus incisos III e V, foi solicitado que o autuante indicasse a acusação feita ao contribuinte, bem como os

dispositivos da Lei nº 7.014/96 em relação à aplicação da multa;

3. embora existisse, no processo, demonstrativo comparativo entre os valores constantes no ECF de vendas realizadas através de cartão de crédito e os valores informados pelas administradoras, estes valores estavam globalizados, sem qualquer levantamento que pudesse dar certeza aos números levantados. Em uma análise superficial, por exemplo, em janeiro de 2003, pelo ECF (Reduções Z) existiram vendas através de cartão de crédito (fls. 168/179). No entanto, no comparativo efetuado (fl. 167) constavam zeradas as vendas no ECF através de cartão de crédito. De igual forma não se tinha notícia, nos autos, de que houve alguma venda realizada através de nota fiscal e paga através de cartão de crédito e/ou débito.
4. que acostasse aos autos prova da entrega tempestiva dos Relatórios de Informações TEF - DIÁRIO com os registros por cada operação de saída de mercadorias feita pelo contribuinte durante o período fiscalizado. Em não havendo a referida comprovação, que este procedimento fosse realizado.
5. que tais providências somente deveriam se ater aos exercícios de 2003 e 2004.

Foi solicitado que após todas estas providências, a Repartição Fiscal intimasse o contribuinte para tomar ciência das mesmas, entregando-se neste ato todos os documentos produzidos pelo autuante, todos os Relatórios de Informações TEF – DIÁRIO (que poderiam ser entregues via arquivos magnéticos, se acaso não entregues anteriormente) e a solicitação deste Colegiado. Foi reaberto prazo de defesa.

Em pronunciamento o autuante disse (fl. 1050/1051):

1. entendendo que o único documento legal que dá início a um procedimento é o Termo de Início de Fiscalização, reportou-se ao item primeiro da solicitação feita por este Colegiado e afirmou que as determinações legais quando indicam outros não eram corretas. Entendeu que os Termos de Início e de Encerramento de uma ação fiscal, bem como o Auto de Infração, somente podem ser assinados por quem tem poderes legais para tanto, que e inclusive, é negado aos membros do Conselho de Fazenda Estadual. Afirmou ser ridícula a expressão largamente usada de “assinar o auto”, pois erroneamente utilizada. A correta é “tomar ciência e/ou recebimento de 3ª via”. Disse que o Termo de Início de Fiscalização independia da assinatura do autuado, pois estava lavrado em livro próprio e a prova de que a empresa tomou ciência da fiscalização era de que ela havia entregue a documentação solicitada. Neste momento, discorreu sobre sua atuação dentro da Secretaria de Fazenda ao longo de seus 43 anos de trabalho.
2. Em relação ao itens 2 e 4 do pedido, afirmou que estava se tornando hábito deste Colegiado em baixar processos perfeitos e acabados em diligência por puro descaso ou desprezo ao trabalho da fiscalização, pois restava comprovado no presente, que, sequer, a relatora se deu ao trabalho de ler a descrição dos fatos, feita de forma sucinta e objetiva, a “Descrição dos Fatos” constantes do Auto de Infração, pois nele constava a prova da entrega tempestiva dos TEF-DIÁRIOS. Era somente uma questão de leitura.
3. Quanto ao item 3, disse que foi aceitável a confissão da relatora de que a análise feita havia sido “artificial” porque se assim não fosse “haveria de se deduzir (até mesmo por dedução) de que o que está zerado, é por falta, ausência de movimentação.” Observou que um Auto de Infração não é a fiscalização e sim resultado dela. E, sobre as notas fiscais, restava lógico que não foram detectadas, seja por não existirem ou por falta de entrega das mesmas ao fisco.

O processo, após este pronunciamento, retornou a este Colegiado (fl. 1052).

## VOTO

A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração.

Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN. No entanto, a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidas por princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. A legislação ao assegurar a ampla defesa, não que dizer que permite que o contribuinte apenas se defenda no prazo legal, mas também que o fisco siga as determinações regulamentares, que o sujeito passivo seja informado, por exemplo, de que sobre ele inicia-se um procedimento fiscal e que no Auto de Infração sejam indicadas todas as irregularidades a ele imputadas de maneira clara e expressa, os dispositivos legais infringidos e todas as provas que o ente tributante possui, com a comprovação da entrega das mesmas ao sujeito passivo, atentando-se, sempre, para o devido processo legal. Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do citado artigo do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc e de rotinas administrativas.

Apesar de estes aspectos não terem sido levantados pela defesa, considero ser meu dever expressa-los de ofício, em nome dos princípios da estrita legalidade e do devido processo legal, com fundamento no art. 20 do RPAF/99. Assim, na fase de instrução processual, ao analisar o presente Auto de Infração, detectei algumas falhas que deveriam ser sanadas para o correto julgamento da lide.

O autuante na descrição dos fatos consignados no corpo do Auto de Infração indicam que a infração apurada foi a omissões de saídas de mercadorias tributáveis. Até aí não haveria problema, pois a acusação, por dever, estaria explicitada quando da descrição da infração, conforme determinações do art. 39, III, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99). No entanto, nesta descrição consta apenas: “Lei 7.014/96 – Artº Itemº”. Somente ao compulsar os autos é que percebi que a acusação trata da presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. E, embora de menos importância, o dispositivo legal aplicado e indicado para a multa aplicada foi o do RICMS/97 e não da Lei nº 7.014/96.

Não constava nos autos qualquer documento que pudesse validar o início da ação fiscal. No Termo de Início de Fiscalização apensado a fl. 6 não consta a ciência da empresa autuada para validar este início e não dar margem, no futuro, à arguição de cerceamento de defesa (art. 28, I, e art. 41, I, do RPAF/99). Suponho que houve termo para apresentação de livros e documentos fiscais, porém este documento não está carreado ao processo.

Sendo a acusação uma presunção legal *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, além das determinações insertas no art. 41, II, do RPAF/99, é necessário que estivesse comprovado que ao autuado lhe foram entregues todos os relatórios TEF-DIÁRIOS. Embora na descrição dos fatos, no corpo do Auto de Infração, o fiscal autuante tenha indicado que os relatórios TEF 2002/2005 Mensais e Diários, demonstrativos de débitos, planilhas comparativas e fotocópias das Reduções Z estivessem apensados aos autos, não restava provado que estes documentos haviam sido entregues ao contribuinte quando da ciência do Auto de Infração.

Embora, também, existisse no processo demonstrativo comparativo entre os valores constantes no ECF de vendas realizadas através de cartão de crédito e os valores informados pelas administradoras, estes valores estavam globalizados, de difícil entendimento dos números levantados. Ao realizar uma análise superficial, e apenas para o mês de janeiro de 2003, pelo ECF (Reduções Z) existiram vendas através de cartão de crédito (fls. 168/179). No comparativo efetuado pela fiscalização (fl. 167) constavam zeradas as vendas no ECF através de cartão de crédito neste mês, o que não espelhava a realidade dos fatos.

Em vista destes erros, esta 5ª JF, em obediência ao disposto no art. 18, §§ 1º e 2º, do RPAF/99, encaminhou os autos à Repartição Fiscal de origem para que o autuante tomasse as providências necessárias para seu saneamento, já que, se por um lado, as questões de mérito pudessem ser sanadas por outro revisor fiscal, as aqui constatadas somente poderiam ser consertadas pelo próprio fiscal autuante. Foi solicitado que o autuado tomasse conhecimento da solicitação feita

por este Colegiado e a ele fossem entregues todos os documentos produzidos pelo autuante e todos os Relatórios de Informações TEF – DIÁRIO, que poderiam ser entregues via arquivos magnéticos, se acaso não entregues anteriormente. Foi reaberto prazo de defesa.

O autuante, emitindo sua opinião sobre as questões suscitadas, inclusive sobre as não suscitadas, se recusou a cumprir o que foi solicitado por este Colegiado. Ainda atacou os membros deste Conselho Estadual de Fazenda, divagou sobre suas atividades dentro desta Secretaria e disse que o Termo de Início de Fiscalização havia sido transcrito no livro próprio, mas não fez prova do alegado. A Inspetoria, em ato contínuo, também não deu ciência ao autuado das providências por este CONSEF solicitadas.

Em vista desta situação não posso dar prosseguimento à lide. Este Auto de Infração é NULO, nos termos do art. 18, II e III, do RPAF/99 e o órgão competente examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente mediante denúncia espontânea.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **003424.0532/05-2**, lavrado contra **MARIA CLARA COMÉRCIO DE MODAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR