

PROCESSO - A. I. N° 206921.0018/06-0
RECORRENTE - COMERCIAL DE ALIMENTOS CONI LTDA. (MERCADINHO E ABATEDOURO PLATAFORMA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0239-02/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/03/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0023-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. **a)** POR INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUTO DE INFRAÇÃO E DEMONSTRATIVOS SEM ASSINATURA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA RESPONSÁVEL PELO LANÇAMENTO. A assinatura da autoridade administrativa responsável pelo lançamento tributário é elemento essencial à validade do ato, e a sua ausência acarreta a nulidade do procedimento fiscal. **b)** POR FALTA DE CERTEZA. NÃO FOI ACOSTADO AOS AUTOS O RELATÓRIO TEF DIÁRIO POR OPERAÇÃO. A ausência do relatório TEF diário por operação impede que se tenha certeza da ocorrência da infração, o que macula de nulidade o lançamento. Auto de Infração nulo. A ação fiscal deverá ser refeita, a salvo de falhas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administrativa de cartão de crédito. Foi lançado ICMS no valor de R\$8.990,80.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Foi aplicada multa no valor de R\$1.334,73.

O autuado apresentou defesa e, após discorrer sobre princípios de direito tributário, suscitou a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, alegando que as acusações não eram claras, que não recebeu cópia em papel dos relatórios TEFs e que não constava na autuação quais as operações que não foram registradas nos ECFs.

Referindo-se à infração 1, afirmou que a exigência fiscal não procedia, pois o seu ECF não discriminava a forma de pagamento utilizada. Disse que os clientes modificavam a forma de pagamento das compras. Acostou aos autos comprovantes de maquinetas POS que comprovavam a emissão de cupons fiscais no mesmo valor da operação. Alegou que grande parte das mercadorias comercializadas era isenta, não tributada ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária. Sustentou que uma parte das diferenças apuradas decorreu de extravio de reduções “Z”. Frisou que as vendas constantes nas reduções “Z” foram sempre zero, pois todas as operações foram registradas como se tivessem sido pagas a dinheiro. Afirmou que o resultado

apurado pela fiscalização não retratava a realidade dos fatos, uma vez que, aplicando o princípio da proporcionalidade, o ICMS devido era de R\$1.823,52.

Quanto à infração 2, explicou que as notas fiscais D-1 foram emitidas em razão da falta de energia elétrica, o que justificava a redução da multa.

Solicitou que fosse acatado o pedido de nulidade, porém, caso assim não entendesse o CONSEF, o imposto deveria ser apurado com base no princípio da proporcionalidade. Requeveu a redução da multa indicada na infração 2.

Na informação fiscal, o autuante manteve a autuação em sua totalidade, porém afirmou que caberia ao CONSEF decidir acerca da aplicação da proporcionalidade.

Na Decisão recorrida, a primeira instância afastou a preliminar de nulidade, pois considerou que as descrições constantes no Auto de Infração eram claras e precisas, e a entrega dos relatórios TEFs em arquivos magnéticos não era razão para a nulidade da autuação.

No mérito, a infração 1 foi julgada procedente, pois considerou a primeira instância que a acusação estava caracterizada e que o recorrente não conseguiu elidir a presunção que embasara a autuação. A primeira instância decidiu pela não aplicação da proporcionalidade, alegando que essa questão não era pacífica neste CONSEF. Quanto aos comprovantes de cartões de créditos acostados ao processo, o ilustre relator disse que *“realizando uma análise mais cuidadosa, observo que o contribuinte tentou induzir a erro o julgador, uma vez que no comprovante de cartão de crédito consta que o mesmo foi emitido 08:06h (oito hora e seis minutos), enquanto o Cupom Fiscal somente foi emitido às 08:27h (oito horas e vinte e sete minutos), ou seja, 21 (vinte e um) minutos após a realização do pagamento do autuado”*.

A infração 2 foi julgada procedente, pois decidiu a primeira instância que a alegação referente à falta de energia elétrica não estava acompanhada de prova.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, reitera todos os argumentos constantes na defesa inicial.

Referindo-se à infração 1, alega que comercializa produtos que, em sua maioria, são isentos, não tributados ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, sendo que, dentre as mercadorias tributadas, muitas fazem parte da cesta básica e estão sujeitas à alíquota de 7%. Frisa que, às fls. 675 a 686, estão acostados demonstrativos que indicam o real valor da diferença e comprovam que as mercadorias comercializadas são, em grande parte, isentas ou não tributadas. Sustenta que, dessa forma, o roteiro de auditoria fiscal empregado era inadequado para o tipo de empresa fiscalizada. Menciona que o CONSEF tem julgado nulos e improcedentes Auto de Infração lavrados contra empresas que negociam, em sua maioria, com produtos isentos, não tributados ou com o imposto pago por substituição tributária, conforme ementas que transcreveu. Citou acórdãos deste CONSEF, que decidiram pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

O recorrente solicita que caso não seja acatado o pedido de nulidade do Auto de Infração, seja aplicado o princípio da proporcionalidade, excluindo da autuação o percentual correspondente às mercadorias não tributadas ou já tributadas pelo regime de substituição tributária. Aduz que, aplicando esse citado princípio, o imposto devido na infração 1 seria de R\$ 1.823,51, conforme explicado analiticamente às fls. 627 e 628 e, sinteticamente, à fl. 675.

Quanto à infração 2, o recorrente afirma que não houve sonegação de imposto e nem falta de emissão de documento fiscal idôneo, não havendo, portanto, prejuízo para o Estado. Diz que a emissão das notas fiscais D-1 foi decorrente da falta de energia elétrica e de defeito nos ECFs. Afirma que o CONSEF vem reduzindo, e até cancelando, a aplicação dessa multa, conforme as decisões que passa a citar.

O recorrente menciona que é uma microempresa de pequena capacidade contributiva e que não deve ser apenado com a multa de 5% da receita já tributada. Frisa que a multa aplicada no mês de

junho (R\$ 1.334,73) corresponde a oito vezes o valor do ICMS recolhido naquele mês (R\$ 55,00). Sustenta que a multa tem a natureza de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a infração 1 seja julgada nula ou que, caso assim não entenda este colegiado, que o imposto seja apurado com base no princípio da proporcionalidade. Requer que a multa indicada na infração 2 seja reduzida para R\$ 50,00, ou para 10% do seu valor original, nos termos do disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Em Pareceres às fls. 692/694 e 696/697, os ilustres representantes da PGE/PROFIS sugerem a conversão do processo em diligência à ASTEC, para que o imposto devido na infração 1 seja apurado com base no princípio da proporcionalidade. Quanto à infração 2, opinaram pelo não provimento do Recurso, uma vez que o recorrente não trouxe ao processo prova da falta de energia elétrica ou da ocorrência de defeitos nos ECFs.

A diligência sugerida pela PGE/PROFIS foi realizada, conforme o Parecer ASTEC nº 125/2008 (fls. 702 a 704). Nesse Parecer, foram demonstrados os percentuais das mercadorias tributáveis e, em seguida, foi calculado o ICMS devido na infração 1 em conformidade com o princípio da proporcionalidade (Instrução Normativa 56/2007), tendo sido apurado o valor de R\$ 4.564,59.

Notificados acerca do resultado da diligência, o autuante e o recorrente não se pronunciaram.

Em Parecer às fls. 710 e 711, a ilustre representante da PGE/PROFIS, opinou pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 1 procedente em parte no valor apurado pela diligência realizada pela ASTEC, mantendo-se inalterada a multa indicada na infração 2. Esse Parecer foi ratificado pelo doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS.

O processo foi incluído em nova pauta suplementar, porém decidiu a 2ª CJF que o PAF estava em condições de julgamento.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente processo administrativo fiscal padece de vícios que acarretam a nulidade do Auto de Infração, conforme passo a demonstrar.

Em primeiro lugar, ressalto que o Auto de Infração (fl. 2) e o Demonstrativo de Débito (fl. 3) não foram assinados pelo autuante. Esse vício processual acarreta a nulidade do lançamento, pois a assinatura da autoridade administrativa que constituiu o crédito tributário é um elemento necessário à validade do ato, sendo que a sua ausência dá ao lançamento tributário em questão o caráter de um ato inexistente.

Em segundo lugar, observo que o autuante entregou ao recorrente cópia dos relatórios TEFs diários por operação (recibo à fl. 24), porém não acostou aos autos cópia desses relatórios, nem mesmo em meio magnético, já que, ao se abrir o disquete anexado à fl. 27, constata-se que nele há apenas cópia dos Anexos I, II e III. A ausência dos relatórios TEFs diários por operação impede que o julgador administrativo verifique, com segurança, a ocorrência do fato gerador. No caso em tela, o recorrente diz que as operações citadas no Anexo 05 (fls. 178 a 186) foram submetidas à tributação, porém a ausência desses relatórios diários por operação impede o julgador de verificar a veracidade dessa alegação recursal, já que não há como se comprovar que essas operações estão entre as relacionadas pelas administradoras de cartão de crédito.

Em face ao acima exposto, considero que esses dois vícios processuais nulificam o Auto de Infração, por inobservância do devido processo legal e por falta de elementos para se determinar com segurança a ocorrência da infração, ao teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do artigo 21, do RPAF/99, represento à autoridade competente para que determine o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 206921.0018/06-0, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS CONI LTDA. (MERCADINHO E ABATEDOURO PLATAFORMA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 fevereiro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ÂNGELLI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS