

PROCESSO - A. I. Nº 279862.0017/09-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ ANANIAS SANTANA RAMOS (O COMETINHA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0087-01/10
ORIGEM - INFAZ SENHOR DO BONFIM
INTERNET - 13/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0207-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. O Auto de Infração foi lavrado sem intimação do contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta CJF, na forma de Recurso de Ofício, para exame da decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do acórdão 0087-01/10, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 279862.0017/09-7, lavrado em 31/03/2009, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$27.569,89, com aplicação da multa 70%, decorrente da 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos exercícios de 2006 a 2008.

O autuado, tempestivamente, apresentou sua impugnação (fls. 28 a 30), argumentando, enfaticamente, em preliminar, a nulidade do auto de infração, sob o enfoque de que o início do procedimento fiscal ocorre no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, o que não se efetivou no caso presente e anexou cópia da intimação sem a sua assinatura (fls. 31), dizendo, assim, provar o cerceamento do seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, arguiu que o conteúdo do levantamento das supostas vendas pelo cartão de crédito e que serviu de parâmetro para o ICMS apurado revelava valores totalmente aleatórios, sem qualquer prova documental, acrescentando que, além da empresa autuada, cadastro 05.039.797, possui um estabelecimento filial, com inscrição estadual 29.957.792 (fls. 32/33). Asseverou que apesar da ordem de serviço para fiscalizar a matriz (IE 05.039.797), o autuante não teve o cuidado de verificar as informações recebidas das instituições financeiras relativas às vendas com cartões de crédito, as quais englobavam a máquina POS da matriz e a POS da filial (fls. 34/35).

Na informação fiscal (fl. 38), o autuante contestou a preliminar de nulidade suscitada, assegurando que juntou ao processo cópia do livro de entradas e saídas do contribuinte, bem como o termo de início de fiscalização (fls. 14/22), entendendo comprovada a ciência pelo autuado do início da ação fiscal, já que houve recusa à assinatura do termo de intimação, afirmando que “a existência deste contraditório contradiz a tese do cerceamento de defesa”.

Contrapõe-se à defesa meritória, com o argumento de que juntou, às folhas 09, 11 e 13 deste PAF, o Relatório Anual das informações TEF informado pelas administradoras de cartões e, portanto, os valores consignados no auto de infração não foram totalmente aleatórios, como pretende a defesa.

No que tange ao argumento da junção das vendas realizadas pela empresa matriz e aquelas referentes ao estabelecimento filial, informou que se existe o equívoco, decorreu da elaboração dos relatórios TEF pelas administradoras, que citam apenas a inscrição nº 05.039.797.

Por meio do Acórdão JFJ Nº. 0087-01/10, o Auto de Infração foi julgado nulo, fundamentando o Relator o seu voto, na linha de que se constata na intimação para apresentação de livros e documentos deste PAF não constar a assinatura do autuado (fl. 07), e apesar do autuante anexar o Termo de Início de Fiscalização (fl. 22), também nele não se verifica a ciência do autuado.

Após transcrever o artigo 28, incisos I e II do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que dispõe sobre os termos e demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, o Relator entendeu ter razão o autuado, uma vez que a forma como foi instaurado o procedimento fiscal cerceou o seu direito de defesa, pois da intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 07) e do Termo de Início de Fiscalização (fls. 22) não constam a assinatura do autuado.

Além disso, não há prova nos autos de que o Termo de Início tenha sido transcrito no livro RUFTO do contribuinte, conforme determina a legislação transcrita, maculando, por conseguinte, a autuação, já que descumpridas as normas estatuídas no artigo 18, inciso II, do RPAF/BA.

Assim, sem adentrar no mérito da lide, a JFJ votou pela Nulidade do Auto de Infração e recomendou a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, com o objetivo de cobrar o crédito tributário porventura devido.

Pela desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JFJ recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 1ª JFJ que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS referente à omissão de saída de mercadorias tributáveis, tendo a irregularidade sido apurada por meio do confronto do levantamento de vendas com pagamento por cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela instituição financeira administradora de cartão de crédito, nos exercícios de 2006 a 2008.

Do exame da procedimentalidade, verifico que, efetivamente, a Decisão recorrida se apresenta irretocável, na medida em que, conforme descrito no Relatório, corretamente acolheu a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo o próprio autuante, na informação fiscal de fls. 38, reconhecido que *“na ausência da assinatura da intimação, foi juntado o termo de início de fiscalização, à folha 22 do PAF”*, o qual, frise-se, também se apresenta desprovido de assinatura do autuado, fato que reputo relevante para o deslinde do julgamento.

Nesse contexto, constato que, na realidade, o autuante, ao instaurar a ação fiscal sem colher a indispensável assinatura do intimado, agrediu o previsionamento do artigo 28, incisos I e II, do RPAF (Decreto nº 7.629/99), culminando no cerceamento do direito de defesa do autuado.

Logo, em obediência aos ditames legais, concordo plenamente com o posicionamento do ilustre Relator da 1ª JFJ, por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência de vício insanável, disso resultando a nulidade do auto da acusação fiscal, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JFJ, mantendo inalterada a Decisão recorrida, inclusive com a recomendação do estudo da conveniência de renovação do procedimento fiscal, isento de falhas, visando à cobrança do crédito tributário, se devido.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua decisão de Não Prover o Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF através do Acórdão nº 0087-01/10, sob a justificativa de ocorrência de vício insanável, resultando a nulidade do Auto de Infração, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, por ficar constatado que o autuante, ao instaurar a ação fiscal sem colher a indispensável assinatura do intimado, agrediu o precionamento do artigo 28, incisos I e II, do RPAF (Decreto nº 7.629/99), culminando no cerceamento do direito de defesa do autuado.

Conforme já citado, o Auto de Infração exige ICMS decorrente da 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 administradora de cartão de crédito, nos exercícios de 2006 a 2008.

Inicialmente, da análise dos autos, se observa que, dentre os documentos que fundamentam a acusação fiscal, encontram-se cópias dos livros Registro de Saída e Registro de Entradas do próprio contribuinte, consoante fls. 14 a 21 dos autos, o que comprova que o contribuinte tinha conhecimento da ação fiscal desenvolvida em seu estabelecimento comercial. Ademais, às fl. 22 dos autos, consta a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, no qual está consignado que o autuante teve acesso aos livros citados, inclusive tendo cancelado a página do citado livro Registro de Entrada, conforme demonstra à fl. 21 dos autos.

Reza o art. 26 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, que:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I – apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II- lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III- intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, observado o disposto no parágrafo único do art. 108;

IV- emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal;

V- revogado

Assim sendo, no presente caso, apesar de o contribuinte ter-se recusado a assinar o Auto de Infração e a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, às fls. 2 e 7 dos autos, nos termos da legislação em vigor, verifica-se que o início da ação fiscal ocorreu com a arrecadação dos livros fiscais mencionados, fato este irrefutável com as cópias anexadas aos autos pelo autuante.

Logo, não tem pertinência a aceitação pelo órgão julgador da preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, requerendo a nulidade do Auto de Infração, por não ter o autuante apresentado o termo de intimação, o que provocou cerceamento de defesa do contribuinte.

E não tem pertinência o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que:

1º) a intimação é um dos meios de se iniciar a ação fiscal, conforme já vimos, visto que o procedimento fiscal se iniciou como fornecimento dos livros fiscais à fiscalização pelo contribuinte ou seu preposto, conforme provas documentais nos autos;

2º) de fato, não ocorreu qualquer cerceamento ao pleno direito de defesa do contribuinte, pois o mesmo foi intimado, via caixa postal, para pagamento do débito apurado através do Auto de Infração ou apresentar defesa no prazo de trinta dias, conforme comprovam a “Intimação da Lavratura” e o “Aviso de Recebimento” de fls. 25/26, tendo o sujeito passivo, no prazo regulamentar, apresentado sua impugnação, inclusive com alegações de mérito, o que demonstra que tinha plena ciência do que estava sendo acusado;

3º) por não ter sido fornecido o Relatório Diário das Operações de defesa, de trinta dias, para o sujeito passivo, se quisesse, faria, informados pelas administradoras de cartão de crédito com os lar

Fiscal (ECF) e, em consequência, em sua escrita fiscal, conforme documentos de fls. 41 a 43 e 51 a 98 dos autos, tendo inclusive o contribuinte certificado seu recebimento (fl. 52) e se manifestado sobre o mérito, consoante expediente às fls. 45 a 47 dos autos.

Portanto, incontestável o fato de que o contribuinte teve todas as condições de exercer plenamente o seu direito de defesa e que não ocorreu qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

Ademais, o próprio dispositivo legal em que se sustenta o voto do nobre Relator para manter a nulidade do Auto de Infração, ou seja, o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, não se coaduna com o fato concreto, ora sob exame, visto que o lançamento de ofício contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Por fim, há de se ressaltar que o próprio parágrafo 1º do citado dispositivo legal determina que:

“As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Do exposto, nos termos do art. 20 do RPAF, meu voto é pela declaração de ofício da NULIDADE da Decisão recorrida, para retornar os autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento, razão por que considero PREJUDICADO o recurso interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 27986.0017/09-7, lavrado contra **JOSÉ ANANIAS SANTANA RAMOS (O COMETINHA)**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Valnei Sousa Freire, Sandra Urânia Silva Andrade, Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiros (as): Fernando Antonio Brito Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – VOTO DISCORDANTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS