

A. I. Nº. - 206825.0035/08-1  
AUTUADO - DISTRIBUIDORA BAHIANA DE TECIDOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO MEDEIROS DOS SANTOS  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET - 11. 08. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0209-01/10

**EMENTA: ICMS. 1. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DESISTÊNCIA DA DEFESA.** Extingue-se o crédito tributário com a desistência da defesa e o pagamento do débito exigido, nos termos do art. 156, inciso I do CTN. **Infração extinta. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.** É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, tendo em vista que o método de apuração do modo como conduzido pelo fisco se mostrou prejudicial ao sujeito ativo, não podendo ser objeto de correção por meio de diligência. A falta de entrega ao sujeito passivo de elementos probatórios imprescindíveis implica no cerceamento do seu direito de defesa. **Infração nula. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.** Nulidade do lançamento fiscal, por contrariar o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, haja vista que o método de apuração se mostrou prejudicial ao sujeito ativo, não podendo ser objeto de correção por meio de diligência. A falta de entrega ao contribuinte de elementos probatórios imprescindíveis implica no cerceamento do seu direito de defesa. **Infração nula. Defesa PREJUDICADA** no que se refere à infração 01 e Auto de Infração **NULO** quanto às infrações 02 e 03. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 12/12/2008, foi constituído crédito tributário representando ICMS no valor de R\$163.737,88 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$36.169,16, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2003 e de janeiro a dezembro de 2004, sendo aplicada a multa de 1%, que representou o valor de R\$36.169,16;

02 – deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saída apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições fina:

referidos cartões, nos exercícios de 2003 e de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$132.952,74, acrescido da multa de 70%;

03 – deixou de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2003 e de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$30.785,14, acrescido da multa de 70%.

No campo “Descrição dos Fatos” consta que a infração 01 decorreu da falta de correção das inconsistências registradas nos arquivos magnéticos. Tendo sido realizado levantamento quantitativo de estoques, através dos dados constantes nesses arquivos, verificou-se desencontro de informações entre os valores lançados na Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA e aqueles constantes na Informação do Contribuinte – INC Fiscal, além do lançamento errôneo das notas fiscais de entradas como notas fiscais de saídas, comprovando-se uma omissão de entradas de mercadorias tributáveis.

É salientado que o levantamento quantitativo serviu para constatar a impossibilidade de uso dos dados do contribuinte, devido às inconsistências existentes nos arquivos magnéticos. Mesmo após duas intimações, os arquivos continuaram apresentando inconsistências, a exemplo de desencontro nos valores apurados em notas fiscais (registro 50X54), ausência de notas fiscais no registro 50, desencontro dos valores informados na DMA e ausência do registro 74.

No que concerne à infração 02, é informado ter restado comprovado o pagamento relativo a vendas por meio de cartão de crédito ou de débito em valores inferiores aos fornecidos por instituições financeiras e administradoras dos mencionados cartões nos exercícios de 2003 e 2004.

Em relação à infração 03, a falta de apresentação e registro nos livros fiscais próprios das notas fiscais de entradas de mercadorias tributáveis, nos exercícios de 2003 e 2004, que foram lançadas pelo Sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, gerou a falta de recolhimento do imposto devido.

Cópias anexas: Demonstrativo de Débito e respectivo anexo e Termo de Encerramento de Fiscalização; cópias de duas intimações, sendo uma referente à apresentação de informação em meio magnético; de três Termos de Arrecadação de Livros e/ou Documentos; de um comunicado de prorrogação de fiscalização; dos Relatórios TEF – Anual de 2003 e 2004; do livro Registro de Inventário (2002, 2003 e 2004); dos Relatórios de Inconsistências dos Arquivos Magnéticos gerados pelo SVAM; dos Demonstrativos de Cartão de Crédito ou de Débito; dos Demonstrativos Consolidados dos Levantamentos Quantitativos e da Relação das Notas Fiscais do CFAMT.

O autuado ingressou com impugnação às fls. 108 a 120, salientando que no passado era um dos principais clientes da Companhia Industrial Cataguases na Bahia, entretanto hoje esse fornecedor vende diretamente para os lojistas, tirando uma grande fatia de suas vendas. Outras dificuldades ocorreram com a chegada de grandes magazines e dos produtos importados. Afirma que está se reestruturando, para tentar se manter competitivo, tendo fechado uma das filiais e recorrido a instituições financeiras, além de reduzir o quadro de pessoal para quase 60 funcionários.

Esclarece que para facilitar o entendimento, passaria a apresentar as contestações sobre cada infração, na mesma ordem em que foram descritas pelo Auditor Fiscal.

Infração 01 – atacou esta exigência, alegando dificuldades para apresentar os arquivos magnéticos retificados, porém, posteriormente, se manifestou pelo reconhecimento integral do débito e consequente desistência da defesa apresentada, conforme documentação acostada às fls. 242 a 246, referentes ao pagamento do débito exigido através do Auto de Infração, com os benefícios da Lei nº 11.908/10.

Infração 02 – afirma que na apuração dos valores das vendas com pagamento de crédito ou de débito, o autuante partiu de valores consolidados da matriz e ocorreu uma falha de duas administradoras dos cartões, nas quais a

cadastrados com o CNPJ da matriz, como é o caso da VISANET, que informa as vendas com cartões somando as operações da matriz com a da filial da Av. Sete de Setembro e a REDECARD, que informa as vendas com cartões somando as operações de todos os estabelecimentos da empresa.

Realça que, entretanto, cada estabelecimento possui uma maquineta de cada operadora com o seu respectivo número, através dos quais podem ser identificados os valores de cada estabelecimento, conforme extratos mensais de cada administradora e comprovantes de vendas das maquinetas, onde constam o número e o endereço de instalação de cada uma delas. Tendo em vista o grande volume de documentos, anexa cópias de alguns extratos e comprovantes de vendas para que sirvam de prova (fls. 139 a 161 e 169 a 172). Afiança que os extratos e comprovantes de vendas estão à disposição do fisco, para verificação dessa alegação.

Ressalta que através de uma análise dos extratos enviados pelas administradoras, se constata que somando-se os valores referentes às maquinetas de números 0001092464 (cartões VISANET), 0065744-1 (cartões REDECARD), 5600595-6 (cartões HIPERCARD) e 9916519507 (cartões AMERICAN EXPRESS), todas da unidade autuada, observa-se que os valores corretos das vendas pagas com cartões de crédito/débito é de R\$138.002,39 no ano 2003 e de R\$114.524,44 no ano 2004, conforme apurado pelo Auditor Fiscal.

Alega que esse fato já fora constatado pela Secretaria da Fazenda em 18/01/2005, através de fiscalização anterior referente ao período compreendido entre 01/01/2002 e 31/08/2004, O.S. nº 500467/05, expedida exclusivamente para exame das operações de vendas pagas por meio de cartões de débito e de crédito, quando não foi encontrada nenhuma irregularidade, conforme cópia anexa do Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 138).

Infração 03 – sustenta que as notas fiscais citadas pelo autuante ou estão escrituradas ou não são do autuado. Além disso, algumas das notas fiscais se encontram com a numeração incorreta no CFAMT. Apresenta, em seguida, uma relação das notas fiscais e a situação de cada uma delas, salientando que à exceção das notas fiscais não identificadas pelo impugnante, se encontram anexadas às fls. 164 a 225 todas as cópias daquelas citadas na defesa, juntamente com as cópias das folhas dos livros fiscais onde as mesmas foram escrituradas.

Notas fiscais com numeração incorreta – alega que as notas fiscais abaixo indicadas se encontram escrituradas nos livros fiscais próprios, porém, o autuante se equivocou em relação à sua numeração. Observa que as datas e as bases de cálculos são idênticas, verificando-se claramente que tratam-se das mesmas notas fiscais.

Nº Errado	Nº Correto	Data	BC	Situação
260	2.260	21.02.2003	756,75	Escriturada no livro de entradas nº 19 página 92
68.836	68.863	05.03.2003	1.075,90	Escriturada no livro de entradas nº 19 página 94
503.889	509.889	24.06.2004	640,00	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 36
46.790	4.679	03.06.2003	11.264,82	Escriturada no livro de saídas nº 14 página 74

Notas fiscais pertencentes a outra empresa – salienta que ao analisar as notas fiscais apontadas pelo fisco, observou que uma delas (nº 69.537) era de número imediatamente anterior a uma nota fiscal (nº 69.538) escriturada em seu livro Registro de Entradas e cujo fornecedor foi a empresa Horizonte Têxtil Ltda. Em vista disso, entrou em contato com essa empresa, solicitando a confirmação da emissão das notas fiscais. Em sua resposta, a Horizonte Têxtil informou que tais notas fiscais foram emitidas para a empresa Tecidos A. Carvalho Ltda, CNPJ 15.123.821/0001-92, porém, erroneamente, com a Inscrição Estadual da Distribuidora Bahiana de Tecidos Ltda. Solicitou cópias autenticadas das referidas notas fiscais e, juntamente com as correspondências, anexou à presente impugnação (fls. 162, 163 e 173 a 182). Indicou que as seguintes notas fiscais se encontram nessa situação:

Nº. NF	Data	BC	Situação
69.126	26.05.2003	3.860,80	NF emitida para Tecidos A. Carvalho
69.295	29.05.2003	5.112,90	NF emitida para Tecidos A. Carvalho

69.501	03.06.2003	8.230,80	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
69.505	03.06.2003	11.426,60	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
69.537	04.06.2003	3.859,10	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
69.714	10.06.2003	4.550,46	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
69.994	17.06.2003	1.209,88	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
72.042	11.08.2003	2.985,96	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
73.661	17.09.2003	7.101,50	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92
74.028	24.09.2003	2.796,20	NF emitida para Tecidos A. Carvalho CNPJ 15.123.821/0001-92

Requer a exclusão dos valores referentes a essas notas fiscais, tendo em vista estar comprovado que foram destinadas a contribuinte diverso, e que apesar de constar nesses documentos a inscrição estadual do autuado, os demais dados (CNPJ e endereço) pertencem a outra empresa, situação que, inclusive, foi atestada pelo fornecedor (fls. 162 e 163).

Notas fiscais não identificadas – afirma que não identificou três das notas fiscais apontadas, e, devido ao grande número de erros encontrados no Auto de Infração, estas notas fiscais também podem ter sido fruto dos mesmos erros ou algum terceiro pode ter se apropriado de seus dados para efetuar compras. Solicita que lhe sejam fornecidas as cópias das notas fiscais para análise:

Nº. NF	Data	BC	Situação
2.226	25.03.2003	1.876,00	Não Identificada
2.553	26.06.2003	1.407,60	Não Identificada
6.667	16.12.2004	937,68	Não Identificada

Demais notas fiscais – afiança que as demais notas fiscais encontram-se devidamente escrituradas nos livros próprios, conforme relação abaixo:

Nº. NF	Data	BC	Situação
19.036	28.02.2003	2.540,00	Escriturada no livro de entradas nº página 93
4.631	20.05.2003	39.897,21	Escriturada no livro de saídas nº 14 página 73
79.461	18.08.2003	2.042,49	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 08
115.376	15.09.2003	12.687,60	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 11
70.043	28.11.2003	3.949,44	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 18
70.044	28.11.2003	3.049,20	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 18
25.252	02.12.2003	6.376,00	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 18
78.218	19.02.2004	11.322,00	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 24
144.258	28.05.2005	2.699,05	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 33
762.786	29.06.2004	14.904,00	Outras entradas – remessa por conta e ordem
231.349	11.08.2004	1.504,20	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 40
211.955	13.09.2004	5.221,00	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 43
182.393	30.09.2004	1.272,60	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 45
34.648	21.10.2004	3.100,00	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 47
84.212	31.12.2004	4.838,40	Escriturada no livro de entradas nº 20 página 50
450.061	24.07.2003	316,91	CTRC CIF ref. NF 393140 escrit no livro de entradas nº 20 pg 06
452.176	01.08.2003	325,42	CTRC CIF ref. NF 394877 escrit no livro de entradas nº 20 pg 07

Versando a respeito dos equívocos cometidos pelo fisco, salienta que o lançamento tributário, como qualquer atividade administrativa, pode conter impropriedades que levem à sua alteração. Entretanto, essas alterações estão limitadas às situações em que a necessidade de modificação decorra de erro de fato, *não se admitindo a revisão do lançamento quando for o caso de erro de direito*, pois que o direito presume-se conhecido por todos, notadamente pela administração.

Entende ser necessária uma reflexão sobre a alteração do lançamento tributário, notadamente quando a modificação decorre de erro de direito no exercício da atividade fiscal. Para tanto, apresenta um resumo das posições da doutrina sobre essa questão, com as fundamentações jurídicas que lhes emprestam sustentação, expressando a opinião sobre o tema.

A regra da inalterabilidade do lançamento – lembra que de acordo com o [Código de Procedimento Tributário Nacional], após o sujeito passivo ser regularmente notificado

torna definitivo, não podendo mais ser alterado pela autoridade administrativa, exceto nas hipóteses citadas nesse dispositivo.

Possibilidade de alteração de ato administrativo - o lançamento já notificado pode estar defeituoso. Segundo Misabel Abreu Machado Derzi *"A modificação de um ato administrativo, na esfera administrativa, poderá ser feita por meio de revogação ou anulação"*. Porém essa revogação supõe que a administração desfaça ou refaça o ato, por iniciativa própria, fundada em razões de conveniência e oportunidade. Entretanto, como o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado, não pode ser revogado, por motivo de conveniência ou oportunidade, inexistindo margem de discricionariedade administrativa. *"Sendo o lançamento defeituoso, por desrespeito aos requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado, cabe à Administração apenas anulá-lo em decorrência da ilegitimidade, do vício."*

Misabel Derzi acrescenta: *"A Administração Fazendária, por meio de recurso de ofício ou nas hipóteses elencadas no art. 149, poderá por iniciativa própria revisar e anular lançamento anterior."*

Observa que o art. 172, inciso II do CTN, determina a possibilidade de a autoridade administrativa proceder à remissão total do crédito tributário quando da existência de erro ou ignorância escusável do sujeito passivo, quanto a matéria de fato, como se observa na alegação de erro material, em que não gerou ônus ao erário, o que, por si só, caracteriza a absorção do artigo mencionado, devendo a Fazenda atender à disposição legal quanto à matéria arguida.

Impossibilidade de alteração do lançamento por erro de direito – com base nas distinções entre erro de fato e erro de direito, destaca que aquele recai sobre circunstância de fato, isto é, sobre qualidades essenciais da pessoa ou da coisa, enquanto que este é relativo à existência ou interpretação errônea da norma jurídica, de acordo com o entendimento de Estevão Horvath.

Afirma que com base nessas posições, mostra-se desarrazoada a iniciativa do fisco em proceder qualquer revisão de lançamento tributário com lastro em erro de direito, pois que isso vai de encontro à segurança jurídica do contribuinte, implicando em ofensa ao princípio da segurança jurídica, cujos fundamentos devem permear os atos da administração pública.

Diante do quanto expôs e provou, conclui que não pode ser autuado pelos valores cobrados, tendo em vista os seguintes motivos:

- a) fatores externos causaram atraso na sua entrega dos arquivos magnéticos;
- b) não houve omissão de saídas de mercadorias tributadas. O levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de Débito ficou prejudicado pelo fato de que as informações fornecidas pelas administradoras dos cartões estão incorretas, pois são considerados valores da matriz e de suas filiais;
- c) todas as notas fiscais apontadas pelo Auditor Fiscal estão escrituradas e com imposto pago.

Aduz que a matéria é clara, uma vez que o contribuinte provoca o ente público a atender uma obrigação legal, estabelecida pelo princípio do erro material, com previsão no CTN, não podendo haver qualquer esquivia, diante da clareza relativa à norma legal impositiva.

Entende que o lançamento é improcedente, diante do vício que o contamina, e pelos erros apontados, que geram falhas elementares básicas na estrutura do Auto de Infração.

Ante todas as razões provadas, requer que seja decretada a total improcedência do Auto de Infração, para todos os efeitos, inclusive de direito, e que se determine a suspensão das penalidades, até o trânsito em julgado do presente processo.

Outrossim, requer provar o alegado por todos os meios de prova inscri



O autuante prestou informação fiscal às fls. 229 a 231, salientando, inicialmente, que na análise do fato gerador que faz surgir a obrigação tributária principal não se considera aspectos de ordem individualmente circunstancial e subjetiva.

Tratando sobre a infração 02, aduz que o contribuinte não pode eximir-se da obrigação de pagar o tributo devido, simplesmente informando que houve falhas das administradoras de cartão e que era utilizado o mesmo CNPJ para mais de um estabelecimento, sem sequer ao menos comprovar o pagamento feito em nome dos demais estabelecimentos.

Quanto à infração 03, entende que das relações apresentadas pelo contribuinte devem ser consideradas as que se referem às Notas Fiscais de n.ºs 260, 68.836, 503.889, 46.790, 19.036, 4.631, 79.461, 115.376, 70.043, 70.044, 25.252, 78.218, 144.258, 762.786, 231.349, 211.955, 182.393, 34.648, 84.212, 450.061 e 452.176, mantendo-se a cobrança relativa às Notas Fiscais de n.ºs 69.126, 69.295, 69.501, 69.505, 69.537, 69.714, 69.994, 72.042, 73.661, 74.028, 2.226, 2.553 e 6.667, em razão da falta de exata comprovação de que essas notas fiscais não foram destinadas ao contribuinte.

Deste modo, reduz o valor do débito dessa infração de R\$30.785,14 para R\$9.410,43, passando o valor total do Auto de Infração para o montante de R\$178.532,33.

Conclui, afirmando que tendo em vista o que preceitua o art. 143 do RPAF/99, excluindo a redução pertinente à infração 03, mantém a cobrança integral dos demais valores constantes da autuação.

Considerando que em relação à infração 02, não foram acostados os Relatórios de Operações TEF, contendo as informações individualizadas das operações informadas pelas administradoras de cartões e instituições financeiras, nem a Planilha de Reduções Z e as informações referentes às notas fiscais emitidas correlacionadas com as vendas realizadas através dos referidos cartões; considerando que o contribuinte alegou que os valores atinentes a essa infração decorreram do fato de as administradoras de cartões terem repassado informações, de forma conjunta, de vendas do estabelecimento autuado e de outras unidades da empresa; considerando que no caso da infração 03, não foram juntadas pelo fisco as cópias reprográficas ou as vias das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT; considerando que essas duas infrações foram levantadas por período mensal, entretanto no Auto de Infração foram indicados os totais por exercício, método que implica em prejuízo à Fazenda Estadual; considerando que na informação fiscal os valores relativos à exigência tributária foram alterados, sem que o contribuinte fosse cientificado a respeito: a 1ª JFJ converteu o processo em diligência à INFAZ Atacado (fls. 234 e 235), para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- 1) quanto à infração 02, anexasse o Relatório de Operações TEF contendo as informações individualizadas, relativas às operações informadas pelas administradoras de cartões e instituições financeiras, a Planilha das Reduções Z e a planilha com as informações referentes às notas fiscais relacionadas com as vendas realizadas através de cartões, elaborando, se fosse o caso, nova Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito;
- 2) em relação à infração 03, anexasse ao PAF as vias das notas fiscais de n.ºs 2.226, 2.553 e 6.667, colhidas através do CFAMT e que foram mantidas na revisão procedida durante a informação fiscal, excluindo do lançamento aquelas porventura não localizadas;
- 3) elaborasse novos demonstrativos referentes às infrações 02 e 03, considerando períodos de apuração mensal.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas dos papéis de trabalho anexados pelo diligente, inclusive os Relatórios de Informações TEF Operações contendo as suas operações individualizadas relativas às vendas por meio de cartão de crédito/débito referentes aos exercícios de 2003 e 2004, da informação fiscal (fls. 229 a 231) e da solicitação de diligência. Naquela oportunidade deveria ser informado ao sujeito passivo que a defesa em 30 (trinta) dias, para que ele, querendo, se manifestasse, apresentando as comprovações concernentes às operações de vendas atr

de débito relativos a outras unidades da empresa, que tivessem sido consideradas pelo fisco como se fossem da unidade autuada, conforme alegado. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse informação fiscal.

O processo foi encaminhado pelo autuante à Supervisão da INFAZ Atacado (fl. 238), salientando que tendo em vista que o atendimento ao pedido de diligência requeria, dentre outras atividades, intimação e concessão de prazo para que o contribuinte atendesse às exigências fiscais, para que fossem adotadas as providências cabíveis, o prazo regulamentar concedido ao diligente não permitia a execução dessas tarefas.

À fl. 239 o autuante prestou informação fiscal, aduzindo que tendo em vista que o retorno do processo ocorreu no início do trimestre de abril a junho de 2010, esclarecia que o Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, não mais disponibiliza as notas fiscais dos exercícios de 2003 e de 2004, implicando na impossibilidade da execução das atividades solicitadas.

Em conformidade com documentação acostada às fls. 242 a 246, o autuado requereu o pagamento parcial do débito, correspondente a todo o valor exigido por meio da infração 01 e parte da infração 03, com os benefícios da Lei nº. 11.908/10, pleiteando, também a manutenção de sua impugnação, em relação aos débitos não reconhecidos.

Às fls. 254 a 257 encontram-se anexados extratos do SIGAT/SEFAZ concernentes ao pagamento parcial do débito.

#### **VOTO**

No Auto de infração em lide foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de três irregularidades. Observo que a princípio o autuado se insurgiu contra a infração 01, que correspondeu à falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas. Constatado que, no entanto, em um momento posterior optou por desistir da lide, promovendo o pagamento correspondente, utilizando-se dos benefícios concedidos pela Lei nº. 11.908/10. Deste modo, ao desistir da defesa apresentada, o contribuinte tornou-a ineficaz, conforme previsto no art. 122, inciso IV do RPAF/99. Em consequência, fica extinto o crédito tributário relativo a essa infração, nos termos do art. 156, inciso I do CTN e prejudicada a defesa apresentada, devendo os autos ser remetidos à repartição fiscal de origem, para fins de homologação do pagamento e arquivamento do processo no que tange especificamente à infração 01.

As infrações 02 e 03 se referem à falta de recolhimento do ICMS, sendo que na primeira em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões e na segunda devido à falta de escrituração nos livros fiscais próprios, de notas fiscais de aquisição de mercadorias.

Saliento, de início, que tendo sido verificada a existência de inconsistências no lançamento atinente a essas duas imputações, que poderiam resultar em sua nulidade, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o processo em diligência, visando colher subsídios, que resultassem na decisão pertinente às duas questões sob análise. Assim é que, no caso da infração 02, duas situações tinham que ser enfrentadas: a falta de juntada aos autos e da consequente entrega ao contribuinte, dos Relatórios de Operações TEF, contendo as informações relativas às operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito e instituições financeiras, a Planilha de Reduções Z e as informações correspondentes às notas fiscais relacionadas com as vendas realizadas através dos referidos cartões; o outro ponto dizia respeito ao fato de o Auditor Fiscal ter efetuado o lançamento dos valores apurados, no Auto de Infração, de acordo com os totais verificados por cada exercício e não por período mensal.

Já em relação à infração 03, os vícios identificados foram os seguintes: sustentado em relação de notas fiscais colhidas a partir de infor

Sistema CFAMT, não foram juntadas aos autos e nem foram entregues ao autuado as cópias reprográficas ou as vias das respectivas notas fiscais; o segundo equívoco se mostrou igual ao que ocorreu na infração anterior, referindo-se ao fato de terem sido indicados no Auto de Infração os totais dos débitos verificados por exercício, e não de forma mensal, que vem a ser a correta.

Assim, esta 1ª JF, após analisar e discutir tais questões em pauta suplementar, decidiu converter o processo em diligência, para que o autuante adotasse as providências necessárias a sanar as irregularidades acima apontadas, de modo que o processo administrativo fiscal pudesse ser devidamente analisado e julgado.

Constato que, no entanto, a diligência resultou improdutiva, haja vista que nenhum dos pontos acima abordados foi atacado, não tendo sido realizada nenhuma das tarefas indicadas para que pudessem ser sanadas as referidas inconsistências, o que impossibilita a análise do mérito no que concerne às mencionadas infrações.

Desta forma, o primeiro fato motivador da nulidade das duas infrações em tela consiste na falta de juntada aos autos e da correspondente entrega ao impugnante de provas de natureza substancial, que necessariamente deveriam se fazer presentes, constituindo-se em claro cerceamento do direito de defesa do autuado. Na infração 02, os elementos em questão se referem aos Relatórios de Operações TEF, às Planilhas de Reduções Z e às informações correspondentes às notas fiscais relacionadas com as vendas realizadas através dos referidos cartões; já na infração 03 este fato se reporta às cópias reprográficas ou as vias das notas fiscais coletadas por meio do Sistema CFAMT. Tais falhas já se constituem em motivo bastante para que a presente decisão resulte na nulidade dessas imputações.

Acrescento que a segunda falha, que também se mostra insanável, refere-se ao fato de que muito embora as duas exigências deveriam ter sido apontadas no Auto de Infração de forma mensal, para fins de atualização monetária e cálculo dos demais acréscimos legais, consignou tanto no Demonstrativo de Débito à fl. 05, como no próprio Auto de Infração, como data de ocorrência o último dia de cada um dos exercícios fiscalizados.

Saliento que tendo em vista que os documentos fiscais que geraram as exigências tributárias permitem que os levantamentos dos débitos sejam realizados por período mensal, não se pode aplicar ao presente caso as disposições contidas no § 2º do art. 39 do RPAF/99, como efetivado pela fiscalização, que considerou o tributo como devido no último mês do período fiscalizado. Certamente pretendeu o legislador preservar o direito do Estado, ao estabelecer no mencionado dispositivo que apenas nos casos nos quais não fosse possível discriminar o débito por períodos mensais, o tributo deveria ser considerado como devido no último mês do período fiscalizado.

Considerando que esse método de apuração implica em prejuízo à Fazenda Estadual, e tendo em vista que essa incorreção contraria o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, não pode ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, assim, se aplicar a hipótese do § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal. Assim, a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal e por apresentar vício insanável. Realço que nesse sentido vem decidindo o CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JF nº. 0145-04/04, JF nº. 0101-03/07, CJF nº. 0634-11/03, CJF nº 0649-11/03, CJF nº 0686-11/03 e CJF nº. 0194-11/04.

Diante do exposto, voto pela nulidade das infrações 02 e 03 e represento à autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, cabendo a homologação em referência à infração 01.



## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o crédito tributário concernente à infração 01 no valor de **R\$36.169,16**, devendo ser cientificado o autuado da presente decisão, e declarar nulas as infrações 02 e 03 relativas ao Auto de Infração nº **206825.0035/08-1**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BAHIANA DE TECIDOS LTDA.**, Representa-se à autoridade competente, no sentido de programar nova ação fiscal, para fins de exigir o imposto efetivamente devido referente às infrações 02 e 03, a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR