

A. I. Nº - 206933.0141/08-0
AUTUADO - MALIBU BIQUINIS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO RODRIGUES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05.08.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO JJF Nº 0202-02/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito. Por não ter sido observado o quanto disposto no art. 28, I, II do RPAF/99, impõe-se seja declarado nulo o auto de infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Regulamento Processual. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 30/06/2008, para constituir crédito tributário no valor histórico de R\$44.646,94, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2006.

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 18/20, alinhando os seguintes argumentos:

Que embora a Fiscalização tivesse atuado com zelo, os fatos evidenciam que o autuante não conferiu o cadastro da empresa que já teria sido fiscalizada e autuada no período de janeiro a julho de 2006 e pela mesma infração, através do auto nº 114155.0137/06-7. Afirma que também não foi considerado o faturamento declarado pela empresa com o ICMS recolhido para o período de agosto a dezembro de 2006 conforme planilha consignada em sua defesa, fl. 19.

Solicita seja feita uma conferência com base nos documentos fiscais originais que anexa com o pedido que posteriormente sejam devolvidos e que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente no valor de R\$790,05 conforme demonstrativo que apresentou.

O Autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 39/45, diz que devido a apresentação pelo contribuinte da cópia do auto de infração que cobrava as infrações referentes ao período de janeiro a julho de 2006 também cobradas nesta autuação e notas fiscais nº 3002 a 3300, além de fitas de memória fiscal com os valores totais das Reduções Z do período de setembro a 01 de novembro de 2006, fez a exclusão dos valores referentes cobrança anterior.

Salienta que a ação fiscal não teve como objeto fiscalizar a escrita fiscal da autuada, ou seja, seu faturamento e recolhimento do ICMS. O auto de infração trata da omissão de saída de mercadoria tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, portanto refaz o demonstrativo considerando as notas fiscais série D1 apresentadas com a defesa, que guardam coincidência o valores constantes do Relatório Diário TEF.

Assevera que não considera as fitas de memória fiscal com os valores totais das Reduções Z do período 02/09 a 01/11/2006, por não apresentarem a discriminação de que as vendas foram

realizadas através de pagamento com cartão de crédito, e que não pode ser considerado o conteúdo de disquete apresentado por não ser documento fiscal.

Diz que com base nos argumentos defensivos apresentados e documentos fiscais comprobatórios refaz demonstrativo apurando débito de R\$17.525,24 conforme fl. 44, solicitando seja o Auto de Infração julgado parcialmente procedente.

O autuado, ao tomar conhecimento da informação fiscal, fl.46, voltou a se manifestar, fls. 48/49, requerendo que todas as notas fiscais série D1 e fitas de memória fiscal do período de 2006, que diz encontrar-se em poder da fiscalização, sejam acatadas.

Solicita que o autuante adote o mesmo critério que utilizou quando o fiscalizou, no exercício de 2007, e a mesma acusação fiscal gerou o auto de infração 206933.0147/08, onde o fiscal considerou a totalidade das notas fiscais série D1, emitidas no período para fins de comprovação de vendas com cartão.

Reitera que o valor devido remanesce em R\$790,05, já reconhecido e pago com a defesa inicial.

Em nova informação fiscal, fls. 79 a 81, o autuante diz que a primeira informação tratou da documentação apresentada em sua defesa correspondente ao período de janeiro a julho de 2006, talões D1 com notas fiscais nº 3002 a 3250 e fita de memória fiscal com os valores totais das Reduções Z do período de 02/09/2006 a 01/11/2006.

Afirma que o presente PAF resultou das diferenças encontradas entre as informações das administradoras de cartões e os valores das notas fiscais apresentadas pela autuada. Diz que as notas fiscais originais ora reclamadas foram anexadas a este PAF pelo próprio autuado, fl. 37, quando de sua defesa inicial. Reitera que só podem ser aceitas as notas fiscais que guardem coincidência de data e valor com as informações das administradoras de cartões, e que de igual modo, só podem ser acatados as fitas de memória fiscal com valores das Reduções Z, se discriminadas que as vendas ocorreram com cartões de crédito/débito e que o conteúdo do disquete apresentado não pode ser aceito por não tratar-se de documento fiscal, além da impossibilidade em abri-lo.

Solicita seja entregue formalmente cópia xerox da documentação apresentada na defesa original e anexada a este PAF, devendo os originais permanecerem como prova da infração ao RICMS/BA. Conclui pela procedência parcial do auto de infração.

Contribuinte volta a manifestar-se, fls. 87/88, reafirmando toda a argumentação aduzida nas impugnações anteriores. Diz que recebeu cópias das notas fiscais série D1 de nº 3001 a 3300, entretanto deixou de ser devolvido a de número 9551 a 9750 que totalizam R\$ 7.497,50 e que se encontram lançadas e apropriadas como vendas de cartão de crédito no auto de infração em lide. Afirma que tais notas não foram devolvidas porque o fiscal perdeu e extraviou estes talões. Diz que na planilha que refaz fl. 89, não inclui os documentos nº 9551 a 9750, pois, não foram devolvidos pela fiscalização, mas que devem ser considerados, bem como os registros totais da leitura da memória fiscal de seu ECF. Reafirma que o valor devido deve remanescer em R\$ 790,05.

Nas fls. 98/105, em nova informação fiscal o autuante declara que das Autorizações de Impressão de Documentos Fiscais – AIDF, registradas no cadastro da SEFAZ, não constam a série de notas fiscais 9551 a 9750, portanto acredita que tais notas não pertençam ao autuado e foram indevidamente consideradas, devendo ser retiradas do levantamento. Afirma que o contribuinte deve apresentar a AIDF que autoriza a impressão das notas fiscais D1 de 9551 a 9750, para comprovar serem de sua propriedade. Rebate todos os argumentos repetidos nas impugnações do contribuinte, resumindo da seguinte forma: a) Que reconheceu e excluiu valores cobrados em fiscalização anterior, período de janeiro a julho de 2006; b) que documentos alegados como extraviados – 9551/9750 – não se comprova pertencerem ao autuado, portanto devem ser retiradas do levantamento ou se foram utilizadas sem a correspondente AIDF, o fato deve ser apurado; c) as notas fiscais 3001 a 3300 bem como as fitas detalhes de memoria fiscal do período fiscal de 2006

que foram apresentadas estão anexadas ao PAF, fl.17; d) que acatou, conforme planilha que anexou à 1ª informação fiscal, fls. 39/44, somente os valores coincidentes em data e valor com aqueles discriminados na Relação Diária – TEF, dos cartões de Crédito/Débito; e) Não considerou o conteúdo do disquete anexado à defesa por não ser documento fiscal e não conseguir abri-lo; f) Reafirma que o auto deve ser julgado parcialmente procedente no valor remanescente de R\$17.525,24.

Mais uma vez, autuado contesta, fls.112/114, diz que o agente fiscalizador colocou um valor “atrapalhado” de R\$47.497,50 no Auto de infração como venda com cartão de crédito referente as notas fiscais nº 9551 a 9750, quando o valor correto é R\$7.497,50, e que tais notas pertencem a outra empresa.

Ressalta que em sua 2ª impugnação solicitou a devolução destas notas sabendo que não eram suas, para provar a desorganização do auditor fiscal autuante, visto que não poderiam ser devolvidas, pois pertencem a outra empresa.

Reitera que o auto de infração foi lavrado com sucessivos erros administrativos, como considerar notas fiscais de outra empresa para cobrar imposto sem apurar o verdadeiro faturamento da autuada. Afirmar que em verdade, só após impugnar o presente auto é que o fiscal refez o auto de infração retirando valores estranhos à empresa autuada e ainda comete a injustiça de acusá-lo de utilização de documentos fiscais sem a devida autorização de impressão.

Finaliza reiterando os argumentos anteriormente registrados em sua peça defensiva.

Autuante em 4ª informação fiscal, fls.119/121, repete argumentos já relatados anteriormente.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 administradoras de cartões.

Em fase de instrução, verifico várias falhas processuais, como: Auto de Infração lavrado originalmente com base em documentos fiscais estranhos ao contribuinte autuado, fls. 07 a 10; comprovante de entrega do Relatório Diário TEF onde não consta ciência do contribuinte, fl. 13; bi-tributação pela cobrança de valores já reclamados em outro auto de infração referente igual período, mesmo fato gerador e fundamento legal. Todos esses vícios seriam passíveis de saneamento através de diligência. Entretanto, constato vício formal insuperável referente ao lançamento do crédito tributário, visto que, o auto de infração foi lavrado sem que o autuado fosse previamente intimado para apresentação de livros e documentos. Tal procedimento provocou o total cerceamento de seu direito de defesa, pois se tivesse sido intimado poderia fornecer documentos que certamente evitariam os equívocos cometidos pelo fiscal autuante.

Ao analisar as peças processuais, verifico não constar deste PAF a intimação ao autuado para apresentação dos livros e documentos. Vejo que do Termo de Início de Fiscalização (fls.05), não consta a assinatura do contribuinte. Também não se comprova nos autos que o Termo de Início tenha sido transcrito no Livro RUDFTO do contribuinte, conforme determina a legislação, o que macula irremediavelmente a autuação, pois implica em descumprimento das normas estatuídas no artigo 18, Inciso II do RPAF.

Somente com a defesa é que o fiscal autuante iniciou regularmente o procedimento fiscal, utilizando a planilha apresentada pelo impugnante para demonstrar o valor do débito reclamado na autuação.

Por outro lado, apesar de constar uma cópia de intimação à fl.50 deste PAF, vejo que este documento foi anexado pela defesa para comprovar já ter sido fiscalizado no período de janeiro a julho de 2006 e que resultou no Auto de Infração nº 114155.0137/06-7, além de janeiro a julho do exercício de 2007.

O artigo 28, Incisos I e II do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, assim dispõe sobre os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I – Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte.

II – Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, ante tamanha insegurança jurídica observada no que diz respeito às regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito tributário, entendo que a forma como foi instaurado o procedimento fiscal cerceou o direito de defesa do autuado, que não pode ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, deste modo, 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.

Não sendo possível adentrar-se no mérito da lide, recomendo à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/BA, considerando-se na nova ação fiscal, eventuais valores pagos espontaneamente pelo autuado.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206.933.0141.08/0**, lavrado contra **MALIBU BIQUINIS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA**, ao tempo em que represento à autoridade competente para que renove a ação fiscal, desta feita sem os vícios ora apontados.

Esta Junta recorre de ofício da presente 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de Julho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR