

PROCESSO - A. I. Nº 110019.1111/10-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - HELDER SÃO JOSÉ DE ALMEIDA (H.LOOKS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0204-04/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/05/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acolhida a tese de decretação de nulidade do lançamento com base no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF, por falta de entrega de cópia do Relatório TEF-Diário ao autuado e inadequação dos dados relativos às vendas de mercadorias no procedimento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0204-04/11, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 110019.1111/10-6, lavrado em 28/12/2010, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$35.577,46, com aplicação da multa de 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 no exercício de 2007.

O autuado, tempestivamente, apresentou sua impugnação (fls. 18 a 22), tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe às fls. 204/205.

Em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Tendo em vista a disposição do art. 154, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, primeiramente devo analisar as questões preliminares no sentido de conferir se estão presentes no lançamento de ofício os pressupostos de validade do procedimento fiscal para ver se existem máculas indutoras de nulidade da autuação.

O art. 142, Código Tributário Nacional - CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível e o seu parágrafo único dispõe que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, daí se extrai que na atividade de lançamento tributário não há margens para discricionariedade administrativa, devendo a autoridade fiscal trabalhar dentro dos estritos limites estabelecidos na legislação de regência, assim praticando ato válido, ou não o fazendo, fulminando de nulidade o seu trabalho.

Nesse mesmo sentido e complementando a formalidade do ato administrativo do lançamento tributário de ofício, o RPAF prevê no art. 39, os requisitos que deve conter o Auto de Infração. Dentre estes estão “a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta (inciso III)” e “outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal (inciso VI)”. Também prevê o art. 41 do RPAF, que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. Isto se faz indispensável porque o Auto de Infração aponta a prática de ilícito fiscal, ao qual a ordem jurídica comina sanção pecuniária.

Há que se considerar, portanto, que o Auto de Infração formaliza proposta de exigência de tributo e imposição de sanção tributária, o que leva ao reconhecimento da necessidade de expedição, a propósito, de um juízo por parte de outra autoridade, distinta da que praticou o lançamento, pois que ele aplica, de ofício, a norma legal supostamente infringindo a um caso concreto.

Deve, pois, o Auto de Infração conter a descrição minuciosa da conduta ilícita, bem como indicar, detalhando, as circunstâncias em que ela ocorreu, de modo a demonstrar, de forma inequívoca, os fatos apontados como ocasionadores do ilícito tributário acompanhado de indispensáveis provas de modo não só a subsidiar a formação do convencimento da autoridade administrativa judicante encarregada do controle da legalidade do Auto de Infração de que o fato impositivo ocorreu na forma acusada, bem como para revestir o ato administrativo tributário de todos os requisitos necessários para que o crédito tributário que dele decorre seja eficaz e exigível, aqui se incluindo a clareza no que se refere ao aspecto material, em especial, quanto à base de cálculo e o montante do tributo.

Tudo isso também se faz necessário para que o contribuinte autuado tenha elementos aptos a que, quando for o caso, exercendo o direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, produza sua defesa de forma ampla facultando o estabelecimento do contraditório no processo administrativo fiscal dentro de um devido processo legal constitucionalmente exigido (art. 5º, LIV, LV, CF) e seja facultado ao órgão judicante o convencimento da procedência ou não do lançamento, no exercício da função de autocontrole do ato administrativo.

No caso presente, observo que não há nos autos comprovação de que o contribuinte autuado recebeu cópia do Relatório TEF-Diário em que se funda a autuação. Considerando que o Relatório Diário TEF é elemento de fornecimento indispensável e essencial para que o autuado possa exercer a contento o contraditório, de pronto, vejo que o contribuinte foi cerceado no direito de ampla defesa, situação que por si só já inspira a nulidade do procedimento fiscal, conforme a previsão do inciso II do art. 18 do RPAF.

Ademais disso, analisando o demonstrativo em que o autuante apurou o crédito exigido (fls. 05 e 06) e o conteúdo de sua informação fiscal, constato que o procedimento fiscal foi desenvolvido de forma inadequada, uma vez que desprezando os valores constantes dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte – inclusive as Reduções Z - para o confronto com os valores informados pelas Administradoras de Cartões, o autuante aproveitou o valor das vendas informadas na DME do exercício fiscalizado (fl. 12), considerando subjetivamente que todas as operações foram pagas através de cartões, além de mediante um procedimento discricionário não previsto para o procedimento fiscal, rateou de modo uniforme o valor das vendas constante da DME para todos os meses, o que também implica em insegurança quanto ao valor do lançamento tributário com relação à infração constatada, reforçando a imperiosa nulidade do Auto de Infração.

Considerando que a situação em pauta não se subsume à disposição do §1º do art. 18 do RPAF, impossibilitando uma eventual diligência fiscal com objetivo de saneamento do PAF, pois isso implicaria em retrabalho de todo o procedimento fiscal e possível reformatio in pejus não permitido na legislação da matéria em lide, prestigiando os princípios da celeridade e economia processual, com fundamento no art. 18, II, IV, “a” e § 1º do RPAF/99, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, a salvo dos equívocos ora citados.”

Prosseguindo a lide administrativa, em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 4ª JJF 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, no exercício de 2007.

Do exame da procedimentalidade, verifico que, efetivamente, a Decisão recorrida se apresenta irretocável, na medida em que, conforme descrito no Relatório, corretamente observou não se encontrar no feito à comprovação de que o contribuinte autuado recebeu cópia do Relatório TEF-Diário, peça que alicerça o lançamento tributário.

Com efeito, apresentando-se o Relatório TEF-Diário como elemento de fornecimento imprescindível e altamente necessário para que o sujeito passivo possa exercer o seu amplo e constitucional direito de defesa, a falta de entrega de tal documento agride 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.

Nesse contexto, em obediência aos ditames legais, concordo plenamente com o posicionamento do ilustre Relator da 1ª JJF, porquanto, *in casu*, encontra-se incontestavelmente comprovada a ocorrência de vício insanável, disso resultando a nulidade da autuação fiscal, consoante estatuído na regra do artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício formalizado pela 4ª JJF, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **110019.1111/10-6**, lavrado contra **HELDER SÃO JOSÉ DE ALMEIDA (H.LOOKS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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