

**PROCESSO** - A. I. N° 178891.0031/06-5  
**RECORRENTE** - ANTÔNIA MARIA DE PAIVA (MERCADINHO CERQUEIRÃO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0205-03/11  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 02/01/2013

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0401-11/12

**EMENTA:** ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). ADULTERAÇÃO DOS TOTALIZADORES DO EQUIPAMENTO. REDUÇÃO DOS VALORES DAS OPERAÇÕES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Restou comprovado mediante documentos apreendidos e analisado por diligente estranho ao feito que a irregularidade restringe se a utilização do ECF 3. Feito a exclusão das receitas dos ECFs 1 e 2 que não comprovado uso irregular no cálculo do imposto, como reconhecido pelo sujeito passivo. Rejeitada a nulidade suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 21/12/06, para exigir ICMS no valor de R\$136.952,93 com multa de 100% por imputar o recolhimento a menos em virtude da utilização de documentos fiscais. Consta da descrição fática que os preços consignados foram inferiores aos praticados (subfaturamento) e que o sujeito passivo inscrito no SimBahia, foi flagrado adulterando totalizadores de equipamentos emissores de Cupons Fiscais (ECFs), através de redução da receita efetiva por manipulação dos valores das reduções “Z”.

O contencioso administrativo foi dirimido pela instância de base nos termos do voto condutor assim proferido, *verbis* :

*“O papel da fiscalização é fiscalizar e se for o caso lançar o crédito tributário devido, com a penalidade cabível.*

*E o papel do órgão julgador é decidir a lide instaurada diante da reclamação do sujeito passivo.*

*O órgão julgador deve analisar os fatos e cotejá-los com o direito. Aspectos atinentes à estrita legalidade devem ser depurados de ofício, independentemente de alegação da parte. Ao contribuinte compete suscitar as questões de fato, se lhe convier. Porém a incidência da lei é automática, não depende da vontade da parte.*

*Este processo contém vícios de toda ordem.*

*Ultrapasso-os porque o contribuinte confessou o ilícito, e sendo assim deixa de haver lide.*

*Advirta-se, contudo, que a confissão a que me reporto não é aquela mencionada no campo “Descrição dos Fatos”, no Auto, à qual o fiscal autuante deu ênfase na informação prestada, chamando a atenção para o “Termo de Declaração” às fls. 10/12, porque tal declaração não tem qualquer valor jurídico, pois não foi assinada pela pessoa que supostamente prestou aquele depoimento. Além disso, houve um equívoco por parte da autoridade que efetuou o lançamento, ao dizer que no referido termo o contribuinte teria reconhecido que adquirira um programa que possibilitava fraude no uso de ECF. O contribuinte não reconheceu isso. O autuado é Antônia Maria de Paiva, e quem prestou a “declaração” (não assinada) às fls. 10/12 foi João Sales Cerqueira. Portanto, mesmo que o termo às fls. 10/12 estivesse assinado, quem supostamente prestou aquela declaração foi terceiro, e não o contribuinte. Uma pessoa reconhece algo é quando admite algo que lhe diga*

*respeito. Em se tratando de depoimento de terceiro, o que se poderia dizer – se o depoimento estivesse assinado – é que se trataria de um testemunho ou denúncia. Reconhecimento, jamais.*

*Abordei esse aspecto como matéria de mérito. Quanto aos vícios processuais e procedimentais, que são muitos, me abstenho de explicitá-los porque o contribuinte, na defesa, admitiu o fato imputado, apenas discordando da cobrança do imposto relativamente ao período de fevereiro de 2001 a outubro de 2003, alegando que nesse período recolheu o tributo como contribuinte do SimBahia, e fundamentando sua discordância no art. 408-S do RICMS, argumentando que segundo esse dispositivo em tal situação a cobrança deve ser a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento, mas neste caso foram incluídos no levantamento fiscal valores relativos a períodos anteriores. Se houve fraude e o contribuinte admite isso, o fato se considera ocorrido quando se deu a prática ilícita. Não se trata aqui de retroatividade da norma.*

*Em suma, o presente lançamento seria nulo, mas, em face da confissão do autuado, deixa de haver lide.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Mediante Recurso Voluntário de fls. 403/408, o contribuinte renova sua tese defensiva, arguindo que é descabida a lavratura do Auto de Infração no valor de R\$ 136.952, 93 por lhe imputar o recolhimento a menor da ICMS sob acusação de subfaturamento através de processo de adulteração dos totalizados de equipamentos de cupons fiscais (ECF'S) com manipulação dos valores das reduções “Z” assim defende-se alegando que essa lavratura para ser legítima deveria ser precedida de um laudo pericial de violação do sistema, o que não ocorreu baseando-se a acusação, como afirmou, em mera presunção oriunda do juízo de valor do agente do fisco.

Pontua que disponibilizou quando da fiscalização, vasta documentação que, surpreendentemente foi apreendida pelo autuante, o que ocorreu sem a lavratura do Termo de Arrecadação e nem também o Termo de Apreensão de Documentos, a resultar em transgressão ao disposto no art. 26, I, II e III do Decreto nº 7.629/99, conforme consta no relatório da JJF, sendo ignorado o destino pelos órgãos do SEFAZ-BA. Acentua que diante do transtorno causado pela fiscalização, que se fez necessário o chamamento ao processo de diversos auditores, estagiários, inclusive a Inspetora de Fiscalização de Mercadoria em Trânsito – IFMT, constando da informação fiscal de fls.82/83 que o preposto fiscal não participou da diligência inicial da fiscalização, o que disse ter iniciado o trabalho a partir de uma denúncia e com base em farta documentação que lhe foi apreendida.

Consta declaração do Sr. João Sales Cerqueira de prática de ilícitos fiscais que culminaram na sonegação de impostos, o que disse não ter valor jurídico já que o dito declarante afirma que jamais prestou tais declarações constantes do Termo de Declaração.

Alega cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa. Transcreve o art. 142 do CTN e o art 5º LV e LVI da CF.

Requer a nulidade do Auto de Infração e, no que toca ao mérito, ressalta que no período de fevereiro de 2001 a outubro de 2003 quando suas obrigações fiscais se sujeitavam ao regime do SimBahia, que o ICMS foi recolhido com base na receita bruta, e que não cometeu qualquer infração que resultasse no desenquadramento e na cobrança do ICMS de forma diversa. Alega haver erros grosseiros no PAF e que por isto foi determinado que o auditor esclarecesse aspectos probantes.

Salienta que, impugnando, mais uma vez a referida declaração Antônia Maria de Paiva trata-se de empresa individual e que PAF foi desenvolvido sem respeito ao devido processo legal, não tendo sido feita uma análise minuciosa nas fitas-detalhes dos cupons fiscais armazenados em 09 caixas, como requereu e que deveria ter prevalecido o bom senso e a justiça.

Enfatiza que o Relator da Decisão recorrida mencionou os muitos vícios processuais ratificando assim os fundamentos defensivos que impugna a cobrança do ICMS no período de fevereiro/2001 a outubro/2003, e que apesar de ter havido pelo julgado admissão da presença de vícios a inquinar o Auto de Infração, discrepantemente, quanto ao mérito, votou pela procedência da acusação fiscal.

Diante dessa insegurança com cerceamento do seu direito de defesa, o sujeito passivo requer a nulidade do Auto de Infração e, pois, do débito exigido devido a sua irregular constituição, e

pede pelo Provimento do Recurso Voluntário para declarar a improcedência ou a sua nulidade “*ab initio*”.

A PGE/PROFIS ao ser instada para proferir Parecer à vista do apelo do contribuinte posicionou-se às fls. 415/416, aduzindo, em síntese, primeiramente, ser descabida a preliminar de nulidade por inexistir no PAF vício que o inquene e que o recorrente não trouxe em sede recursal argumentos e nem documentos novos comprobatórios, restringindo-se a deduzir alegações a atrair a regra do art. 143, do RPAF, opinando, por fim, pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

A matéria tracejada no apelo do sujeito passivo invoca a nulidade do PAF por vício de cerceamento do direito de defesa a envolver matéria relativa à fraude fiscal, de contornos, pois, graves e que por isso mesmo, tem o condão de adentrar potencialmente a esfera subjetiva do contribuinte, o que levou-me a, minuciosamente, cotejar todas as peças aqui residentes.

Dessa pormenorizada análise conclui que razão assiste ao Recorrente. Justifico. O Auto de Infração em tela contém acusação fiscal, no seu campo descritivo e como alicerce da lavratura da autuação, que o contribuinte havia reconhecido mediante depoimento prestado a Inspetora do FMT – Metro, em 27/07/04, que havia adquirido programa que lhe possibilitaria fraudar o sistema de ECF e, por isso, teria ocorrido o seu desenquadramento do regime da SimBahia, deferida redução da base de cálculo de 8% e a baixa condicionalmente.

Observei que à fl. 3 consta que o contribuinte foi contatado por via telefônica acerca dessa baixa, mas que não havia comparecido à Inspetoria para assinar o termo de ciência, o que ali foi considerado como “recusa de ciência”.

Infiro, também, que às fls. 10/12 consta uma xerocópia inautêntica de um Termo de Declaração de Contribuinte/Responsável, estando identificado como tal o Sr. João Sales Cerqueira, e inobstante haver um carimbo do auditor fiscal, em verdade, a rigor, não consta sua assinatura, mas um rabisco a guisa da rubrica que, inclusive, é diferente nas três laudas.

À fl. 12, onde consta o “*Declaro-me Ciente deste Termo não há a assinatura do declarante, estando o documento apócrifo, em que pese conter acusação grave e temerária, potencialmente lesiva, e à fl. 33 há uma intimação destinada à autuada, todavia, muito embora se trate de uma firma individual, foi assinada, como ciente, por um terceiro, ou seja, por Maria Aparecida Ferreira Cerqueira*”.

À fl. 48 consta termo informando que a intimação foi refeita, e que o foi o próprio autuado, conforme aviso de recebimento de fl. 49, que deu o ciente que deveria recolher o débito ou apresentar defesa no trintídio legal.

Verifico que, nesse contexto, a defesa de fls. 55/56 contem discordância veemente quanto ao desenquadramento e consequente exigência contida no Auto de Infração que, até aquele momento, como acentuou, não lhe havia sido devolvida toda a documentação de modo que não teve como conferir o levantamento fiscal. Noto que, que o preposto fiscal, por seu turno, à fl. 64, afirmou em outubro/07 que a devolução dos originais requerida pelo sujeito passivo para conferência seria temerária ante a suspeita da fraude fiscal.

Nesse sentido, observo que houve uma diligência às fls. 86/87 suscitada pelo Relator de 1º Grau, cuja conclusão de fl. 89 foi para intimar o sujeito passivo de forma expressa, com fornecimento de cópias, para elidir o cerceamento do direito de defesa, e a fl. 93 que a Inspetoria pôs a disposição do contribuinte, na DAT METRO CERE a D/ PAF, mediante Termo de Liberação de fls. 204/213 a respectiva documentação.

Entretanto, como se apura da fl. 229, há informação manuscrita no corpo do Recibo dos Arquivos Eletrônicos, que o autuado não o firmou e que funciona na atualidade como Nova Raio de Sol

LTDA., com inscrição e CNPJ diversos, tendo sido anexado aos autos o correspondente cupom fiscal.

Às fls. 231 e 232 consta o recibo firmado por Paula Ferreira dos Santos, que alegou tratar-se da cunhada da representante legal da Recorrente, notificação que teria o fito para lhe reabrir o prazo de defesa, todavia, inócua, já que o autuado não ficou ciente e a ele não foi devolvida a documentação fiscal que havia sido apreendida e assim lhe obstou o basilar direito de conferência dos valores a ele imputados como devidos.

Observo que a JJF, objetivando respeitar os primados do devido processo legal, converteu o PAF em mais uma vez em diligência ao fiscal autuante por ter considerado que ao sujeito passivo deve ser esclarecido com exatidão, o que lhe está sendo imputado e o modo como à acusação fiscal foi apurada, tendo a JJF inclusive requerido a realização da revisão fiscal capaz de evidenciar os valores que o autuado teria subfaturado, ou seja, buscou a verdade material e a elisão da possibilidade de enriquecimento sem causa pelo erário.

Assim, cuidou-se de determinar a intimação do sujeito passivo do resultado dessa diligência e que o fosse mediante recibo e lhe reaberto o prazo de defesa, o que, contudo, não ocorreu.

Ocorreu que, como verifico, o fiscal autuante no Tópico Atendimento à Diligência – fl. 241 – ali asseverou que os documentos estavam à disposição do contribuinte na DAT/METRO CCRED/PAF -, e que ele assinou o Termo de liberação de fls.304 a 2/3, tendo até ressaltado que, ao contrário do que entendeu a JJF, a descrição fática do AI está bem clara e precisa e que houve confissão pelo contribuinte do percentual que sonegava através de procedimento criminoso. Ainda à fl. 379 há outra manifestação do preposto fiscal salientando que o autuado pretendeu postergar o trâmite do feito por não se interessar em buscar a documentação distribuída em 09 caixas, mesmo após ter assinado o referido termo de liberação, o que, como se constata dos autos, o autuado não foi intimado e por isso sequer sabia que as 09 caixas com a documentação estavam à sua disposição, para devolução. É equivocada, portanto, a ilação do autuante.

Seguindo-se a essa informação fiscal, o PAF foi incluso na pauta de julgamento conforme acórdão de fls. 381/387, tendo a JJF decidido pela Procedência da acusação fiscal, como supra relatado e assim se posicionou por considerar que na descrição dos fatos contida no AI o autuante enfatizou que houve confissão de fraude. E, no que toca aos vícios processuais suscitados pelo contribuinte, frisou que se abstinha de explicitá-lo porque o contribuinte admitiu o fato a si imputado.

Seguidamente a JJF ao compulsar os autos, depreendeu que efetivamente o direito de defesa do autuado não estava sendo respeitado desde a lavratura do Auto de Infração, mormente por não conter descrição fática segura e precisa tanto que converteu o PAF em diligência para sanar essas falhas, o que, todavia, não ocorreu, posto que o sujeito passivo não foi devida e regularmente intimado, não teve ciência que a documentação já estava liberada, não assinou as referidas intimações, o que resulta dizer que de nada ficou efetivamente ciente, partindo-se as conclusões do autuante, com a devida vênia, em meras suposições, o que foi, e peço vênia, chancelado pela JJF cuja Decisão foi em sentido totalmente oposto ao que afirmou expressamente ao suscitar as diligências.

A hipótese vertente é, convictamente de nulidade processual. Extraí-se, desse contexto, a presença da incongruência, pois, friso, a despeito da JJF ter afirmado na diligência de fl. 237 que ao sujeito passivo não havia sido prestado precisos e exatos esclarecimentos sobre a acusação fiscal, como impõe o art. 39, III, do RPAF, após a última informação fiscal (fl. 242), proferiu julgamento cujo pilar de sustentação é, justamente, a confissão, tendo julgadores de primeiro grau, ao final, desconsiderado posição pretérita exposta na diligência no sentido de que deveria ser assegurada a ampla defesa, com regular intimação do sujeito passivo e reabertura do prazo de

30 dias, mediante recibo expresso com devolução da documentação fiscal apreendida, o que apesar de não ter ocorrido, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

De tudo quanto acima se encontra exposto neste voto, o autuado, em verdade, não foi intimado com regularidade e nem tampouco lhe foi reaberto prazo para se defender com devolução prévia de sua documentação. Em outras palavras, como visto, em primeiro plano, não foi a sua representante legal quem prestou a suposta confissão; em segundo, o dito Termo de Declaração sequer está assinado pelo declarante, assinatura que, ao meu ver, é imprescindível. O documento está apócrifo a resultar, no meu entendimento, na sua invalidade como meio probante. Ademais disto, não considero que a defesa do sujeito passivo contenha confissão de prática de fraude fiscal, como entendeu a JJF, o que inclusive, vale pontuar, fez os Julgadores à não enfrentar a matéria e nem dirimi-la sob o pífio e evasivo argumento de que com essa confissão deixou de existir lide.

Ademais disto, ainda que firmado estivesse o dito Termo de Declaração, e que instruiu, que não se olvide, o Auto de Infração lhe servindo de motivação como consta no seu campo descritivo, certo é que em se tratando do contribuinte de firma individual, o declarante que é terceiro que não o próprio representante legal, haveria de exhibir ao identificar-se como representante legal do autuado, o respectivo mandato, a procuração com os poderes delimitados inclusive. Todavia, além do Referido Termo com Confissão estar apócrifo, não há o instrumento habilitando a declarante como representante.

Neste diapasão, não há como legitimamente lastrear meu convencimento em documento inválido a implicar no meu entendimento de que não houve confissão alguma pela representante legal do sujeito passivo. Nem considero que haja confissão de fraude na impugnação do sujeito passivo, a qual, vale destacar, foi prejudicado o seu exercício na medida em que todos os documentos contábeis fiscais foram subitamente apreendidos a não permitir, portanto, qualquer conferência.

Se isto não bastasse, constato que o elementar direito de ser regular e eficazmente notificado não foi dado ao autuado, eis que, como acima fiz menção ao fato, apesar da JJF ter convertido o PAF em diligência e ter determinado, em preservação ao devido processo legal, a sua intimação, entre outras providências saneadoras, incluindo o esclarecimento, pelo autuante, do fato impositivo, de modo preciso e exato e de como o verificou, constata-se, entretanto, à fl. 229 que o sujeito passivo não foi intimado, havendo uma telegráfica informação, como visto, de que estaria funcionando com nova denominação social, inscrição estadual e CNPJ diversos.

Não houve, destarte, nesses termos, a regular e eficaz intimação do contribuinte, nem mesmo a Intimação de fl. 232 que foi firmada por quem alegou, mas não demonstrou, ser preposta do autuado, ali constando que declarou-se como “cunhada”.

Sendo esta, em apertada síntese, a sequência dos atos processuais, dúvidas, não tenho de considerar estar o presente PAF divorciado das garantias capitais que dão confirmação ao devido processo legal e de que a acusação fiscal se ampara em declaração de terceiro que além de não ser o representante legal do autuado, sequer firmou a confissão de prática de crime fiscal.

Neste diapasão, entendo que JJF ao decidir a lide, se descurou desses relevantes aspectos atinentes ao direito de defesa do contribuinte com suas garantias elementares, conquanto tenha, inicialmente, buscado preservar através de medidas saneadoras, as quais, entretanto, não foram efetivadas eficazmente.

Por outro lado, não adentrarei no fato de se houve ou não prática do ato fraudulento, já que nos autos não há prova nesse sentido, o que resulta na conclusão de que o Auto de Infração é nulo, pois se baseia e fundamenta-se essencialmente no dito Termo de Declaração considerado como confissão e meio válido de prova, o que discordo inteiramente. Deparo-me, pois, com a verificação de vícios processuais que remontam à lavratura da acusação fiscal e, portanto, a constituição do crédito tributário.

Pelo que, concluo que, mesmo que seja declarada nula a Decisão recorrida, inclusive, por falha na sua fundamentação, a ofender a regra cogente do art. 93, IX da CF c/c art. 18 do RPAF, o AI não tem como prosperar, pois além de ter como fulcro documento sem valor jurídico, apócrifo cuja declaração seria do terceiro que não o representante legal do autuado, a descrição fática ali contida não é clara e precisa, a macular o princípio maior da segurança jurídica, como expressamente afirmou a JJF.

Isto porque, repise-se, o autuado ao não ter tido acesso à completa documentação, além da imprecisa descrição fática do Auto de Infração, como exaustivamente aqui acentuado, considero, sem reboço de dúvida, que a impugnação de fls. 55/56 foi prejudicada, evidentemente, como se extrai dos termos do Recurso Voluntário.

Como então o Relator de Primeira Instância, tendo constatado grave cerceamento ao direito de defesa e, pois, ofensa ao devido processo legal, veio a concluir que “*em suma, o presente lançamento seria nulo, mas, em face da confissão do autuado, deixa de haver lide*” e julgou procedente o Auto de Infração. (grifo não original).

Nesta senda, destaco que não há como se afirmar que nos autos há provas materiais comprovando regular e amplamente o ilícito grave imputado ao sujeito passivo, menos ainda quando houve solar ofensa à garantia capital do contraditório e da ampla defesa, sem ter lhe sido assegurado sequer o direito de vistas e conferência de toda a documentação então apreendida, para que a considerada confissão pela JJF fosse válida, tendo, ao meu ver, dentro desse contexto, que foi viciada.

É bem verdade, como vale salientar, que poderia ter sido considerado um indício a dita declaração de um terceiro e ensejar uma completa sindicância dentro de um processo administrativo consonante com o devido processo legal e as garantias que lhe são inerentes, notadamente, o direito ao contraditório e a ampla defesa, cujo processo poderia resultar em prova cabal de prática de crime a servir de lastro para autuar o sujeito passivo com tão grave acusação fiscal.

Ocorre, entretanto, que há vícios insanáveis desde o nascedouro do PAF a partir da própria lavratura do lançamento de ofício. Logo, a preliminar de nulidade da autuação merece acatamento.

E assim, verificando a existência de vício insanável capaz de fulminar o Auto de Infração em comento, a teor do art. 18, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, incluindo no que tange à quantificação do débito tributário, decido sem acompanhar o entendimento da d. PGE/PROFIS, divergindo da Decisão de primeiro grau. E por entender não mais existir possibilidade de reabertura do prazo de defesa com vistas à regularização deste procedimento administrativo fiscal, uma vez que o vício toca não somente à descrição do próprio ilícito tributário como e, mormente, o esteio da própria autuação de que houve confissão de crime pelo contribuinte, o Auto de Infração é nulo “*ab initio*”, “*nati morto*” e, conseguinte, o débito nele exigido, e por isto cabe ser lavrado novo auto a salvo de falhas, observando-se o prazo decadencial.

Voto pelo acolhimento da preliminar de nulidade e, conseqüentemente, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULO o presente Auto de Infração e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à Autoridade Fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.

Como este voto foi vencido, por maioria, adentro na abordagem do mérito, para considerar como procedente o valor declarado pelo sujeito passivo à fl. 58, no valor de R\$ 12.228,58 relativos às

omissões do ECF 3, muito embora, volto a frisar, ao autuado não tenha sido dada a efetiva oportunidade de defesa, o que inclui o cotejo, a conferência, da documentação, defesa essa que foi feita sem todos os subsídios necessários para contestar a acusação fiscal, inclusive desta ECF3, a não caracterizar, nessas circunstâncias ter havido confissão.

### VOTO VENCEDOR

Em que pesa a fundamentação da Nobre Relatora, divirjo do seu posicionamento. Conforme descrição dos fatos o contribuinte foi acusado de utilizar programa que possibilitava adulterar valores do totalizador do ECF, fazendo-se acompanhar de relatório (fl. 13) indicando irregularidades.

Na defesa apresentada (fls. 55-56) o recorrente afirmou que *“reconhece a prática da infração apontada e concorda com o pagamento do imposto”* no período de 11/2003 a 08/2004, com relação ao ECF nº 515059, que foi autorizado pela SEFAZ a partir de 17.11.03.

Contestou a totalidade dos valores exigidos apresentando fundamentos de que as receitas registradas nos demais ECFs foram oferecidas à tributação e não cabia a exigência do ICMS de períodos anteriores, como estivesse desenquadrado do regime simplificado (SimBahia).

Pelo exposto, entendo que ao contrário do que concluiu a Nobre Relatora, há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, tanto que o próprio autuado entendeu, se defendeu e reconheceu o seu cometimento.

Quanto aos procedimentos adotados para fins de saneamento do processo e questionamentos formulados pelo recorrente acerca da Decisão proferida pela 3ª JJF, entendo que trata-se do mérito da questão o que será apreciado a seguir.

No mérito, conforme acima apreciado o motivo que conduziu a lavratura do Auto de Infração foi à constatação da utilização de programa que permitia *“a redução dos valores das vendas registradas em ECF”*.

Na ação fiscal foi apreendido o ECF nº 515059, Marca Yanco (Caixa 3), cadastrado na SEFAZ em 17/11/03, tendo sido juntado Relatório com indicação de irregularidades (fl. 13) a exemplo de falta de tampa, uso de programa irregular, incremento do Contador de Operação (CRO) com data posterior ao da intervenção; fotos, dados de impressão (irregulares) e Termo de Apreensão de 29/06/04 (fl. 25) devidamente assinado por representante legal.

A fiscalização elaborou demonstrativo (fls. 8 e 9) relativo ao período de janeiro/01 a agosto/04, no qual relacionou as “Vendas apuradas em Cupons Fiscais” do ECF 3 (apreendido) juntamente com as dos ECFs 1 e 2. Apurou o ICMS devido pelo regime normal (alíquota de 17%), concedeu crédito presumido de 8% e deduziu o valor recolhido, o que resultou na diferença exigida.

Na defesa apresentada (fls. 55/56) a empresa reconheceu o cometimento da infração, porém argumentou que o autuante identificou e comprovou irregularidades do ECF 3, mas que exigiu ICMS pelo regime normal também dos outros ECFs (1 e 2) que estavam regulares. Juntou com a defesa à fl. 58, demonstrativo próprio em que reconheceu como devido o valor de R\$12.228,57 pertinente ao ECF 3.

Em atendimento a diligência determinada pela JJF (fl. 94) o Parecerista exemplificou prova material da Redução Z do dia 26/12/03 (fls. 114 a 203) a soma dos cupons fiscais totalizaram R\$4.362,33 e o valor declarado foi de R\$871,50 gerando um valor fraudado de R\$3.490,83.

Na Decisão proferida pela 3ª JJF, o Relator após análise de todos estes fatos concluiu que *“Em suma, o presente lançamento seria nulo, mas, face da confissão do autuado, deixa de haver lide”* e decidiu pela Procedência do Auto de Infração.

Por tudo que foi exposto, concluo que as provas materiais acostadas aos autos comprova o cometimento da infração, fato reconhecido pelo sujeito passivo. Entretanto, o ilícito restringe-se ao ECF 3, inclusive comprovado pelos demonstrativos e cupons fiscais juntados pelo diligente.

Como a primeira instância, baseado na “confissão do autuado”, reconheceu a exigência fiscal pelo regime normal relativo aos três ECFs utilizados pelo estabelecimento autuado, entendo que só havendo prova do ilícito relativamente ao ECF 3, a Decisão deve ser reformada, como admitida na defesa, restringindo a base de cálculo a do ECF3, a partir da data que foi cadastrado na SEFAZ, ou seja do mês de novembro/03 a agosto/04.

Assim sendo, reproduzo em parte o demonstrativo juntado pelo sujeito passivo à fl. 58 e acato o valor reconhecido como devido de R\$12.228,58 pertinente às omissões do ECF 3.

Data Ocorr	Data Vencido	ECF 3	Aliq %	Multa %	Valor Real	Cred. 8%	Apurado	Rec. Prop	Devido
31/12/03	09/01/04	11.333,34	17,00	100,00	1.926,67	906,67	1.020,00	88,50	931,50
31/01/04	09/02/04	8.527,22	17,00	100,00	1.449,63	682,18	767,45	66,59	700,86
29/02/04	09/03/04	65.688,82	17,00	100,00	11.167,10	5.255,11	5.911,99	512,95	5.399,04
31/03/04	09/04/04	37.365,97	17,00	100,00	6.352,21	2.989,28	3.362,93	291,78	3.071,15
30/04/04	09/05/04	14.071,25	17,00	100,00	2.392,11	1.125,70	1.266,41	109,88	1.156,53
31/06/04	09/06/04	11.795,73	17,00	100,00	2.005,27	943,66	1.061,61	92,11	969,50
Total					25.292,99	11.902,60	13.390,39	1.161,81	12.228,58

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO EM PARTE do Recurso Voluntário, reduzindo o valor exigido de R\$136.952,93 para R\$12.228,58.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.0031/06-5**, lavrado contra **ANTÔNIA MARIA DE PAIVA (MERCADINHO CERQUEIRÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.228,58**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Denise Mara Andrade Barbosa e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Fabio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS