

A. I. Nº - 206908.0002/14-3
AUTUADO - M L M CARNEIRO & CIA. LTDA.(GLEP COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E CALÇADOS LTDA)
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16. 10. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-01/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$18.281,37, acrescido da multa de 70% e 100%, em razão de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010.

O autuado apresentou defesa (fls. 50 a 63) esclarecendo que fora autuado em 19/12/2011, por ter supostamente omitido saída de mercadorias tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeira e administradora de cartão de crédito, sendo que apresentou defesa tempestiva e para sua surpresa recebeu em 17/07/2012 o Acórdão JJF nº 0152-01/12, cujo julgamento decidiu pela procedência da autuação.

Diz que inconformado com o resultado do julgamento apresentou recurso contra a referida decisão, no qual reiterou as suas alegações de ilegalidade da autuação, o que foi reconhecido, conforme o Acórdão CJF N°.0243-12/13.

Salienta que, para sua surpresa, foi novamente intimado para apresentar os documentos fiscais do período anteriormente fiscalizado, ou seja, 2009 e 2010.

Registra que atendendo a intimação apresentou os livros Registro de Saídas dos exercícios de 2009 e 2010, bem como apresentou cinco talões de Notas Fiscais de Venda a Consumidor.

Frisa que foram apresentados em 17/02/2014 os referidos livros, assim como os talões de Notas Fiscais de nºs 1801 a 2000, sendo que o talão de Notas Fiscais de nº 2001 a 2050 já se encontrava em poder do Fisco Estadual quando da fiscalização anterior, entregue ao preposto fiscal em 04/11/2011, sem a devida devolução, razão pela qual não fora apresentado em 17/02/2014.

Consigna que em 01/04/2014 foi surpreendido com o recebimento do presente Auto de Infração, o qual exige um crédito tributário muito superior aquele originado no Auto de Infração anterior, razão pela qual, inconformado, apresenta impugnação.

Lembra que o Auto de Infração em lide foi lavrado 01/04/2014, tendo sido motivado pelo refazimento do Auto de Infração nº 206908.0000/11-6, julgado nulo, por unanimidade, em 04/09/2013, por ausência de legalidade, conforme o Acórdão CJF Nº 0243-12/13.

Invoca a Constituição Federal de 1988, para afirmar que esta dentre outros direitos e garantias fundamentais, assegura o direito ao devido processo legal, inclusive com contraditório e ampla

defesa. Tece amplo comentário sobre a vital importância de tais garantias para o ordenamento jurídico nacional pátrio.

Sustenta que dentre os subprincípios destas garantias, é bastante a máxima de que é vedada a reforma de decisão em prejuízo do único recorrente, mais conhecida no meio jurídico como *Non reformatio in pejus*. Cita e reproduz posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema garantias constitucionais.

Reitera que houve majoração do crédito tributário apurado em nova ação fiscal incidente sobre o mesmo fato gerador após a nulidade do Auto de Infração que culminou o crédito tributário, portanto, não podendo prosperar o novo Auto de Infração, por ofensa a segurança jurídica e ao próprio princípio da legalidade e o da equidade. Nesse sentido, invoca e reproduz posição jurisprudencial e doutrinária.

Reporta-se sobre a competência atribuída pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 155, II, aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS, e sobre a sua não cumulatividade prevista no §2º, I, do mesmo artigo, para sustentar que o autuante não operou conforme manda a legislação de regência, inclusive, não observou a possibilidade de venda de mercadorias isentas ou sujeitas a substituição tributária. Acrescenta que, neste caso, o autuante não concedeu os créditos das operações de aquisição de mercadorias tributadas, não excluiu da base de cálculo as operações sujeitas a substituição tributária, nem tampouco aquelas operações isentas do imposto, desrespeitando, portanto, a não cumulatividade do ICMS.

Sustenta que a autuação não pode prosperar, por ser precária a ação fiscal. Alega que, além dos motivos acima aduzidos, não foi contabilizado o talão de notas fiscais de números 2000 a 2050 para fins de apuração e confronto com as informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito, o que lhe traz prejuízo. Afirma que a manutenção da exigência fiscal acarretará um confisco, instituto vedado expressamente pela CF/88 e pelo CTN.

Prosseguindo, assevera que existe ilegalidade da autuação, uma vez que não há relação legal entre as operações apresentadas pelas operadoras de cartões de crédito com o fato gerador do tributo, uma vez que tais documentos não significam a comprovação da circulação de mercadorias ou serviços, ou seja, presente está a insegurança jurídica e a ilegalidade, caso a exigência seja mantida.

Aduz que os documentos apresentados pelas operadoras de cartões de crédito, de modo algum poderão surtir os efeitos de um documento fiscal, do mesmo modo não poderão ter o condão jurídico para a comprovação de vendas de mercadorias ou serviços e, menos ainda, servir de fundamentação para a autuação com o argumento de omissão de saídas tributadas. Acrescenta que é necessária a medida parlamentar denominada de Lei Complementar para versar sobre o tema, o que é inexistente.

Entende que a teor do que diz a CF/88 em seu art. 146, bem como a LC 87/96, a irregularidade repousa só e simplesmente no enquadramento legal capitulado através de Decreto Estadual, porém, somente a Constituição Federal e Lei complementar são competentes para editar as normas gerais em matéria tributária, não podendo o Fisco inovar em matéria tributária no que concerne a estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, fato gerador, base de cálculo.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, a produção de provas por todos os meios de direito permitidos.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 68 a 70) aduzindo, preliminarmente, que a defesa apresentada possui vícios formais insanáveis, violando dispositivo expresso do RPAF, quais sejam:

1 – O Contribuinte não apresenta o Contrato Social da empresa, de sorte a inviabilizar a verificação se a pessoa que assina a Defesa, possuiu não poderes para tanto;

2 – A assinatura da Defesa carece da devida autenticação, perdendo, pois, a legitimidade e segurança devidas.

Em face disso, *requer, de início, seja rejeitada a Defesa apresentada, por violação aos aspectos formais, estipulados do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.*

Contesta a alegação defensiva de inconstitucionalidade, consignando que não cabe aos Auditores Fiscais nem ao Conselho de Fazenda, apreciar questões relacionadas à constitucionalidade dos procedimentos.

Também contesta a argumentação defensiva de majoração do lançamento, afirmando que não há no caso em apreço qualquer violação ao princípio do *non reformatio in pejus*, pois, somente se poderia se falar em “Reforma para o Pior”, se o mesmo fosse feito no mesmo Auto de Infração, anteriormente julgado, o que, segundo diz, definitivamente não ocorreu.

Ressalta que a presente autuação fora realizada em substituição àquela que fora anteriormente julgada nula, não podendo se falar em reforma, mas apenas em nova autuação, razão pela qual não há como acolher a alegação defensiva.

Sustenta que o Auto de Infração deve ser mantido em sua integralidade, até mesmo porque o autuado limitou-se a aduzir questões metajurídicas, sequer impugnando, muito menos apresentando nos autos qualquer prova do seu não cometimento, ou qualquer vício capaz de alterar ou mesmo diminuir os valores apresentados.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre a exigência de ICMS, em razão de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS constatada pela 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão.

Inicialmente, observo que o autuante argui que a peça de defesa deve ser rejeitada, *por violação aos aspectos formais, estipulados do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal*, sob a alegação de que *o Contribuinte não apresenta o Contrato Social da empresa, de sorte a inviabilizar a verificação se a pessoa que assina a Defesa, possui ou não poderes para tanto, carecendo a assinatura da devida autenticação, perdendo, pois, a legitimidade e segurança devidas.*

Não vejo como prosperar a pretensão do autuante.

Isso porque, a verificação da legitimidade do signatário da peça de defesa é feita pelo órgão competente da repartição fazendária, sendo possível inferir que se o PAF foi encaminhado ao CONSEF para julgamento, o órgão da repartição fazendária responsável pelo preparo do processo realizou o devido saneamento, inclusive a verificação da legitimidade de quem assinou a peça defensiva.

Conforme consta nos autos, em procedimento fiscal anterior o autuante lavrou contra o mesmo sujeito passivo o Auto de Infração nº 206908.0000/11-6, cujo julgamento na Primeira Instância decidiu pela procedência da autuação consoante o Acórdão JJF nº 0152-01/12, contudo, no julgamento na Segunda Instância referida decisão foi reformada tendo sido julgado nulo, nos termos do CJF Nº 0243-12/13, com a recomendação de que fosse realizada nova verificação fiscal.

Em face disso, o autuante iniciou uma nova ação fiscal, intimando o contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais, cujo resultado apontou a exigência de um valor de ICMS maior do que o anteriormente exigido, isto é, de R\$8.000,00 passou para R\$18.281,37.

Alega o autuado que houve majoração do crédito tributário apurado em nova ação fiscal incidente sobre o mesmo fato gerador após a nulidade do Auto de Infração, portanto, não podendo prosperar o novo Auto de Infração, por ofensa a segurança jurídica e ao próprio princípio da legalidade e o da equidade. Alega que é vedada a reforma de decisão em prejuízo do recorrente, isto é, o *non reformatio in pejus*.

Certamente que essa alegação defensiva também não pode prosperar.

Isso porque, o Auto de Infração anteriormente lavrado julgado nulo, teve como fundamento da decisão a impropriedade do levantamento levado a efeito pelo autuante, pois considerara o contribuinte como optante pelo Regime SimBahia, portanto, adotando o roteiro aplicável, à época, àqueles contribuintes. Ou seja, foi concedido indevidamente crédito presumido de 8%, o que, por óbvio, implicou na apuração e exigência a menos do imposto porventura devido, no caso de apuração pelo critério normal de apuração, conforme deve ser feito.

Desse modo, inexistiu, no presente caso, o alegado *non reformatio in pejus*.

Entretanto, constato a existência de vícios que não permitem o prosseguimento da lide, por evidente cerceamento do direito de defesa e do contraditório do contribuinte, conforme passo a discorrer.

Conforme aduzido acima, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal julgou nulo o Auto de Infração anteriormente lavrado, consoante decisão proferida nos termos do Acórdão CJF N.º.0243-12/13.

No referido Acórdão foi dito que, *...para que o autuado pudesse exercer plenamente seu direito de defesa, seria necessário que o Fisco lhe entregasse, no ato de ciência do lançamento de ofício, os Relatórios Diários por Operações TEF, permitindo-lhe a verificação, operação por operação, da veracidade das informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas administradoras de cartão de crédito e débito, consoante inúmeras decisões proferidas por este Conselho de Fazenda.*

Na situação em análise, embora os citados Relatórios Diários por Operações TEF tenham sido anexados aos autos em compact disk (fl. 8), não há nenhuma prova de que o contribuinte os tenha recebido, ainda que em meio magnético, demonstrando um claro cerceamento ao direito ao contraditório que não pode ser saneado nesta fase processual, sob pena de supressão de instância.

Certamente que o vício apontado pela 2ª CJF seria passível de saneamento com a conversão do feito em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado o CD contendo os Relatórios Diários por Operações TEF, com a reabertura do prazo de defesa de trinta dias.

Porém, como naquele caso houve um vício mais grave e intransponível, no caso, a consideração do contribuinte como optante pelo Regime SimBahia no levantamento realizado, quando deveria ter sido adotado o critério normal de apuração o Auto de Infração foi julgado nulo.

Ocorre que, neste novo lançamento se verifica que foi acostado à fl. 11 dos autos apenas o Relatório TEF-ANUAL, inexistindo os indispensáveis Relatórios Diários por Operações TEF, para possibilitar ao contribuinte exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório, mediante o exame de cada operação, conforme informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e débito, a fim de que pudesse confirmar ou não a sua veracidade.

Na realidade, constato que foi acostado aos autos um CD, fl. 40, e apesar de haver uma observação que este contém Informações TEF referentes ao exercício de 2009 e 2010 – períodos objetos da autuação – a sua leitura permite constatar que, efetivamente, o seu conteúdo é formado por dados e informações atinentes aos exercícios de 2010 e 2011, além de outros elementos estranhos ao presente processo. Ou seja, constam informações referentes ao exercício de 2011, que não foi objeto da autuação, e não constam informações referentes ao exercício de 2009, que foi objeto da autuação.

Além disso, observo que os valores constantes na Planilha de fl. 08, na coluna “VENDA COM CARTÃO CONSTANTE REDUÇÃO Z”, na realidade, dizem respeito às notas fiscais D-1, conforme se verifica, por exemplo, no mês de janeiro de 2009, fl. 20 dos autos, inexistindo qualquer explicação sobre o motivo pelo qual não foram lançados os valores constantes da Redução Z em coluna específica, bem como os valores das notas fiscais não constaram em coluna específica para as notas fiscais.

Por certo, os vícios acima apontados implicam em flagrante cerceamento do direito de defesa, o que inquina de nulidade a autuação.

Desse modo, é nulo o presente lançamento de ofício.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206908.0002/14-3**, lavrado contra **M L M CARNEIRO & CIA. LTDA.**(GLEP COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E CALÇADOS LTDA).

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR