

**PROCESSO** - A. I. Nº 088299.0005/10-6  
**RECORRENTE** - SCHRAMM COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.  
(CONSTRUMAX)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSOS VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0152-03/15  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 18/12/2015

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0391-12/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de venda, sob a mesma modalidade de pagamento, forem inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente, conforme já havia sido considerado na Decisão da JF. Mantida a Decisão. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Não atendimento de intimação para as correções. Multa limitada a 1% das saídas. Insurgência recursal apenas quanto à data de ocorrência da infração, acolhida na Decisão recorrida, porém não efetivada quando do lançamento no SIGAT. Caracterizado apenas erro material da Decisão recorrida. Rejeitadas as nulidades suscitadas e indeferido o pedido de diligência. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JF, proferida através do Acórdão nº 0152-03/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, o qual fora lavrado para exigir o crédito tributário de R\$45.033,64, em razão de duas irregularidades:

**INFRAÇÃO 1** - Falta de recolhimento do ICMS de R\$42.531,01, 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 de crédito, nos meses de janeiro a maio, outubro e novembro de 2007, janeiro a março e maio de 2008;

**INFRAÇÃO 2** - Multa, no valor de R\$2.502,63, datada de 31/12/2007, por ter deixado de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$24.940,26, após rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento, pois entende o órgão julgador que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal, assim como indeferir o pedido de diligência fiscal, visto existirem nos autos elementos suficientes

para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, quanto à primeira infração, a JJF destaca tratar-se de presunção prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal, tendo o autuado recebido o Relatório Diário TEF com as informações de venda da empresa, repassadas ao Fisco com autorização do próprio autuado, o qual lhe possibilitou a apontar de forma precisa onde estariam os equívocos, acaso cometidos pelas administradoras de cartões, procedimento este tomado de forma parcial pelo insurgente, cujos documentos foram acatados pelo autuante, que realizou ajustes no levantamento fiscal, reduzindo o valor originalmente cobrado.

O órgão julgador aduz que a exigência fiscal em nada se assemelha com listagens de notas fiscais do CFAMT, como alega o defendente, visto que a omissão de saídas detectada decorre de presunção legal, cuja elisão pelo autuado deve ocorrer através de apresentação dos documentos fiscais em valores e data coincidentes com aquelas relacionadas no TEF.

Registra a JJF que, nos autos, comparou-se as notas fiscais com os respectivos boletos, tendo sido apurados os valores das vendas com cartão de crédito e de débito e, após a análise dos documentos apresentados, foram elaboradas novas planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito e novo demonstrativo de débito (fls. 1274/1276), com os valores remanescentes, totalizando R\$22.4437,63, acolhidos pela JJF para julgar subsistente em parte a infração 1.

Quanto à segunda infração, foi consignado que *O sujeito passivo reconheceu e pagou integralmente, os valores lançados atinentes à infração 02, solicitando apenas, o reexame da “data da ocorrência”, para a data da intimação fiscal. Considero desde já subsistente o item reconhecido e entendo assistir razão ao autuado, pois a data de ocorrência para esta infração é 20/07/2010, momento em que o sujeito passivo foi intimado para a apresentação dos arquivos com a inserção do “Registro 74”.*

Diante de tais considerações, o voto foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$24.940,26.

No Recurso Voluntário, às fls. 1.30894 a 1.314 dos autos, o recorrente ratifica o pedido de nulidade do lançamento de ofício, sob alegação de que a ação fiscal foi iniciada dia 20/07/2010, sendo o Auto de Infração lavrado em 30/09/2010, porém somente sendo o autuado intimado em 12/12/10, ou seja, decorridos 2 meses e meio da lavratura, implicando em vencimento dos termos necessários à sustentação da ação fiscal. Diz que a JJF baseou sua decisão fazendo alusões à “Ordem de Serviço”, sem nenhuma pertinência com a alegação defensiva. Salienta que não se pode admitir que o lançamento tenha prazo “infinito” para que seja efetivada a intimação, pois inclusive os termos, de fiscalização ou intimação, perdem sua validade, cujo tema a Junta não se manifestou.

Quanto ao item 1, o recorrente sustenta ser a exigência impertinente e eivada de vícios, pois, no caso em tela, apesar das centenas de decisões do CONSEF sobre a matéria contra os contribuintes, constata-se que a “presunção” de omissão de receita não se aplica, servindo, no máximo, como um pequeno indício de omissão no pagamento do ICMS, do que aduz que a Lei nº 7.014/96, de forma absurda, elege as “informações prestadas por terceiros” ao condão de suporte para cobrança do imposto, contra aqueles que não são responsáveis pelas mesmas informações, do que salienta que as administradoras de cartões cometem muitos erros, sem que os contribuintes tenham qualquer ingerência nas informações passadas e condições de fazer a “prova negativa”, o que torna insegura a apuração da infração e a determinação da base de cálculo, gerando cerceamento do direito de defesa, o que impõe vícios insanáveis ao procedimento e, por via conexa, implica na nulidade do lançamento. Destaca que em situações análogas, ou seja, de autuações baseadas apenas em listagens de supostas vendas, o CONSEF exige a comprovação da efetividade das operações, do que transcreve decisões inerentes à cobrança decorrente de relações do CFAMT. Assim, caso as provas da efetividade das operações não sejam apresentadas, pede a nulidade da autuação.

No mérito, diz serem robustas as provas que indicam a ineficácia da autuação, assim como a inaplicabilidade da presunção, em detrimento de outros roteiros normais de fiscalização, do que

salienta que, nos exercícios fiscalizados, vendeu e declarou importâncias bem superiores àquelas informadas pelas administradoras e que os valores informados pelas administradoras, ainda que houvesse prova material da regularidade, estariam englobados totalmente nas vendas declaradas e sobre as quais incidiu a tributação. Diz que o roteiro utilizado implica, inclusive, em quebra ilegal do sigilo bancário, servindo apenas como indício, cujo aprofundamento na fiscalização não foi levado a efeito.

Alega, ainda, que a auditoria não considerou as vendas através de notas fiscais, as quais cobrem as diferenças apontadas, uma vez que, de acordo com os documentos “anexos”, realizou vendas, tendo como meio de pagamento cartões de crédito e de débito, que foram acobertadas por notas fiscais e não via ECF, cujos montantes afirma que seguem demonstrados através de NF e respectivos “boletos” dos cartões e, se acatada a autuação, devem ser deduzidos, tendo em vista que não existe no RICMS dispositivo que obrigue o contribuinte a registrar nas mesmas o meio de pagamento. Assim, não possui base legal a argumentação do autuante, às fls. 157, de que *“Por não contemplarem a discriminação do meio de pagamento, as notas fiscais não foram computadas.”*

Salienta que os documentos apresentados serviram apenas como uma amostragem dos fatos, referentes, tão somente, aos meses de janeiro e fevereiro de 2007, sendo certo de que a ocorrência se repetiu nos demais meses autuados e cobrem inteiramente os valores erigidos ao condão de base de cálculo, elidindo a presunção, instalada, no caso específico, sem lastro legal.

Sustenta que nem mesmo a coincidência de datas e valores pode ser utilizada em detrimento do autuado, para se afirmar que somente as operações “casadas” podem ser excluídas, pois é muito comum no ramo o pagamento concomitante de vendas com mais de um meio (cartão, cheque, espécie etc.), não existindo, como já dito, obrigação de se registrar em cada operação os meios utilizados nos pagamentos. Assim, reitera que, no caso em tela, a constatação do Fisco poderia servir, no máximo, como um indício de irregularidade, devendo ser feita uma investigação mais criteriosa e aprofundada, do que, dentro dessa mesma ótica, a recusa da JJF em indeferir o pedido de diligência implica flagrante cerceamento do direito de defesa, o que ensejará a sucumbência do Estado em demanda judicial.

Quanto à segunda infração, o recorrente diz acatar a ocorrência, porém, solicita apenas o reexame da “data da ocorrência”, considerando que o correto seria adotar a da intimação para a apresentação dos arquivos com a inserção do “Registro 74”, qual seja, 20/07/2010.

Por fim, ante o exposto, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão, por fiscal estranho ao feito, objetivando confrontar e comprovar as vendas realizadas através de cartões e acobertadas por notas fiscais, para concluir pelo provimento do presente recurso, a fim de que seja alcançada a nulidade do lançamento de ofício, ou, no termos do art. 155, § único, do RPAF, a improcedência do item 1 da autuação.

Instada a se pronunciar, a PGE/PROFIS, Às fls. 1.318 a 1.321 dos autos, através de sua Procuradora, Dr.<sup>a</sup> Maria José Coelho Sento-Sé, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido.

Observa que a arguição de nulidade do Auto de Infração deverá ser rechaçada, posto que, o lançamento tributário está amparado em norma constitucional (art. 155, inc. II) e na Lei do ICMS, tendo o autuante descrito com perfeição o fato gerador e a legislação tributária aplicável à hipótese sob exame.

Salienta que o lançamento tributário não apresenta falhas capazes de gerar prejuízos ao contribuinte, sendo que o Termo de Início de Fiscalização fora lavrado no dia 20.07.2010 e o lançamento de ofício efetivado em 30.09.2010, logo, em consonância com os termos do §1º do art. 28 do RPAF, que determina que o procedimento fiscal deverá ser concluído no prazo de 90 dias,

prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente. Portanto, o procedimento fiscal fora concluído dentro do prazo de 90 dias, em que pese a intimação da lavratura tenha se materializado em 15.12.2010.

Opina que não deverá ser acatado o pedido de diligência, porquanto os elementos probatórios existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, como também porque a diligência teria como escopo a verificação de fatos vinculados à escrituração e à documentação comercial, contábil e fiscal que estão na posse e guarda do recorrente.

No mérito, o parecer é de que o recorrente não logrou apresentar novas provas capazes de descaracterizar os valores remanescentes na exigência fiscal, uma vez que o §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza, para o caso concreto, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Destaca que o trabalho realizado reside no confronto ente o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Salienta que se trata de roteiro de fiscalização denominado levantamento de vendas com pagamento de cartão de crédito, que nada se assemelha com autuação fulcrada em listagens de notas fiscais capturadas no CFAMT.

A PGE/PROFIS ressalta que o contribuinte não logrou elidir a presunção legal de operação de vendas sem emissão de cupom fiscal, ou seja, não consta nos autos a correlação das vendas realizadas no ECF e/ou através de notas fiscais. O recorrente não logrou apresentar documentos fiscais (notas e cupons fiscais) em valores e data coincidentes com aquelas consignadas no Relatório TEF. Assim, segundo o opinativo, não há dúvida quanto à existência do fato imponible, haja vista o lançamento fiscal constante nos autos e a falta de prova capaz de elidir a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Assim, ante as considerações expendidas, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou o Auto de Infração procedente em parte.

Inicialmente, quanto à preliminar do pedido de nulidade do lançamento de ofício, sob alegação de que havia vencido os termos necessários à sustentação da ação fiscal, me alinho ao Parecer da PGE/PROFIS de que o Termo de Início de Fiscalização, efetivado no dia 20.07.2010, tem validade de 90 dias, conforme estabelece o §1º do art. 28 do RPAF, logo, em consequência, o Auto de Infração, lavrado em 30.09.2010, preenche todas as formalidades legais.

Ademais, não há que se declarar nulidade sem prejuízo, visto que o sujeito passivo, em momento algum, foi prejudicado no seu pleno direito de defesa e do contraditório pelo fato de existir um lapso temporal de 70 dias entre o Termo de Início de Fiscalização (fl. 6) e/ou Intimação para Apresentação da Documentação Fiscal (fl. 7) e a lavratura do Auto de Infração, como também de 75 dias entre a lavratura do Auto de Infração e a sua ciência pelo autuado, ocorrida em 15.12.2010.

Por outro lado, na hipótese de se ter extrapolado o prazo legal de 90 dias do início da ação fiscal para a conclusão da fiscalização, sem que houvesse prorrogação, tal fato apenas ensejaria ao sujeito passivo a possibilidade de exercer o seu direito à denúncia espontânea, conforme previsto no §1º do art. 28 do RPAF, porém, nenhum prejuízo lhe causaria, ou mesmo motivação de nulidade do lançamento de ofício, como arguiu o patrono do recorrente.

Ainda sobre este tópico, há de se registrar que, ao contrário do que afirma o recorrente, a Decisão recorrida se manifestou sobre o tema ao concluir que: *“Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem*

*o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.*”, assim como ao mencionar que “...*não implicando o vício alegado pela defesa neste procedimento fiscal.*”

Assim, diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento de ofício.

Quanto às alegações recursais de que tal presunção legal serve, “*no máximo, como um pequeno indício de omissão no pagamento do ICMS*”, do que diz que “*A Lei 7.014/96, de forma absurda, elege as “informações prestadas por terceiros” ao condão de suporte para cobrança do imposto*”, o que, segundo o recorrente, “*impõe vícios insanáveis ao procedimento e, por via conexa, implica na nulidade do lançamento*”, há de se salientar ser totalmente descabida a pretensão do recorrente de nulidade do lançamento de ofício, pois, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas e por ficar comprovado que as vendas sob a modalidade de cartão de crédito e/ou débito oferecidas à tributação pelo sujeito passivo foram em valor inferior ao praticado efetivamente, em razão dos valores recebidos pelo próprio contribuinte das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, fato este inquestionável e irrefutável numericamente, não se deve atribuir a tal fato o status de *prova indiciária*, pois a única presunção diz respeito à tributação da operação, tida como legalmente de mercadorias tributadas, pois, quanto ao aspecto financeiro, não resta dúvida a desigualdade entre o recebido e o tributado pelo contribuinte.

Logo, nas informações oriundas das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito inexistente qualquer similitude com a relação do CFAMT, pois esta, sem a prova das notas fiscais enseja cerceamento ao direito de defesa do autuado, que sequer sabe de que fornecedor se tratam as aquisições de que foi acusado de ter realizado. Já as informações financeiras, o acusado sabe quem é o informante, o valor informado, inclusive por operação e data, cujos dados, inclusive o montante financeiro, pode ser confrontado com o efetivamente recebido e questionado.

Quanto à condição de “*forma absurda*” da Lei nº 7.014/96, há de se ressaltar que falece competência ao órgão julgador administrativo qualquer apreciação da norma ou mesmo negar a aplicação de ato normativo, conforme dispõe o art. 167, I e III, do RPAF. Assim, considero prejudicada tal alegação.

Também, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF, em razão de considerar suficientes os elementos contidos nos autos, indefiro o pedido recursal de revisão do lançamento de ofício, pois, por se tratar a acusação de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, conforme previsto no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, excepcionalmente, neste caso, o ônus da prova de tornar improcedente a presunção legal é do contribuinte, não cabendo utilizar-se do aparato fiscal para produzir provas de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a fatos modificativos ou extintivos do crédito tributário, por ele alegado e de único e pleno conhecimento dele.

Ressalte-se que o cotejo deve-se dar entre os valores contidos na “Leitura Z” do equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), sob a modalidade de pagamento de “Cartão de Crédito/Débito” e as informações das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, sob esta mesma modalidade de pagamento, enviadas para a Secretaria da Fazenda, conforme autorização do próprio sujeito passivo às instituições (§4º do art. 824-E do RICMS/97), sendo uma concessão deste colegiado a admissão da improcedência da presunção legal, decorrente do cotejo de valores constantes em documentos fiscais (notas fiscais) idênticos e na mesma data com os informados pelas instituições.

Portanto, diante de tais considerações, não há como deferir a diligência ou acolher as nulidades suscitadas, já que o processo administrativo fiscal preenche todas formalidades legais e encontra-se devidamente instruído, salvo provas contrária de ônus do contribuinte.

No mérito, quando o recorrente comprovou que os valores informados pelas instituições financeiras foram oferecidos à tributação através de outros documentos fiscais que não os cupons fiscais, verifica-se que o preposto fiscal excluiu os correspondentes valores da base de cálculo da exigência fiscal, como se pode comprovar às fls. 158 a 160 e 1.253 a 1.273 dos autos, no que resultou o valor de R\$22.437,63, demonstrado à fl. 1.276, relativo à primeira infração, acolhido pela Decisão recorrida.

Assim, por se tratar de uma presunção “*juris tantum*”, que consiste na presunção relativa, válida

até prova em contrário, e o contribuinte não conseguiu elidir o valor remanescente, deve-se manter a Decisão recorrida, pois impertinente a alegação recursal de que vendeu e declarou importâncias bem superiores àquelas informadas pelas administradoras, pois só se devem comparar valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas declaradas com modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito devem ser confrontadas com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não sendo lógico e nem pertinente à pretensão recursal de comparar todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, etc.) com modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito, salvo se todas as vendas fossem à modalidade exclusiva de pagamento em cartões de crédito/débito.

Para que haja o entendimento de que o contribuinte ofereceu à tributação e tornou improcedente a presunção legal, em que pese através de outro documento fiscal que não o cupom fiscal, há de ter coincidência entre o valor e a data do documento fiscal e a receita informada pela instituição financeira.

Quanto à insurgência recursal relativa à expressão do autuante de que *“Por não contemplarem a discriminação do meio de pagamento, as notas fiscais não foram computadas.”*, à fl. 157 dos autos, do cotejo do demonstrativo de fls. 158 a 160, observa-se que, na verdade, foi dito que, por não ter havido informação das instituições financeiras de qualquer importância naquela data específica, não foi considerado o valor consignado no documento fiscal, trazido aos autos pelo contribuinte como prova de impugnação da presunção legal. Ou seja, se não houve presunção legal em determinada data, não há que elidi-la.

Inerente à alegação de que não existe no RICMS dispositivo que obrigue o contribuinte a registrar nas notas fiscais o meio de pagamento, inexistindo base legal a argumentação do autuante, à fl. 157, há de se esclarecer que, em que pese prejudicada a alegação recursal diante do esclarecido no parágrafo anterior, o art. 238, §7º, do então vigente RICMS/97 estabelecia o uso obrigatório de ECF nas vendas para não contribuinte do ICMS, devendo ser indicado no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação. Já o §2º do mesmo dispositivo previa que, não sendo possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, seriam emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a nota fiscal de venda a consumidor ou a nota fiscal, observada a natureza da operação ou prestação.

Assim, considero correta a Decisão recorrida quanto à primeira infração.

Quanto à segunda infração, cabe razão ao recorrente no que diz respeito ao reexame da “data da ocorrência”, considerando que o correto seria adotar o primeiro dia útil ao prazo final dado ao sujeito passivo na intimação, à fl. 8 dos autos, para a apresentação dos arquivos com a inserção do “Registro 74”, a qual foi datada em 20/07/2010, cujo prazo final ocorreu em 26/07/2010, segunda-feira, implicando no descumprimento da obrigação tributária acessória na data de 27/07/2010, fato este já acolhido pela JJF, porém não implantado quando do lançamento no SIGAT (fl. 1.300), caracterizando apenas como erro material.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida, porém corrigindo a data de ocorrência da segunda infração para 27/07/2010.

#### **VOTO DIVERGENTE (Preliminar de Nulidade)**

Peço venia para divergir do voto do n. Conselheiro no que concerne à nulidade do Auto de Infração, suscitada em razão do decurso de tempo entre o início da ação fiscal em 20/07/2010 e a ciência da lavratura do Auto de Infração ocorrida em 12/12/2010, apesar de o Auto de Infração ter sido lavrado em 30/09/2010.

Rapidamente, em termos de formação do Processo, a rigor do que determina o art. 263 do CPC, ocorre com a propositura da ação, restando vinculados a parte autora e o Juíz. Já o art. 264, do mesmo CPC, estabelece a concretização do processo com a citação da outra parte, entendido que apenas a partir deste ponto é que se desdobrarão as consequências sob forma de obrigações e

direitos, tudo a denotar, entre outras coisas, que a citação do réu é que desencadeará, sob o seu ponto de vista, a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Traçando paralelo entre o fato em tese e o caso dos autos, vê-se que a concretização da estrutura processual no que pertine às partes – Autor, Juiz e Réu, por analogia -, apenas se concretiza com a ciência da lavratura do Auto de Infração por parte do Sujeito Passivo, fato ocorrido em 12/12/2010, apesar do o Auto de Infração ter sido lavrado em 30/09/2010, decorridos muito mais que 90 dias desde o início da ação fiscal.

Feitos os esclarecimentos e digressões preliminares, avanço sobre a análise da tese de nulidade. Aduz a Recorrente que é nulo o Auto de Infração por ter decorrido mais que 90 dias desde o início da ação fiscal até a ciência da lavratura do Auto de Infração, sem que o fiscal lhe tivesse dado ciência da continuidade da ação fiscalizatória.

Pois bem, é certo que o Fisco quando se dirige ao Contribuinte deve fazê-lo de maneira apropriada, observando rigorosamente as regras insculpidas na legislação. Em que pese o Termo próprio dar conta do início da Fiscalização, cabe à administração informar ao Contribuinte a continuidade do procedimento fiscalizatório, sob pena de em não se fazendo, ou se fazendo em desatenção aos prazos regulamentares, dizer, tacitamente, do encerramento da fiscalização. Nesse contexto, imperioso é a remissão ao texto do art. 28º, § 1º do Decreto nº 7.629 de 09/07/1999 – RPAF/Ba, que diz textualmente:

*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:*

*§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso. (grifo não original)*

A inteligência do texto da Norma é de clareza solar. Quis o legislador que o Contribuinte não ficasse a mercê da Administração Pública ou dos órgãos de fiscalização, aguardando indefinidamente o término de uma fiscalização ou até mesmo de uma manifestação ou resposta. Por esse motivo determinou o legislador que o contribuinte fosse informado no prazo de noventa dias, por meio de qualquer ato formal, indubitavelmente, do prosseguimento dos trabalhos de fiscalização. Nessa esteira, é que, por motivos óbvios, se conclui que na hipótese do o Fisco não dar notícia do prosseguimento da fiscalização, estará o mesmo Fisco dizendo ao Contribuinte fiscalizado, tácita e incontestavelmente, que não mais está sob fiscalização – imprestáveis também as manifestações intempestivas.

Do caso acima reproduzido, se depreende que o Fisco da Bahia descumpriu, a regra insculpida no art. 28º, § 1º do Decreto nº 7.629 de 09/07/1999 – RPAF/Ba, acima transcrita, fazendo crer ao contribuinte, ainda que tacitamente, que não mais havia fiscalização – que o processo fiscalizatório estava encerrado.

A manutenção da ação fiscal em afronta ao princípio da publicidade e em desatenção às Normas específicas, como no caso se verifica, inquina de nulidade o Auto de Infração por flagrante descumprimento da regra posta que estabelece prazo de 90 dias para que se dê conhecimento ao fiscalizado do prosseguimento da ação fiscalizatória.

A conclusão a que se chega após a análise dos fatos é incontestável, e conduz a nulidade do Ato Coator – Auto de Infração pela mais completa inobservância dos termos da legislação que rege a forma através da qual deve o Fisco proceder frente ao Contribuinte no que concerne às intimações e notificações. Ou seja, o Contribuinte, sendo fiscalizado, deixou de receber comunicação, notificação ou intimação que lhe informasse, de maneira firme, segura e dentro dos ditames legais, que ainda estava sob ação fiscal.

Tudo o quanto dito, consubstanciado no fato de que o ora Recorrente, por força do dispositivo acima citado, não mais estava sob fiscalização, a lavratura do Auto de Infração representa ato

ilegal, em flagrante afronta ao princípio da não-supresa do contribuinte que se consubstancia na segurança jurídica, um dos principais pilares do Estado de Direito.

Isto posto, sem mais delongas, voto no sentido de ACOLHER a nulidade suscitada para PROVER o Recurso Voluntário e julgar NULO o Auto de Infração.

#### **VOTO EM SEPARADO**

Peço vênia para divergir do voto do n. Conselheiro Relator tão somente quanto à parte da fundamentação do seu voto, apenas no que se refere ao momento de constituição definitiva do crédito tributário.

Isto porque me alinho ao entendimento emanado dos tribunais superiores no sentido de que o crédito tributário se constitui definitivamente no momento da intimação do contribuinte acerca do lançamento.

No mais, acompanho integralmente o voto do Relator.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 088299.0005/10-6, lavrado contra **SCHRAMM COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. (CONSTRUMAX)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.437,63**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.502,63**, prevista no inciso XIII-A, "j", do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Denise Mara Andrade Barbosa, Oswaldo Ignácio Amador, Paulo Danilo Reis Lopes e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTOS DIVERGENTE e EM SEPARADO - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO –PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - VOTO EM SEPARADO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS