

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0078/03-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SILVANIR RODRIGUES PORTO
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 09/12/2004

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0416-11/04

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, da Lei nº 3956/81 (COTEB), alterada pela Lei nº 7.438/99, no sentido de excluir parte do débito, referente à infração 1, em face da existência de falhas cometidas pelo autuante no lançamento, reconhecidas quando da informação fiscal acerca das razões de defesa, mesmo consideradas intempestivas. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com base no art. 119, II do COTEB (Lei n.º 3956/81), e alterações posteriores, para que uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em face do controle da legalidade exercido por aquele órgão, aprecie a referida representação, respaldada no parecer de sua assessoria, quando da inscrição na dívida ativa estadual do PAF de nº 276890.0078/03-5, decorrente da intempestividade da defesa apresentada, por se constatar erro no lançamento, relativo à infração 1, uma vez que foi considerado como imposto devido o próprio valor do suprimento de caixa, como também o fato de que, diante das provas trazidas ao autos, só seria devido o ICMS nos meses de abril, setembro e outubro/2000, nos valores respectivos de R\$14.884,18; R\$10.856,40 e R\$2,03, conforme informação fiscal produzida às fls. 900 a 901 dos autos.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS de R\$ 1.123.914,69, relativo ao exercício de 2000, sendo R\$1.117.119,22 apurado através de suprimento de caixa de origem não comprovada e R\$6.795,47, da diferença de alíquota de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento.

Sobre a consideração da base de cálculo como se imposto devido fosse, o autuado foi notificado das retificações, em 30/09/2003, consoante fls. 902 a 904 do PAF, cujo débito exigido passou a ser de R\$189.910,36, vindo o sujeito passivo a oferecer impugnação (fls. 95 a 97), ocasião em que anexou inúmeros Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Cargas e suas respectivas duplicatas (fls. 100 a 898), não apresentados quando da fiscalização, como suporte dos suprimento de receitas.

Da análise desta documentação, o autuado, em sua informação fiscal, às fls. 900 a 901, verifica que a acusação de suprimento de caixa de origem não comprovada só permanece em relação aos meses de abril, setembro e outubro, com o ICMS devido de R\$14.884,18; R\$10.856,40 e R\$2,03, respectivamente, do que anexa “*Relação dos Conhecimentos de Transportes e Duplicatas*”, às fls. 905 a 918 dos autos, cuja ciência ao autuado ocorreu em 16/12/2003, conforme fl. 923 do PAF.

Neste ínterim, o contribuinte foi cientificado que sua defesa apresentada, em 07/11/2003, foi considerada intempestiva, tendo como referência a data da ciência em 07/10/2003 do Auto de Infração, conforme Ofício n.º 0011/04 do CONSEF (fl. 930).

Em seguida o PAF foi encaminhado para inscrição em Dívida Ativa, sendo que com base no art. 119, inciso II, do COTEB, alterado pela Lei n.^o 8967, de 29/12/03, preposto da GECOB sugere que a PGE/PROFIS Represente ao CONSEF para que sejam excluídos os itens 1, 3, 4, 5, 6, 9 e 10, bem como alterados os itens 2, 7 e 8, todos referentes à infração 1, conforme novo demonstrativo à fl. 901, baseada na informação fiscal de que cometeu erro ao lançar a base de cálculo como imposto devido.

Às fls. 941 e 942 dos autos, foi exarado Parecer objetivando representar ao CONSEF, com fulcro no art. 114, II, do RPAF/BA, no sentido de “ *julgar parcialmente nulo o presente Auto de Infração*”, haja vista que houve alteração substancial no lançamento a partir do reconhecimento, pelo autuante, de falhas no procedimento de fiscalização, como também a apresentação de uma nova planilha alterando os valores a serem pagos pelo autuado.

Em Parecer da PGE/PROFIS N^o 87/04, às fls. 944 a 949 dos autos, o Auditor Fiscal Ricardo de Carvalho Rêgo, diante da existência de falhas cometidas pelo autuante, bem como pelo setor de intimação da SEFAZ, sugere a Representação para o CONSEF, a fim de que seja julgada nula a acusação, possibilitando, assim, a feitura de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Vislumbra que o presente PAF traz em seu bojo pelo menos três problemas, a saber:

Primeiro, os efeitos decorrentes do equívoco cometido pelo autuante ao tratar como imposto valores que, em verdade, se referiam à base de cálculo, sendo que o autuado não teve oportunidade de se defender contra o verdadeiro valor da infração 01, qual seja, o de R\$25.742,61.

Segundo, a falta de certeza, com base nos documentos que compõem este PAF, de que, no ato da ciência do autuado foi-lhe entregue cópia dos novos demonstrativos fiscais acostados à Informação Fiscal, bem como cópia dela própria.

Terceiro, falta de informação ao sujeito passivo de que ele tinha o prazo legal de 10 (dez) dias para defender-se contra o arquivamento de sua impugnação, por intempestividade.

Por fim, às fls. 950 a 954 dos autos, foi formulada Representação ao CONSEF, no exercício do controle de legalidade, com fundamento no artigo 119, inciso II, da Lei n.^o 3.956/81, com base nas considerações levantadas no Parecer da PGE/PROFIS N^o 87/04, por entender que a subsistência das mencionadas irregularidades procedimentais macula o Auto de Infração lavrado, ensejando a adoção das providências necessárias à imediata correção das falhas, por meio da instauração de novo procedimento fiscal, o qual, além de possibilitar uma averiguação mais pormenorizada dos dados da acusação fiscal, assegurará ao sujeito passivo o regular exercício do direito de defesa.

Entretanto, caso não seja esse o entendimento desse colegiado, deverá ser autorizada a exclusão dos itens 1, 3, 4, 5, 6, 9 e 10, alterando-se os itens 2, 7 e 8 do demonstrativo de débito relativo à infração 1, devendo antes ser aberto novo prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa.

VOTO

Trata-se de uma Representação formulada pela Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS) ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no exercício do controle de legalidade, com fundamento no artigo 119, inciso II, da Lei n.^o 3.956/81, no sentido de que:

- a) seja declarada nula a intimação para ciência dos novos demonstrativos acostados com a Informação Fiscal (fl. 923), uma vez que não foram atendidas as formalidades previstas no art. 127, §7º, c/c o art. 18, §1º, do RPAF, aprovado pelo Decreto n.^o 7.629/99;

- b) seja julgado procedente em parte o Auto de Infração, excluindo-se da infração 1 os itens 1, 3, 4, 5, 6, 9 e 10 e alterando-se os itens 2, 7 e 8 desta infração, com a adoção do novo levantamento de fl. 901, após a regularização da intimação.

Inicialmente, o citado art. 119, II, da Lei n.º 3.956/81, prevê que a Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, no caso de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante.

Nesta hipótese, os §§1º, 2º e 3º do citado dispositivo legal prescrevem que a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato; que o CONSEF fará o julgamento do lançamento independentemente da ouvida do sujeito passivo revel, a menos que se trate de caso em que se questione a falta ou vício da ciência ao sujeito passivo ou cerceamento de defesa, e após apreciação da representação, qualquer que seja a sua Decisão, esgota-se a instância administrativa.

Preliminarmente, entendo que a interpretação do texto acima é no sentido de que, a menos que se trate de caso em que exista cerceamento de defesa ou vício da ciência ao sujeito passivo revel, o CONSEF fará o julgamento do lançamento independentemente da ouvida do autuado. Portanto, no meu entendimento, se não houve qualquer preterição ao direito de defesa ou vício da ciência que levasse o sujeito passivo à condição de revel, este não mais será ouvido nos autos. Tal interpretação não poderia ser diferente, senão estariamos a validar sua defesa intempestiva.

Porém, tal discussão é apenas a título de reflexão, pois, no caso concreto, restou provado não existirem as falhas cometidas pelo setor de intimação da SEFAZ, ressaltadas no Parecer PGE/PROFIS nº 87/04 (fls. 944 a 949), no qual se fundamentou a Representação no sentido de sugerir novo procedimento fiscal, senão vejamos:

1º) Na verdade, o autuado foi notificado da retificação do valor do imposto, em 30/09/2003, cujo débito exigido passou a ser de R\$189.910,36, conforme provam os documentos às fls. 902 a 904 dos autos, vindo inclusive a apresentar impugnação, anexando inúmeros documentos (fls. 100 a 898), no sentido de elidir a acusação.

Portanto, não vislumbro o “primeiro problema”, citado no Parecer PGE/PROFIS Nº 87/04, de que “*o autuado NÃO teve oportunidade de se defender contra o verdadeiro valor da infração 1, qual seja, o de R\$25.742,61*”, mesmo porque tal valor só foi apurado após sua defesa, mesmo intempestiva, diante das provas documentais trazidas aos autos, visto que antes o valor impugnado e retificado era de R\$189.910,36.

2º) Também, não vislumbro o “segundo problema”, citado no referido Parecer, no sentido de que não há prova de que, no ato da ciência do autuado acerca da Informação Fiscal, lhe foi entregue cópia dos novos demonstrativos fiscais e da própria Informação Fiscal. E não vislumbro, uma vez que, à fl. 923 do PAF, o contribuinte tomou ciência da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos, não se manifestando, mesmo porque o resultado da Informação Fiscal atendia plenamente seu pleito, sendo, à fl. 925 dos autos, consignada pela funcionários da INFAT Barreiras que foi “*Cientificado o autuado, na forma do art. 149-A e o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99*”, o qual prevê o fornecimento de cópia dos novos elementos, fato não contestado. Ademais, a relação anexada à Informação Fiscal (fls. 905 a 919) é reprodução da apresentada pelo autuado (fls. 100 a 107), não caracterizando novos demonstrativos, como previsto no §7º do art. 127 do RPAF.

3º) Quanto ao “terceiro problema”, no sentido de que as intimações feitas pela SEFAZ, não tinham a informação do prazo legal de 10 (dez) dias para o sujeito passivo defender-se contra

o arquivamento de sua defesa, entendo que não se trata de uma obrigação da SEFAZ tal ressalva, mas, sim, de um direito assegurado ao interessado, o qual deve ser por ele exercido, de impugnar o arquivamento para se conhecer o seu mérito, conforme previsto no art. 10, § 2º, do RPAF.

Ademais, deve-se ressaltar que as razões de mérito da defesa, mesmo intempestiva, foram apreciadas e consideradas pelo autuante, diante das provas documentais trazidas aos autos.

Portanto, superada a questão do aspecto formal argüida na Representação, relativa a necessidade de se instaurar novo procedimento fiscal ou de se regularizar a intimação do sujeito passivo, resta apenas a questão relativa ao princípio da verdade material, em razão dos documentos acostados às fls. 100 a 898, quando da impugnação, mesmo considerada intempestiva.

Da análise de tal documentação, conforme sintética e analiticamente foi demonstrado às fls. 901 e 905 a 919 dos autos, apenas remanesce a acusação fiscal de suprimento de caixa de origem não comprovada nos meses de abril, setembro e outubro, com o ICMS devido de R\$14.884,18; R\$10.856,40 e R\$2,03, respectivamente, relativos aos itens 2, 7 e 8 da infração 1 do Auto de Infração, perfazendo o montante de R\$25.742,61.

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS, no sentido de autorizar a exclusão dos itens 1, 3, 4, 5, 6, 9 e 10, e alterar os itens 2, 7 e 8, relativos à infração 1, o que acarreta no valor de R\$25.742,61, devendo, tal importância ser inscrito em Dívida Ativa, juntamente com o valor de R\$6.795,47, relativo à infração 2, perfazendo um montante de R\$32.538,08.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta no sentido de que sejam excluídos os débitos pertinentes aos itens indicados.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTOS SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS