

PROCESSO - A. I. N° 140781.0009/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OLIVEIRA E RALIN LTDA. (ARABELLE)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 22/12/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0367-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para o fim de ser declarada a nulidade dos atos processuais, devendo o feito retornar à origem, a fim de que o autuante acoste aos autos os documentos necessários ao exercício da ampla defesa pelo sujeito passivo, com fornecimento de cópia desses documentos ao autuado e reabertura do prazo de defesa. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através dos docs. de fls. 48 a 50, a PGE/PROFIS, por intermédio das ilustres procuradoras Rosana Maciel Bittencourt Passos e Maria Helena Cruz Bulcão, com fundamento no art. 119, inciso II e § 1º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, no exercício do controle da legalidade, encaminha representação a este órgão julgador no sentido de declarar a nulidade do processo, por ofensa ao princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório, e de determinar a reabertura do prazo de defesa.

Inicialmente destacam que foi imputada ao contribuinte a prática de infração consistente na omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de informações fornecidas por administradores de cartões de crédito relativamente ao período de janeiro a junho de 2007.

Observam que o contribuinte, mesmo intimado, não efetuou o pagamento e nem ingressou com defesa, daí porque o crédito tributário foi inscrito em dívida ativa, ocorrendo posteriormente o ajuizamento de ação de execução fiscal.

Aduzem que, após essa fase, sobreveio aos autos requerimento do contribuinte no qual requer seja reconhecida a improcedência parcial do Auto de Infração ao argumento de que o autuante deixou de considerar os dados inseridos nas reduções “Z” relativos ao período de 31/05 a 30/06/2007, juntando aos autos, como prova, as mencionadas reduções.

Informam que, após efetuar revisão no processo vislumbraram não apenas o vício alegado pelo contribuinte como outros que passa a relacionar, conforme abaixo:

- a) apuração pelo autuante de índice “zero” de proporcionalidade enquanto que nas mencionadas reduções “Z” apontam prática de operações isentas da incidência do ICMS;
- b) em relação ao mês de junho/2007, ao ser considerado pelo autuante “zeradas” as vendas com cartões de crédito/débito apuradas nas reduções “Z”, o demonstrativo de apuração (fl. 05) não refletiu a realidade, pois as reduções de fls. 32/47 indicam pagamentos diariamente feitos com cartões de crédito/débito;
- c) no tocante a alegação do autuado de que não foram considerados os dados constantes da redução “Z” do dia 31/05/2007 sequer foi possível apreciar o mérito dessa questão, porque não foram juntados aos autos os Relatórios Diários de Operações TEF, constatando, assim, que não apenas o lançamento tributário, como também o processo administrativo dele decorrente encontra-se eivado de vícios.

Destacam a natureza da infração imputada ao contribuinte autuado, que se trata de uma presunção relativa, sendo necessário que o sujeito passivo receba não apenas as planilhas comparativas de vendas, mas, também, os relatórios diários TEF analíticos, o que não foi observado neste processo. Só com a entrega desses documentos é que estará assegurado o direito do contribuinte à ampla defesa.

Diante desses argumentos e fundamentos, sustentam que deve ser reconhecida a nulidade do processo, devendo o feito retornar à origem a fim de que o autuante acoste aos autos os documentos em questão, deles fornecendo cópia ao contribuinte, com a consequente reabertura do prazo de defesa.

Lembram que, quanto ao exercício do controle de legalidade conferido à Procuradoria Fiscal envolva competência para determinar a reabertura do prazo de defesa, só lhe é permitido fazê-lo em caso de revelia e *antes* da inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa (art. 136, § 1º do COTEB). Acrescentam, ainda que, diversamente, casos como o presente – em que o crédito não apenas se encontra inscrito, como também submetido à cobrança judicial – reclamam a intervenção do Conselho de Fazenda Estadual no sentido de declarar a nulidade do processo, por ofensa ao princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório, e de determinar a reabertura do prazo de defesa.

O ilustre procurador assistente José Augusto Martins Júnior através de despacho às fls. 51 e 52 ratifica os termos da representação acima proposta e encaminha o processo ao CONSEF para a devida análise e deliberação sobre a pretensão de nulidade do processo.

VOTO

Assiste razão à PGE/PROFIS ao propor, via representação a este CONSEF, a anulação dos atos processuais praticados após a lavratura do Auto de Infração. Objetivamente vejo que a representação atende ao disposto no RPAF/BA, especificamente no § 3º do Art. 113, por se tratar de débito já inscrito em dívida ativa e, também, no § 1º do Art. 114, já que, a falta de entrega dos relatórios diários de TEF analítico, configura cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o que denota a existência de uma ilegalidade flagrante.

De maneira que entendo que deve ser declarada a nulidade dos atos processuais com o respectivo retorno do feito à origem, a fim de que o autuante acoste aos autos os documentos necessários ao exercício da ampla defesa pelo sujeito passivo, fornecendo-lhe, inclusive, cópia desses documentos, reabrindo-se, destarte, o prazo de defesa.

É oportuno, ainda lembrar, que o autuante deverá também atender ao quanto destacado pela PGE/PROFIS nos itens “a”, “b” e “c” da representação, mencionados no relatório que integra este acórdão.

Voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual **ACOLHER** a representação proposta. Os autos deverão retornar à origem para que o autuante atenda ao que foi decidido no presente julgamento, inclusive com entrega ao sujeito passivo de todos os elementos necessários ao exercício da ampla defesa, com reabertura do prazo para impugnação do lançamento (defesa).

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS