

A. I. N° - 279545.0034/10-2
AUTUADO - JOANA LUIZA SCHNITMAN SILVA
AUTUANTE - SILVANA PALMEIRA JUNQUEIRA AYRES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 23/12/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0278-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação foi efetuada antes do vencimento do prazo concedido ao contribuinte para apresentar livros e documentos fiscais. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/2010, refere-se à exigência de R\$11.516,10 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em razão 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, fevereiro, março, maio, junho, julho, outubro e novembro de 2008.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 38, apresentou impugnação (fls. 34 a 37). Inicialmente, pede que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente habilitados nos autos. Alega que o lançamento encontra-se inteiramente viciado. Que existem flagrantes ilegalidades na tentativa de constituição do crédito. Em primeiro lugar, alega que durante a ação fiscal que desencadeou a autuação, foi expedido o Edital de Intimação n° 053/2010, publicado no D.O.E. do dia 3 de dezembro de 2010 (sexta-feira), concedendo um prazo de 10 dias para a apresentação de livros e documentos fiscais e, conforme texto do mencionado edital, o prazo começou a fluir 3 dias após a sua publicação. Como a publicação se deu numa sexta-feira, somente na quarta-feira seguinte, ou seja, dia 08/12/10, o Edital produziu os efeitos legais, sendo iniciada a contagem do decêndio concedido dia 09/12/10, tendo, então, o autuado, até o dia 18/12/10, para cumprir a solicitação. Como dia 18/12/10 foi um sábado, o prazo se estendeu até o dia 20/12/10, segunda-feira. O Auto de Infração foi lavrado dia 17/12/10, às 11h03min, ou seja, 3 dias antes do vencimento da intimação via edital. Assim sendo, o autuado alega que teve seu direito violado, posto que o procedimento fiscal foi levado a efeito sem a análise de qualquer dos livros e documentos solicitados e cujo prazo para exibição ainda não estava vencido. Mesmo considerando que a contagem do prazo foi iniciada dia 08/12/10, o lapso final seria dia 17/12/10, mesma data da lavratura do Auto de Infração, sem que o interstício concedido fosse esgotado. Reproduz o art. 22 do RPAF/BA, que trata da contagem dos prazos processuais, e diz que está claramente consignada a primeira ilegalidade na condução da ação fiscal, devendo tal vício insanável ser reconhecido pelo CONSEF e pela PGE/PROFIS, o que evitará a homologação e inscrição do débito na dívida ativa. Outro vício no lançamento apontado pelo defensor é a ausência dos Relatórios TEFs Dários. Diz que de acordo com a norma e a jurisprudência firmada pelo CONSEF, os mencionados relatórios são indispensáveis para a formação do PAF e para o exercício do direito de defesa, o que restou prejudicado. Quanto a esta ausência dos TEFs, cita decisão do CONSEF por meio do Acórdão CJF N° 0197-11/06. O defensor apresenta o entendimento de que este vício é insanável torna o lançamento ilegal, devendo, caso o primeiro seja superado, ser determinado o saneamento do feito, com a reabertura do prazo de

defesa. Por fim, alega que existe outra ilegalidade flagrante, na medida em que não houve um comparativo entre os documentos hábeis, sendo a apuração realizada, sem lastro legal, com base nas informações contidas na DMA'S e nas informações, sintéticas, contidas no TEF Anual, sem a individualização dos valores, tornando totalmente insegura a determinação da infração e a apuração da base de cálculo. Afirma que não se pode validar as informações que serviram para a autuação, que foram fornecidas por terceiros e sem qualquer respaldo documental, sequer por amostragem. Diz que espera que os vícios apontados sejam reconhecidos e, por via conexa, seja caracterizada a flagrante ilegalidade no lançamento, sendo o Auto de Infração julgado nulo ou, ao menos, determinando-se que seja o vício relativo a inexistência dos TEFs Dárioses sanado, com a posterior reabertura do prazo de defesa, sendo o autuado intimado, por seus advogados.

A informação fiscal foi prestada às fls. 70/71, pelo Auditor Fiscal Antônio Correia de Almeida, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, que opinou pela procedência da autuação, dizendo que:

1. No endereço do contribuinte foi identificado que estava funcionando outro estabelecimento, ou seja, o contribuinte autuado não mais exercia suas atividades no local de sua inscrição.
2. Constam às fls. 05 a 07 dos autos Aviso de Recebimento, referente à intimação dirigida ao titular da empresa em seu endereço residencial constante do Sistema de Informação da SEFAZ, tendo sido recebido pela pessoa identificada por Adebaldo Rodrigues Santos, em 18/10/2010.
3. Mesmo assim foi publicado no Diário Oficial do Estado, em 03 de dezembro de 2010, nova intimação convidando o contribuinte a apresentar os documentos fiscais (redução Z – notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias), relação mensal e individualizada das notas de aquisição de mercadorias, separando os valores tributadas, isentos e/ou outros, além do livro de Ocorrências.
4. O prazo para a apresentação dos documentos e livro acima indicados foi de 10 dias, iniciando-se sua contagem conforme determina o referido Edital está assim indicado: “a contar do 3º dia da publicação deste Edital”. Assim, o prazo concedido ao contribuinte passou a ser contado a partir do dia 06 de dezembro de 2010, ou seja, do 3º dia da publicação no DOE, encerrando o prazo de 16 de dezembro de 2010. O Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2010, assim, a autuação ocorreu após o prazo concedido ao contribuinte para a apresentação dos documentos para fins de se proceder à fiscalização.
5. Descabe a alegação de ilegalidade pelo não cumprimento do prazo processual, uma vez que o prazo foi cumprido na forma da legislação vigente. Quanto aos TEF's por Operação informa que foram anexados ao presente processo, juntamente com as informações gravadas no CD.

Quanto ao mérito, Auditor Fiscal encarregado pela informação fiscal diz que o procedimento de fiscalização foi realizado com base nas informações do próprio contribuinte, mediante as DMA's apresentadas, cujas cópias se encontram às fls. 12 a 23 dos autos e, confrontadas com as informações prestadas através das Administradoras de Cartões de Crédito, apurando-se que houve operações de saídas de mercadorias sem a emissão do competente documento fiscal e, consequentemente, sem o recolhimento do imposto. Salienta que foram consideradas todas as vendas declaradas como sendo realizadas através de cartões de crédito/débito, beneficiando o contribuinte, já que, se o mesmo tivesse apresentado os documentos para a exclusão das vendas a vista, a diferença apontada seria superior ao apresentado. Juntou ao PAF outro Relatório Diário por Operações – TEF. Conclui, dizendo que o defendantee não apresentou documentos que pudessem elidir a acusação fiscal.

Intimado da informação fiscal, o defendantee se manifestou às fls. 81 a 83 dos autos. Inicialmente, renova o pedido que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente habilitados. Diz que acrescenta pedido de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, dizendo que os “TEFs Diários”, acostados aos autos, são peças

imprescindíveis à formação do PAF e, nos termos do art. 46, do RPAF, deveriam compor a intimação acerca da lavratura do Auto de Infração, com prazo de defesa de 30 dias. A juntada, de forma posterior, com a concessão de 10 dias para manifestação, caracteriza o cerceamento e determina a nulidade do lançamento. Diz que o Auditor Fiscal que prestou a “informação” confirma que em relação à intimação durante a ação fiscal que desencadeou a autuação, foi expedido o Edital de Intimação nº 053/2010, publicado no D. O. E. do dia 3 de dezembro de 2010 (sexta-feira), concedendo um prazo de 10 dias para a apresentação de livros e documentos fiscais. Diz que Sr. Fiscal se equivocou na fórmula de contagem dos prazos, não seguindo o quanto determinado pelo RPAF. Conforme texto do mencionado edital, o prazo começou a fluir 3 dias após a sua publicação. Como a publicação se deu numa sexta feira, e considerando que a contagem não se inicia em dia que não há expediente na Repartição Fiscal, somente na quarta feita seguinte, ou seja, dia 08/12/10, o Edital produziu os efeitos legais, sendo iniciada a contagem do decêndio concedido dia 09/12/10, tendo, então, a Autuada, até o dia 18/12/10, para cumprir a solicitação. Como dia 18/12/10 foi um sábado, o prazo se estendeu até o dia 20/12/10, segunda-feira. Como o AI foi lavrado dia 17/12/10, ou seja, 3 dias antes do vencimento da intimação via edital, o autuado teve seu direito violado, posto que não se encontrava vencido o interstício que lhe foi concedido. Mesmo considerando que a contagem do prazo foi iniciada dia 08/12/10, o lapso final seria dia 17/12/10, mesma data da lavratura do AI, sem que o prazo concedido tenha se esgotado, pois a lavratura aconteceu às 11h03min, conforme consta no corpo do Auto de Infração. Diz que na contagem do prazo deve ser observada a regra constante no art. 22 do RPAF/BA, devendo o vício insanável ser reconhecido pelo CONSEF e pela PGE/PROFIS, o que evitará a homologação e inscrição do débito na dívida ativa. Por fim, o defendante diz que o Fiscal confirmou outra ilegalidade flagrante, na medida em que não houve um comparativo entre os documentos hábeis, sendo a apuração realizada, sem lastro legal, com base nas informações contidas na DMAs e nas informações, sintéticas, contidas no TEF ANUAL, sem a individualização dos valores, tornando totalmente insegura a determinação da infração e a apuração da base de cálculo, ficando demonstrado que houve cerceamento ao direito de defesa. Pede que o presente Auto de Infração seja julgado nulo.

Nova informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, ratificando em todos os seus termos a informação fiscal de fls. 70/71, aduzindo, que a manifestação do patrono do autuado, apesar de bem lançada nada trouxe de novidade aos autos. Apresenta o entendimento de que os argumentos de ordem processual apresentados pelo defendante não têm o condão de alterar o acerto do crédito constituído e que o prazo a que aludem os itens 02 e 03 da manifestação de fls.82 a 83 do PAF inicia na data da publicação. Afirma que descabe a alegação de ilegalidade pelo não cumprimento do prazo processual, uma vez que o prazo foi cumprido na forma da legislação vigente. Quanto ao mérito, reitera o pedido de procedência do Auto de Infração, dizendo que o contribuinte tenta ganhar tempo e que em momento algum o defendante aduz fatos novos capazes de elidir a exigência fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, outubro e novembro de 2008, conforme demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 08 do PAF.

O autuado alegou que foi expedido o Edital de Intimação nº 053/2010, publicado no D.O.E. do dia 3 de dezembro de 2010 (sexta-feira), concedendo um prazo de 10 dias para a apresentação de livros e documentos fiscais e, conforme texto do mencionado edital, o prazo começou a fluir 3 dias após a sua publicação. Como a publicação se deu numa sexta-feira, somente na quarta-feira seguinte, ou seja, dia 08/12/10, o Edital produziu os efeitos legais, sendo iniciada a contagem do

decêndio concedido dia 09/12/10, tendo, o autuado, até o dia 18/12/10, para cumprir a solicitação. Como dia 18/12/10 foi um sábado, o prazo se estendeu até o dia 20/12/10, segunda-feira. O Auto de Infração foi lavrado dia 17/12/10, às 11h03min, ou seja, 3 dias antes do vencimento da intimação via edital.

De acordo com o art. 26 do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exhibir documentos solicitados pela fiscalização. No caso em exame, consta nos autos uma intimação ao contribuinte para apresentar documentos fiscais, com Aviso de Recebimento à fl. 05 do PAF, assinado por pessoa que não está identificada como representante ou preposto do autuado. Também consta à fl. 04, Edital de Intimação publicado em 03/12/2010, solicitando apresentação de livros e documentos fiscais. Assim, o autuado tomou conhecimento do inicio da ação fiscal, mediante a “Edital de Intimação”, concedendo o prazo de dez dias para apresentação de livros e documentos, a contar do 3º dia da publicação do referido Edital.

Em relação à contagem dos prazos processuais, no caput do art. 22 do RPAF/BA, é previsto que os mencionados prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

Por outro lado, o § 1º do referido art. 22 do RPAF/BA, estabelece que “os prazos se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato”.

Neste caso, entendo que assiste razão ao defendente, quando alegou que a publicação se deu numa sexta feira (dia 03/12/2010), por isso, somente na quarta feira seguinte, ou seja, dia 08/12/10, o Edital produziu os efeitos legais, sendo iniciada a contagem do decêndio concedido dia 09/12/10, tendo o defendente até o dia 18/12/10, para cumprir a intimação. Como dia 18/12/10 foi um sábado, o prazo se estendeu até o dia 20/12/10, segunda-feira. Como Auto de Infração foi lavrado dia 17/12/10, a autuação foi efetuada 3 dias antes do vencimento da intimação via edital, ou seja, não se encontrava vencido o interstício que foi concedido ao contribuinte para apresentar livros e documentos fiscais.

O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. No presente processo não se constatou incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia.

A autuação foi efetuada antes do vencimento do prazo concedido ao contribuinte para apresentar livros e documentos fiscais. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Como não foi observada uma formalidade legal, a autuação fiscal não tem validade, e como consequência não tem eficácia, não produz efeitos jurídicos. Acato a preliminar suscitada pelo autuado. Não aprecio, por conseguinte, o mérito da autuação.

Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, para que seja apurada a existência de débito a ser lançado no período fiscalizado.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **279545.0034/10-2**, lavrado contra **JOANA LUIZA SCHNITMAN SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA