

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0020/11- 3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - YASMIN COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0247-04/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15/03/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0049-11/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Omissão e obscuridade na informação fiscal não conduzem à nulidade do processo desde que o lançamento contenha seus elementos essenciais previstos no art. 39 do Decreto nº 7.629/99. Erro na determinação da base de cálculo em desfavor do Fisco, não inquina o processo à nulidade, caso possa ser suprido com lançamento complementar. Retorno do processo à 1ª Instância para conclusão da instrução e novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, com base no art. 169, I, “a” do Decreto Nº 7.629/99 – RPAF, contra o Acórdão JJF Nº 0247-04/12 que julgou Nulo o Auto de Infração - AI em referência.

O Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2011 para exigir crédito tributário no valor de R\$ 75.206,33, em decorrência de *“omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.”*

Em sua defesa, às fls. 19 a 23, o contribuinte alega que em 01/12/2011 entregou ao auditor fiscal José do Carmo das M. Marques suas notas fiscais de saídas de mercadorias e suas reduções Z, referente ao período de 01/01/2010 a 31/12/2010 e que após a análise do material foi lavrado o Auto de Infração em tela.

Por sua vez, o autuante apresenta a informação fiscal, à fl. 27, refutando as afirmações do contribuinte de haver entregue a redução Z e afirmando que apenas recebeu alguns talões da série D1, asseverando que foram considerados os valores relativos às vendas através das notas fiscais apresentadas.

Antes do julgamento a 4ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, fl. 31, a fim de que fosse recalculada a base de cálculo, aplicando a regra da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, haja vista a alegação do contribuinte de atuar no ramo de material de construção, em que boa parte dos itens comercializados está sujeita ao regime de substituição tributária.

Em resposta à diligência o autuante reafirma o lançamento, silenciando quanto ao cálculo da proporcionalidade, informa, de passagem, que o contribuinte não apresentou nenhum fato novo ao processo, sem explicar se este foi o motivo da ausência do novo cálculo solicitado na diligência.

O autuado voltou a se manifestar, aduzindo os mesmos argumentos apresentados na defesa.

Em face destas circunstâncias, a 4ª JJF julgou Nulo o lançamento, com base no voto do i. relator. abaixo transcrito:

“Diante do que foi consignado nas linhas acima, percebe-se que este órgão administrativo de julgamento, em obediência aos princípios encartados no art. 2º do RPAF/1999, envidou os esforços possíveis para alcançar a verdade material. Infelizmente, tal desiderato não encontrou ressonância no servidor público responsável pela

autuação, uma vez que o mesmo não ofereceu respostas aos pleitos de fl. 31 e não obedeceu ao art. 127, § 6º do RPAF/1999.

Ressalto que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/1999) possui normas cogentes, de natureza imperativa. Ou seja, a ninguém é dado desobedecê-las sem incorrer em vícios processuais, que via de regra são incorrigíveis. O art. 127, § 6º do precitado Regulamento estatui que a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, o que obviamente não ocorreu, seja naquela de fl. 27, seja na de fls. 35/36, pois as razões suscitadas pelo impugnante não foram todas enfrentadas na forma como prevê o comando regulamentar.

Igualmente, ao ser instado por este Conselho a efetuar a revisão pertinente (fl. 31), o auditor ignorou a solicitação de aplicação da proporcionalidade relativa às operações de um estabelecimento que compra e vende materiais de construção, alguns deles por certo sujeitos ao regime de substituição (vide campo “Atividades Econômicas” de fl. 06). Os Recursos financeiros à disposição da Administração Pública não são infinitos, pelo que o processo administrativo fiscal não deve oscilar entre os seus diversos órgãos, por intermédio de inúmeras diligências pagas pelos contribuintes, existentes apenas devido à resistência do auditor no sentido de observar a legislação que lhe rege a atividade vinculada, acima mencionada, sem olvidar o art. 5º, LXXVIII c/c art. 37, caput da CF/1988.

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)”.

A legalidade, como princípio, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido. O princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/ 98. Relaciona-se com as normas da boa administração, sob o prisma de que o Poder Público, em todos os seus setores, deve concretizar suas atividades com vistas a extrair o maior número possível de efeitos positivos para si e para o administrado, sopesando a relação custo x benefício, buscando a excelência de Recursos, enfim, dotando da maior eficácia possível as ações do Estado.

Outro fato que suscita incertezas relativas à composição da base de cálculo do ICMS ora exigido é que o autuante disse não ter recebido as reduções Z com os montantes de vendas em cartões, muito embora as quantias correlatas se encontrem designadas na coluna “VENDA COM CARTÃO CONSTANTE REDUÇÃO Z” de fl. 11. Às fls. 09/10 há uma planilha, elaborada pelo auditor, cujo título é “DADOS DAS REDUÇÕES Z”.

Muito bem, apesar disso, o mesmo asseverou que esses valores são originários de notas modelo D1, sem acostá-las aos autos (fl. 27). A não ser que haja correspondência de valores e datas entre as notas e o Relatório Diário de Operações TEF, o que não ficou comprovado, a inserção de tais úmeros nos cálculos não tem previsão legal, pois nas vendas através de documentos fiscais não se sabe o meio de pagamento.

Portanto, caso seja verdadeira a assertiva da autoridade fiscal, de que o estabelecimento não possui ou não apresenta reduções Z com registros de vendas em cartões, o crédito tributário a que o Estado tem direito deve ser calculado deduzindo-se apenas as operações com notas nas quais se verifique as correspondências acima mencionadas, e não todas elas, conforme entendimento já assentado neste Conselho.

Destaco, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, tal posicionamento, entretanto, pode representar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Fundamentado nos dispositivos supracitados e no art. 18, IV, “a” e § 1º do RPAF/1999, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal (art. 21, RPAF/1999), desta feita sem os vícios ora apontados.

VOTO

Analisando o processo e o voto condutor supra transcrito, observo que a 4ª JJF julgou o lançamento nulo com base em duas premissas:

- 1) que o autuante não ofereceu resposta à diligência encaminhada pela 4ª JF, à fl. 31, tampouco obedeceu à norma do art. 127, § 6º do RPAF/1999, que estabelece deva a informação fiscal ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação;
- 2) que o autuante, apesar de alegar não ter recebido do contribuinte a Redução Z com os montantes de vendas em cartões, previu em seu demonstrativo uma coluna com o título VENDA COM CARTÃO CONSTANTE REDUÇÃO Z, bem como, consta do processo, fls. 09/10 uma planilha, elaborada pelo auditor, cujo título é “DADOS DAS REDUÇÕES Z”.

Em relação a segunda premissa concluiu que, conforme o próprio autuante relatou, foram abatidas da base de cálculo os valores referentes as notas D1 entregues pelo contribuinte. Tais valores constam nas colunas do demonstrativo supracitado. E que não há previsão legal para tanto, pois só é possível abater as notas em que haja correspondência de valores e datas entre estas e o Relatório Diário de Operações TEF, o que não ficou comprovado.

Apesar de verdadeiras, creio que as premissas levantadas não conduzem à nulidade do processo. Primeiro, porque as omissões ou obscuridades na informação fiscal não inquinam o lançamento à nulidade, desde que este contenha os elementos essenciais à sua validade, conforme prescreve o art. 39 do Decreto nº 7.629/99 – RPAF. A informação fiscal visa esclarecer possíveis questões suscitadas pela defesa e deve, conforme estabelece o art. 127 do supracitado Regulamento, ser prestada com clareza, precisão e fundamentação. Porém, se não atender aos requisitos estabelecidos pela norma, compete à administração tributária providenciar os meios para realizá-la à contento. Caso o titular da ação fiscal descure da tarefa, este fato deve ser levado ao supervisor, e, caso necessário, ao inspetor, diretor e por fim ao superintendente que é a autoridade máxima na esfera tributária. Se mesmo assim, não houver solução para o impasse, o processo deve ser encaminhado à Corregedoria da Fazenda para apurar responsabilidades.

A questão da diligência não cumprida, reclama tratamento similar. A tarefa deve subir na hierarquia fazendária até que alguém a cumpra. Caso contrário, deve tomar o caminho da correição. Simplesmente anular o processo, nestes casos, prejudica o Estado e não proporciona o efeito didático no agente, para evitar falhas futuras.

Quanto à segunda premissa, do abatimento integral das notas fiscais modelo D1, quando deveriam ser deduzidas apenas as que coincidissem em data e valor, concordo com o julgador de 1ª Instância que diminuiu a base imponible, prejudicando o Fisco. Contudo, não vemos motivos para nulidade do lançamento por este equívoco. Vê-se que o cálculo, desta forma, beneficiou o contribuinte, já que foram contempladas todas as notas apresentadas, como se fossem vendas através de cartão de crédito, sem prova rigorosa deste fato. Entretanto, este lapso pode ser suprido com um lançamento, complementar, onde figurem apenas as notas que não apresentem correlação de datas e valor com o Relatório TEF.

Desta forma, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para anular a Decisão de 1ª Instância, com o retorno do processo, a fim de que seja providenciado, pelos meios formais retro citados, o cumprimento da diligência solicitada e, posteriormente, o julgamento do processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão referente ao Auto de Infração nº 115236.0020/11- 3, lavrado contra **YASMIN COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo o processo retornar à 4ª JF para complementação da instrução e novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE/RELATOR

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