

PROCESSO - A. I. Nº 269283.0103/11-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ATACADÃO FÊNIX LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0121-12/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/13

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO TOTAL DE DÉBITO. Representação com base no artigo 119, II, e seu § 1º, c/c o art. 136, §2º, ambos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para que seja declarada nulo o Auto de Infração, em razão da irregularidade na constituição da base de cálculo da infração 1, e a qual foi corrigida no segundo Auto de Infração lavrado (269283.0104/11-0) contemplando os mesmos valores das demais quatro infrações, o que seguiu o curso legal de tramitação, inclusive realizado diligências e julgado nas Primeiras e Segundas Instâncias deste Conselho de Fazenda. Não tendo sido adotado as providências legais para cancelar este Auto de Infração antes do seu registro, deve ser declarado nulo este lançamento para evitar a exigência em duplicidade de valores das infrações 2 a 5, e flagrante ilegalidade na constituição da base de cálculo da infração 1, ao não contemplar a redução da base de cálculo na apuração do imposto. Deve o processo ser encaminhado à INFAZ de origem para que promova o seu arquivamento. Decretada, de ofício, a NULIDADE não apenas da infração 1, mas, também as infrações 2, 3, 4 e 5 do Auto de Infração. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS com fundamento no art. 119, II, e seu §1º, c/c com o art. 136, §2º, ambos da Lei nº 3.956/81 (COTEB), face ao Controle da Legalidade exercido por aquele órgão, propondo que seja declarada nula a Infração 1, e expurgado da autuação o débito tributário respectivo, em razão de o contribuinte ser signatário de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00, fazendo jus a redução de base de cálculo na apuração do ICMS antecipação parcial.

O contribuinte foi intimado para apresentar documentos e livros fiscais durante o procedimento fiscalizatório, conforme Aviso de Recebimento (AR) emitido pelos correios em 30/05/11 (fl. 20-A), e cópia de Edital publicado no Diário Oficial de 08/06/11 (fl. 23). Não tendo se manifestado para atender as intimações foi lavrado o Auto de Infração nº 269283.0103/11-3 em 27/06/11 para exigir ICMS no valor de R\$1.015.713,58, acusando o cometimento de cinco infrações.

Após lavratura e registro do Auto de Infração, sem que fosse cientificado o lançamento de ofício ao sujeito, o autuante formulou pedido ao SAT/DARC/GECOB/Dívida Ativa, solicitando o cancelamento do Auto de Infração em razão de vícios relativos à infração 1 (fl. 98).

Junto com o pedido do cancelamento do Auto de Infração nº 269283.0103/11-3, o autuante anexou cópia do Auto de Infração nº 269283.0104/11-0 (fls. 99 a 109), lavrado na mesma data do primeiro,

no qual fez a correção dos valores relativos à infração 1 (contemplando a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00). Informou que o contribuinte não foi cientificado da lavratura do Auto de Infração nº 269283.0103/11-3 (que solicitou cancelamento), pelo fato de não ter sido localizado “em seu endereço”.

Na sequência dos fatos ocorreram os seguintes procedimentos:

1. A PGE/PROFIS em Despacho à fl. 112 indagou à INFAZ de origem, para informar se “o segundo Auto de Infração” foi registrado na repartição competente;
2. O Coordenador de Cobrança da DAT-Metro/SEFAZ confirmou que o Auto de Infração nº 269286.0104/11-0 [segundo] foi cadastrado em 27/06/11, conforme Relatório do SIGAT/SEFAZ (fls. 114 a 116).

A PROFIS na Representação (fls. 117/119) ressaltou que diante da situação fática:

- a) cabia ao Inspetor Fazendário ter promovido o cancelamento do Auto de Infração (art. 47 do RPAF/BA);
- b) Diante dos equívocos cometidos relativo à infração 1, deve se reconhecer a sua nulidade;
- c) Não há ilegalidade flagrante em relação às infrações 2 e 3, aduzindo que “*é devido o imposto das demais infrações, devendo o mesmo ser inscrito em dívida ativa.*”;
- d) Representa ao CONSEF pedido de cancelamento da infração 1 (art. 18, IV, “a”, do RPAF/99);
- e) A Procuradora Assistente da PGE/PROFIS acompanha o Parecer de fls. 117 a 119 (fl. 122).

A 2ª Câmara deste Conselho de Fazenda não acolheu o opinativo da PGE/PROFIS e proferiu o Acórdão CJF Nº 0121-12/12 (fls. 124/125) no qual decidiu pelo encaminhamento do processo para cientificação do sujeito passivo e correção de possíveis equívocos.

Com relação às demais infrações decidiu que deveria ser providenciado a cientificação da autuação ao sujeito passivo, seguindo a tramitação regular do processo.

O autuante se manifestou (fl. 133), esclarecendo que após a lavratura do Auto de Infração, solicitou cancelamento e lavrou o segundo corrigindo a primeira infração e mantendo às demais.

Informa que o segundo Auto de Infração (269283.0104/11-0) teve cientificação regular ao sujeito passivo, que após manifestações, reformou demonstrativos, inclusive com redução dos valores originais.

Pondera que o acolhimento da representação da PGE/PROFIS, conduziria a anulação da primeira infração no primeiro Auto de Infração e manutenção das infrações 2 a 5, e anulação das infrações 2 a 5 no segundo Auto de Infração, o que resultaria em tramitação de dois Autos de Infração, mas que no momento ambas situações estão sendo discutidas no segundo Auto de Infração que já se encontra com tramitação em curso e o sujeito passivo nem sequer foi cientificado da primeiro Auto de Infração. Requer o cancelamento do primeiro Auto de Infração com base nos princípios da celeridade processual, da economia e zelo com a coisa pública.

O assistente do CONSEF fez um relato da sequência dos fatos (fls. 140/141) e ressaltou que de acordo com o disposto no art. 47 do RPAF/BA, o cancelamento do Auto de Infração deveria ser feito pelo Inspetor Fazendário antes de fazer o seu registro no sistema de processamento.

Como isso não ocorreu na presente situação, não podendo o AI ser cancelado e existindo outro AI que compele o sujeito passivo fazer o pagamento em duplicidade relativo à mesma matéria e fato gerador, requer o reexame da PGE/PROFIS quando ao pedido de nulidade do primeiro Auto de Infração.

A PGE/PROFIS no despacho às fls. 143/146, inicialmente faz um resumo da sequência dos fatos (lavratura dos Autos de Infração, pedido de cancelamento do primeiro, Parecer da PGE, julgamento da 1ª CJF, manifestação do autuante, solicitação do assistente do CONSEF).

Opina que não vislumbra qualquer providência para corrigir a situação em análise.

Ressalta que a representação feita por outro Procurador (fls. 117/119) pugnando pela nulidade da primeira infração, foi homologada pelo Núcleo de Consultoria e Assessoramento (NCA), de hierarquia superior e não lhe cabe nenhuma revisão de posicionamento.

Quanto à Decisão proferida pela 2ª CJF, manifesta que mesmo “eivada de *error in judicando*” não lhe cabe qualquer medida para impugná-la ao teor do art. 119, §3º do RPAF/BA, com o esgotamento da instância administrativa.

Ressalta que a competência atribuída a PGE/PROFIS para determinar a extinção de débito, em caso de superposição de valores reclamados em lançamento de ofício, no caso presente de configuração de duplicidade de exigência fiscal, recai sempre sobre o segundo lançamento.

A Procuradora Assistente do NCA no despacho às fls. 147/150, diz que acolhe com ressalva o Parecer da Procuradora da PGE/PROFIS, que resumo a seguir:

- a) Que o art. 119, §§3º e 4º preveem esgotamento de instância para apreciar Decisão do CONSEF, no exercício de controle da legalidade e que não se presta para se aplicar a situação de superposição de valores reclamados;
- b) A Decisão do CONSEF não soluciona o problema, uma vez que a cientificação ao contribuinte não corrigirá o erro contido no lançamento, com possibilidade de ficar revel;
- c) O posicionamento do autuante e do Inspetor Fazendário se aproxima do princípio de razoabilidade, boa-fé e moralidade administrativa, objetivando rever os atos administrativos eivados de ilegalidade, dado a impossibilidade de cancelar Auto de Infração que já tinha sido registrado;
- d) O julgamento proferido pela 2ª CJF, ao invés de sanar o problema, criou outro mantendo a duplicidade de cobrança;
- e) Diverge do entendimento de que descabe qualquer providência e sim fazer nova representação ao CONSEF ao apelo da legalidade (art. 119, II do COTEB), diante da ilegalidade flagrante de manter a duplicidade de exigências fiscais e incerteza de que com a intimação ao sujeito passivo, venha ser revisto o lançamento.
- f) Discorre sobre a possibilidade da administração pública rever seus atos e conclui que: (i) deve ser anulado o Acórdão proferido com “*error in judicando*”; (ii) anulação da infração 1, manter as demais infrações e cientificação ao sujeito passivo; (iii) face à duplicidade das infrações 2, 3, 4 e 5 no Auto de Infração nº 269283.0104/11-0 adotar as providências previstas no art. 119, III do COTEB.

Por fim, ressalta que a ponderação do autuante denota razoabilidade e boa-fé, mas deixa de acolher a proposição apresentada pelo assistente do CONSEF (fls. 140/141) visto que não foram apresentadas ilegalidades ou vícios relativo às infrações 2, 3, 4 e 5.

O Procurador Chefe em despacho à fl. 151 manifestou acolhimento do Parecer exarado pelo NCA.

VOTO

De acordo com a leitura do relatório, constato que o auditor fiscal durante os trabalhos de fiscalização, não tendo localizado o contribuinte, providenciou intimação para apresentar livros e documentos fiscais, por AR (Correios), e edital publicado no DO. Diante do não atendimento das intimações, elaborou demonstrativos com base nos dados constantes do sistema SEFAZ e lavrou o Auto de Infração nº 269283.0103/11-3 em 27/06/11 para exigir ICMS no valor de R\$1.015.713,58.

Após lavratura e registro do Auto de Infração, percebeu que na apuração do ICMS da infração 1 (recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial), não contemplou a redução da base de cálculo em função de o contribuinte ser beneficiário do incentivo fiscal previsto no Decreto nº

7.799/00.

Lavrrou um segundo Auto de Infração (269283.0104/11-0), no qual contemplou a redução da base de cálculo, o que reduziu o valor da infração 1 de R\$874.696,81 para R\$93.476,60 e repetiu o teor das demais quatro infrações seguintes, com valores respectivos de R\$63.263,87; R\$23.879,66; R\$27.487,33 e R\$26.385,91. Tendo registrado os dois Autos de Infração, formulou pedido de cancelamento do primeiro.

Assim sendo, conforme disposto no art. 47 do RPAF/BA, diante da não contemplação da redução da base de cálculo na infração 1 (Auto de Infração nº 269283.0103/11-3), a fiscalização deveria ter cientificado o contribuinte da autuação e feita a correção no momento da apresentação da defesa.

Ou ainda, antes do seu registro no sistema de processamento, lavraria outro Auto de Infração, como o fez e solicitaria cancelamento do primeiro. Se assim procedesse existiria apenas o contencioso relativo ao segundo Auto de Infração. Entretanto, registrou os dois Autos de Infração e pediu o cancelamento do primeiro.

De acordo com o esclarecimento prestado pelo autuante, não tendo cientificado o sujeito passivo do primeiro Auto de Infração lavrado, cuja infração 1 foi corrigida no segundo e mantida as demais infrações, deu prosseguimento ao segundo, com cientificação ao contribuinte, houve apresentação de defesa, prestado informação fiscal, realizada diligência fiscal e encaminhamento ao CONSEF, que determinou a realização de nova diligência, tudo isso no período de 27/06/11 a 24/04/12 conforme acompanhamento do protocolo à fl. 139. Inclusive, segundo informou o autuante, em função das diligências promovidas, fez reformulação de demonstrativos de débito o que implicou em redução de valores das infrações.

O segundo Auto de Infração (269283.0104/11-0), foi julgado PROCEDENTE EM PARTE pela 3ª JJF, em 24/09/12, conforme Acórdão JJF 222-03/13, no qual foi acatado as provas acostadas ao processo, o que reduziu o débito de R\$234.493,37, para R\$119.647,27.

Na apreciação do Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF, a 3ª CJF no Acórdão CJF 159-13/13, decidiu pelo NÃO PROVIMENTO, mantendo intacta a Decisão recorrida.

Conforme ressaltado pela PGE/PROFIS, deveria se declarada nula a infração 1, devido a flagrante ilegalidade na constituição da base de cálculo e mantida as infrações 2 a 5, no presente lançamento, visto que a prevalência devia ser mantida no primeiro, o que culminaria em nulidade no segundo Auto de Infração face à cobrança em duplicidade dos mesmos valores.

Entretanto, embora não tenha sido procedido como determina a legislação do processo administrativo, que determina o cancelamento do Auto de Infração pelo Inspetor Fazendário, por proposta do autuante, até antes do seu registro no sistema de processamento (art. 47 do RPAF/BA), diante do ocorrido faço as seguintes ponderações:

- a) Foram registrados dois Autos de Infração no sistema, computando valores exigidos versando sobre as mesmas infrações e fatos geradores;
- b) Não houve cientificação ao contribuinte do primeiro, cuja correção do valor da infração 1, que contém flagrante ilegalidade na constituição da base de cálculo, foi corrigido no segundo, mantendo valores idênticos das infrações 2 a 5;
- c) Foi cientificado o sujeito passivo, do segundo Auto de Infração, que deu seguimento ao devido processo legal, inclusive julgado em primeira e segunda instância deste Conselho de Fazenda.

Pelo exposto, diante dos equívocos cometidos, com fundamento nos princípios da celeridade e economia processual, entendo que em prevalência da essência sobre a forma, é producente:

1. Anular a Decisão contida no Acórdão CJF 0121-12/12;
2. Declarar nulo este lançamento, em obediência ao princípio da razoabilidade, boa-fé e moralidade administrativa, visto que a revisão do ato administrativo no segundo Auto de

Infração, contempla a ilegalidade flagrante da infração 1, e os valores que deveriam ser exigidos nas infrações 2 a 5, estão presentes no segundo Auto de Infração (269283.0104/11-0), devidamente registrado no sistema da SEFAZ, formando o contencioso administrativo e julgado pelas primeira e segunda instância deste CONSEF.

Entendo que a tese da PGE/PROFIS em dá prevalência à manutenção das infrações 2, 3, 4 e 5 neste lançamento (Auto de Infração nº 269283.0103/11-3), e referendada na Decisão contida no Acórdão proferido pela 2ª CJF, é sem dúvida a mais correta se levado em conta às disposições contidas na legislação tributária, especialmente o art. 47 e 118 do RPAF, e artigo 119 do COTEB.

Entretanto, a situação presente trata de revisão de atos administrativos anteriores que não seguiram o devido procedimento previsto na legislação tributária. Dar prosseguimento à tramitação deste lançamento, implica na adoção de procedimentos que já foram efetivados em decorrência do Auto de Infração nº 269283.0104/11-0 que já deu o devido prosseguimento, em relação aos procedimentos que se pretende adotar neste. Isso implica apenas em custos formais, sem alterar em nada o crédito tributário constituído que é de direito da Fazenda Pública Estadual.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, para reformar a Decisão proferida pela 2ª CJF e de ofício, declaro NULO não apenas a infração 1, mas, também as infrações 2, 3, 4 e 5 do Auto de Infração, devendo o mesmo ser encaminhado à repartição fiscal de origem para arquivamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação da PGE/PROFIS proposta e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº **269283.0103/11-3**, lavrado contra **ATACADÃO FÊNIX LTDA.**, devendo ser encaminhado o processo à repartição fazendária de origem, para cientificar o contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELAMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS