

PROCESSO - A. I. N° 232853.0018/05-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0057-11/08
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 22.10.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0316-12/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL A PARTIR DO ATO DE INTIMAÇÃO ACERCA DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 113, § 5º, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, por falta de entrega ao autuado dos Relatórios Diários de Operações TEF Analíticos. Da análise dos autos restou comprovado a entrega tempestiva ao autuado dos relatórios TEF Diários, não se configurando cerceamento ao direito defesa. Representação NÃO ACOLHIDA. Entretanto, com arrimo nos princípios do informalismo, da verdade material e da celeridade aplicáveis ao processo administrativo fiscal, e considerando, também, a intervenção no feito de auditora fiscal revisora que reduziu parcela do lançamento, foi *Acolhida*, de ofício, a redução apurada através da revisão fiscal realizada, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o presente Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De acordo com o Parecer de fls. 1.293 a 1.295, a PGE/PROFIS, por intermédio da procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos propõe encaminhamento de representação ao CONSEF, com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, pugnando pela **nulidade** do presente processo administrativo "*a partir do ato de intimação do autuado acerca da lavratura do Auto de Infração, porque não lhe foram então fornecidos os imprescindíveis Relatórios Diários de Operações TEF analíticos, com o que restou violado o princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório*".

Para embasar a Representação, a n. Procuradora destaca, inicialmente, que o lançamento tributário imputa à autuada à prática de três infrações, destacando apenas as seguintes, porque contestadas pelo contribuinte:

- 1) *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 àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito;*
- 2) *Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.*

Cita que houve julgamento em Primeira e Segunda Instâncias, ambas considerando procedente a exigência fiscal, tendo o contribuinte ingressado com pedido de controle de legalidade, em longo arrazoado de 47 (quarenta e sete) laudas, acompanhado de 755 (setecentos e cinquenta e cinco) folhas de documentos.

Observa que dentre os inúmeros argumentos apresentados pelo contribuinte, um deles mereceu atenção especial, porque prejudicial à análise de todos os demais: a nulidade do processo

administrativo, por cerceamento do direito de defesa, em razão de não lhe terem sido fornecidas cópias dos Relatórios de Informações TEF - Diários.

Aduz que, como se trata de lançamento de ofício contendo cobrança de imposto por presunção de omissão de saída, se torna necessário que o sujeito passivo receba não apenas as planilhas comparativas entre as vendas por meio de cartões de crédito e/ou débito e os Relatórios de Informações TEF - Anuais, mas, também, os Relatórios Diários de operações TEF analíticos, situação esta em que estará assegurado o direito ao contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, pois sem eles, não poderá cotejar seus dados escriturais com aqueles fornecidos pelas instituições financeiras.

Cita que, na primeira oportunidade em que se manifestou neste processo, o encaminhou em diligência ao fiscal autuante para que este informasse se forneceu (ou não) ao autuado cópia dos relatórios de informações TEF Diários (fls. 1.229/1.230). Entretanto, aportado os autos na INFRAZ de origem, o Inspetor Fazendário lançou o despacho de fl. 1.231, determinando que fossem enviadas à autuada as "*mídias eletrônicas onde consta o Relatório de Informações TEF - Diário, devendo ser colhida a assinatura no recibo de arquivos eletrônicos*" e, desde logo, decretando a reabertura do prazo de defesa, fls. 1.231 e 1.237 a 1.239.

Neste contexto, assevera que milita com razão o autuado quando, em sua defesa, sugere que o procedimento de fiscalização induz de que não houvera a entrega desses relatórios em momento precedente, impondo-se, destarte, a reabertura do prazo de defesa. Diverge, contudo, da conclusão do autuado de que tal vício contaminaria o próprio lançamento tributário, ensejando sua nulidade, observando que em pronunciamento anterior, fls. 1.229 e 1.230, já havia deixado averbado que a falta de entrega dos relatórios TEF conduziria à nulidade do processo administrativo, por cerceamento do direito de defesa.

Assim, diz que não se pode pretender que vício observado no curso do processo administrativo venha a macular ato administrativo de lançamento precedente, perfeito e acabado, praticado em conformidade com todas as prescrições legais e que determina, de maneira clara, a natureza da infração, o sujeito passivo e o montante do crédito tributário. Nesta hipótese, destaca, incide a norma do art. 18, § 1º do RPAF/BA, não acarretando a nulidade do Auto de Infração.

Em despacho exarado à fl. 1.296, a i.procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA, Paula Gonçalves Morris Matos, acompanha o Parecer acima em todos os seus termos, e encaminha a Representação ao CONSEF.

VOTO

O objeto da presente representação é para que seja declarada a nulidade do presente processo administrativo fiscal a partir do ato de intimação do autuado acerca da lavratura do Auto de Infração, em razão de não lhe ter sido entregues os Relatórios Diários de Operações - TEF analíticos.

Considerando as diversas intervenções que ocorreram neste processo, entendo que se faz necessário destacar neste Voto alguns fatos que julgo importantes, os quais servirão para nortear a conclusão do julgamento.

Assim é que, analisando os fatos presentes nestes autos, verifico que consta à fl. 1.229 uma solicitação de diligência da PGE/PROFIS decorrente de pedido de controle da legalidade pelo contribuinte, tendo sido o processo encaminhado à INFRAZ de origem para que o autuante "*informe se forneceu (ou não) à autuada cópia do Relatório de Informações TEF - Diário*".

Por sua vez, a Inspetoria Fazendária, diferentemente do quanto havia sido solicitado, deu outro direcionamento ao processo, isto é, ao invés de atender aquilo que fora solicitado pela PGE/Profis, forneceu ao autuado "*mídias eletrônicas onde consta o Relatório de Informações TEF-Diário*" e reabriu o prazo de defesa do Auto de Infração por 30 (trinta) dias, isto, após já ter ocorrido

julgamentos na Junta e na Câmara de Julgamento, inclusive um segundo julgamento de representação que propôs a alteração da penalidade aplicada no item 3 da autuação.

Em decorrência desta intervenção indevida no processo por parte da Inspetoria Fazendária, com entrega dos arquivos e Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 1.239, o autuado ingressou com "**nova defesa**", pugnando pela Nulidade do lançamento realizado. Destaco, que o próprio autuado, por intermédio do seu i.patrono, destacou na "**nova peça de defesa**" "*que a ilustre Procuradoria não recomendou a reabertura de prazo de defesa do Contribuinte, mas simplesmente requereu informações por parte do autuante, seguramente por saber que a ausência do Relatório TEF ensejaria, em verdade, a nulidade do Auto de Infração que originou o presente Processo Administrativo Fiscal*".

Devolvido o PAF à PGE/PROFIS "*para apreciação*" este foi devolvido à INFRAZ para que fosse prestada informação fiscal, ocasião em que foi designado auditora fiscal estranha ao feito para atender a solicitação da PGE, tendo esta se pronunciado à fl. 1.273 dos autos, com as seguintes considerações, em síntese, em relação a infração 01:

- Exercício de 2003: propõe a exclusão dos valores autuados tendo em vista que "*o ECF do contribuinte, à época, não discriminava, nas reduções Z, as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito e, naquele exercício, não havia dispositivo regulamentar que o obrigasse a discriminar, no cupom fiscal o meio de pagamento das operações de saídas realizadas, tendo em vista que o parágrafo sétimo somente foi acrescentado no artigo 238 do RICMS/97, pela alteração 51 a este Regulamento, Decreto número 8.882 de 20/01/04, DOE de 21/01/2004*";
- Exercício de 2004: Em relação ao mês de janeiro procedeu a exclusão do valor lançado, tal como no item anterior, e, em relação aos demais meses, analisou os documentos apresentados pelo Contribuinte quando do pedido de controle de legalidade, e propôs a redução do débito de acordo com os demonstrativos que elaborou e juntados às fls. 1.274 a 1.279;
- Exercício de 2005 (janeiro): proposição de redução do débito, nas mesmas condições do item precedente (2004).

Encaminhado o processo ao CONSEF para julgamento, este foi devolvido à PGE para que fosse formalizada a representação, sendo esta feita de acordo com às fls. 1.293 a 1.296, na forma já mencionada anteriormente.

Julgo importante tecer as considerações acima no bojo deste Voto em razão de dois motivos:

1) Apreciando o objeto da representação, isto é, a anulação dos atos processuais a partir da intimação da lavratura do Auto de Infração, verifico que tal pleito não reúne elementos probatórios para seu acolhimento, na medida em que, consta à fl. 142 dos autos, comprovante de entrega de arquivos eletrônicos ao autuado, recebido pelo Sr. James Alfredo M. Leal, atestando o recebimento dos relatórios TEF Diários correspondentes aos períodos autuados, de igual conteúdo aos entregues posteriormente pela Inspetoria Fazendária, fl. 1.239, de forma desnecessária. Ressalto que o Sr. James Alfredo foi a mesma pessoa que assinou a ciência do Auto de Infração, fl. 4, a qual surtiu seus devidos efeitos, tendo o autuado ingressado à época com defesa tempestiva e regularmente apreciada pelo CONSEF.

Por esta razão, **NÃO ACOLHO** a representação proposta pela PGE/PROFIS.

2) Por outro lado, com arrimo nos princípios do informalismo, da verdade material e da celeridade aplicáveis ao processo administrativo fiscal, e considerando, também, a intervenção no feito por auditora fiscal revisora que examinou a documentação apresentada pelo contribuinte autuado na ocasião do pedido de exercício do controle de legalidade, indicando redução do débito na forma já acima descrita, **acolho**, de ofício, a redução do débito da infração 1 de acordo com os fundamentos e demonstrativos de fls. 1.274 a 1.279, elaborados pela auditora fiscal revisora, pelo fato de que, efetivamente, à época da ocorrência de parte dos fatos geradores inerentes a infração 1, não havia previsão para discriminar nas reduções Z o meio de pagamento, sendo tal previsão inserida no Art. 238 do RCIMS/BA, através

do § 7º, com vigor a partir de 21/01/04, com a seguinte redação: "*Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação*". Diante disto, em consonância com os já mencionados demonstrativos, o débito remanescente na infração 1 fica reduzido para o valor de R\$63.809,81.

Isto posto, voto no sentido de que, *de ofício*, o presente Auto de Infração seja declarado PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$85.347,65, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DO AUTO DE INFRAÇÃO									
VALOR HISTÓRICO					VALOR REVISADO				
OCORR.	VENCIM.	BASE DE CÁLCULO	ALIQ %	VLR. HISTÓRICO	B. CÁLCULO AUTUAÇÃO	EXCLUSÃO DILIGÊNCIA	NOVA B. CÁLCULO	ICMS DEVIDO	
31/01/2003	09/02/2003	40.856,94	17	6.945,68	40.856,94	0,00	0,00	0,00	
28/02/2003	09/03/2003	41.485,41	17	7.052,52	41.485,41	0,00	0,00	0,00	
31/03/2003	09/04/2003	36.211,52	17	6.155,96	36.211,52	0,00	0,00	0,00	
30/04/2003	09/05/2003	43.428,58	17	7.382,86	43.428,58	0,00	0,00	0,00	
31/05/2003	09/06/2003	50.953,17	17	8.662,04	50.953,17	0,00	0,00	0,00	
30/06/2003	09/07/2003	33.826,05	17	5.750,43	33.826,05	0,00	0,00	0,00	
31/07/2003	09/08/2003	46.014,11	17	7.822,40	46.014,11	0,00	0,00	0,00	
31/08/2003	09/09/2003	44.624,47	17	7.586,16	44.624,47	0,00	0,00	0,00	
30/09/2003	09/10/2003	43.635,47	17	7.418,03	43.635,47	0,00	0,00	0,00	
31/10/2003	09/11/2003	43.046,23	17	7.317,86	43.046,23	0,00	0,00	0,00	
30/11/2003	09/12/2003	42.350,94	17	7.199,66	42.350,94	0,00	0,00	0,00	
30/12/2003	09/01/2004	27.188,17	17	4.621,99	27.188,17	0,00	0,00	0,00	
31/01/2004	09/02/2004	30.333,94	17	5.156,77	30.333,94	0,00	0,00	0,00	
28/02/2004	09/03/2004	12.930,05	17	2.198,11	12.930,05	412,70	12.517,35	2.127,95	
31/03/2004	09/04/2004	12.922,23	17	2.196,78	12.922,23	536,78	12.385,45	2.105,53	
30/04/2004	09/05/2004	35.461,23	17	6.028,41	35.461,23	2.090,41	33.370,82	5.673,04	
31/05/2004	09/06/2004	35.076,29	17	5.962,97	35.076,29	2.628,65	32.447,64	5.516,10	
30/06/2004	09/07/2004	16.463,52	17	2.798,80	16.463,52	1.413,57	15.049,95	2.558,49	
31/07/2004	09/08/2004	15.040,52	17	2.556,89	15.040,52	2.653,65	12.386,87	2.105,77	
31/08/2004	09/09/2004	32.414,23	17	7.179,17	42.230,41	3.695,45	38.534,96	6.550,94	
30/09/2004	09/10/2004	42.230,41	17	5.510,42	32.414,23	4.601,31	27.812,92	4.728,20	
31/10/2004	09/11/2004	38.381,11	17	6.524,79	38.381,11	2.152,80	36.228,31	6.158,81	
30/11/2004	09/12/2004	37.699,76	17	6.408,96	37.699,76	4.707,13	32.992,63	5.608,75	
31/12/2004	09/01/2005	39.822,17	17	6.769,77	39.822,17	3.641,31	36.180,86	6.150,75	
31/01/2005	09/02/2005	41.080,35	17	6.983,66	41.080,35	754,68	40.325,67	6.855,36	
28/02/2005	09/03/2005	20.274,70	17	3.446,70	20.274,70	0,00	20.274,70	3.446,70	
31/03/2005	09/04/2005	24.843,70	17	4.223,43	24.843,70	0,00	24.843,70	4.223,43	
TOTAL DA INFRAÇÃO 1				157.861,22	928.595,27	29.288,44	330.233,43	63.809,82	
						INFRAÇÃO 2		21.120,72	
						INFRAÇÃO 3		417,12	
						TOTAL GERAL		85.347,66	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOLHER a Representação proposta e, de ofício, declarar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 232853.0018/05-5, lavrado contra VIA METAL COMÉRCIO DE FERRAGENS LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$64.226,94, acrescido das multas de 70% sobre R\$63.809,82 e 50% sobre R\$417,12, previstas no art. 42, incisos III e I, "b", da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$21.120,72, prevista no inciso XIII-A, "h", alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Inocorrendo o pagamento do débito, no prazo legal, deverá o presente processo retornar à PGE/PROFIS para adoção das providências da sua alçada.

Sala das Sessões do CONSEF, em 07 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS