

**PROCESSO** - A. I. Nº 232849.0000/10-0  
**RECORRENTE** - MATERCOL CONSTRUÇÃO E AGRICULTURA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0247-03/12  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS  
**INTERNET** - 05/05/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO C.JF Nº 0097-12/14

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ATOS PROCESSUAIS. NÃO ATENDIMENTO À DETERMINAÇÃO PARA ABERTURA DO PRAZO DE DEFESA. A repartição fiscal não concedeu ao autuado o prazo de 30 (trinta) dias para reabertura do prazo de defesa, conforme expressa determinação da Junta de Julgamento Fiscal, após a realização de diligência, onde foram entregues ao autuado cópias de peças que deixaram de ser entregues em momento anterior. Nulidade dos atos processuais posteriores ao doc. de fls. 9351. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou parcialmente o lançamento fiscal, condenando o autuado ao pagamento de ICMS no valor histórico total de R\$157.611,60, acrescido da multa de 70% e dos acréscimos legais.

O Auto de Infração lavrado em 02/02/2011 decorre de uma única infração, objeto do Recurso Voluntário, cuja acusação é a seguinte:

***Infração 1** - omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo aplicado índice de proporcionalidade e crédito presumido no período em que era empresa de pequeno porte, conforme DMA, DME e registro de saídas, anexos ao processo.*

Da apreciação das razões de defesa e das informações fiscais, os membros da 3ª JF, à unanimidade, decidiram pela Parcial Procedência do Auto de Infração, tudo com fundamento nas razões expostas no voto do Relator da Decisão recorrida, cuja transcrição se faz, como segue:

### VOTO

*O lançamento em discussão diz respeito à falta de pagamento de ICMS apurado em função de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão.*

*Em face das ponderações feitas pelo autuado, os autos foram remetidos em diligência para depuração dos valores. Houve duas diligências. O resultado da última diligência é o indicado pelo fiscal autuante às fls. 9336/9350.*

*Fato parcialmente demonstrado nos autos. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02).*

*Há um problema, porém, na determinação do valor a ser lançado, pois o fiscal autuante não fez o demonstrativo dos valores remanescentes, limitando-se a informar o total final, R\$ 157.611,60, conforme consta às fls. 9349-9350.*

*Analizando-se os demonstrativos apresentados pelo autuante às fls. 9336/9348, tem-se a impressão de que os valores remanescentes seriam os indicados às fls. 9341 e 9348, totalizando R\$ 13.322,58 (R\$ 2.955,90 + R\$ 2.527,28 + R\$ 7.839,40 = R\$ 13.322,58).*

*De fato, note-se que os demonstrativos fiscais à fl. 9341 (exercício de 2007) e à fl. 9348 (exercício de 2008) têm no cabeçalho a palavra “Resumo”, denotando que aqueles seriam os resumos finais do débito a ser lançado. Sendo assim, de acordo com os referidos demonstrativos fiscais o valor do imposto seria reduzido de R\$ 170.934,18 para apenas R\$ 13.322,58 (R\$ 2.955,90 + R\$ 2.527,28 + R\$ 7.839,40 = R\$ 13.322,58).*

*No entanto, tendo em vista que no texto da informação prestada às fls. 9349-9350 o fiscal diz que o imposto a ser pago seria de R\$ 157.611,60, isso me levou à conclusão de que o imposto a ser lançado não é o que consta nos “Resumos” apresentados pelo autuante. Do exame dos demonstrativos fiscais, depreende-se que as quantias indicadas no “Resumo” apresentado pelo fiscal às fls. 9341 e 9348 não representam o imposto remanescente a ser lançado, e sim os valores a serem abatidos do imposto originariamente lançado. Com efeito, tomando-se o valor originariamente lançado e abatendo-se as quantias estipuladas nos demonstrativos às fls. 9341 e 9348, chega-se ao valor remanescente, que é de R\$ 157.611,60.*

*Tendo em vista que não foi elaborado o demonstrativo do débito remanescente, farei eu mesmo a especificação dos valores a serem lançados, a fim de não retardar ainda mais o desfecho desta lide, em prejuízo do Estado e do contribuinte. Tomando por base os dados às fls. 9341 e 9348, o demonstrativo do débito deverá ser feito de acordo com as seguintes indicações:*

Mês	Valores originários	Valores a serem abatidos	Valores remanescentes
Janeiro de 2007	R\$ 8.519,75	R\$ 634,88	R\$ 7.884,87
Fevereiro de 2007	R\$ 11.418,66	R\$ 458,39	R\$ 10.960,27
Março de 2007	R\$ 8.019,70	R\$ 265,54	R\$ 7.754,16
Abril de 2007	R\$ 7.637,76	R\$ 744,35	R\$ 6.893,41
Mai de 2007	R\$ 7.488,20	R\$ 228,94	R\$ 7.259,26
Junho de 2007	R\$ 7.286,20	R\$ 623,80	R\$ 6.662,40
Julho de 2007	R\$ 5.818,18	R\$ 240,17	R\$ 5.578,01
Agosto de 2007	R\$ 3.540,79	R\$ 927,64	R\$ 2.613,15
Setembro de 2007	R\$ 5.025,49	R\$ 613,04	R\$ 4.412,45
Outubro de 2007	R\$ 5.932,53	R\$ 240,87	R\$ 5.691,66
Novembro de 2007	R\$ 6.061,32	R\$ 281,68	R\$ 5.779,64
Dezembro de 2007	R\$ 5.821,90	R\$ 223,86	R\$ 5.598,04
Janeiro de 2008	R\$ 5.733,73	R\$ 208,36	R\$ 5.525,37
Fevereiro de 2008	R\$ 4.766,31	R\$ 200,88	R\$ 4.565,43
Março de 2008	R\$ 6.500,46	R\$ 965,42	R\$ 5.535,04
Abril de 2008	R\$ 7.762,16	R\$ 1.638,66	R\$ 6.123,50
Mai de 2008	R\$ 7.608,89	R\$ 598,16	R\$ 7.010,73
Junho de 2008	R\$ 6.312,66	R\$ 254,39	R\$ 6.058,27
Julho de 2008	R\$ 8.252,96	R\$ 136,98	R\$ 8.115,98
Agosto de 2008	R\$ 8.344,46	R\$ 591,16	R\$ 7.753,30
Setembro de 2008	R\$ 7.796,58	R\$ 766,62	R\$ 7.029,96
Outubro de 2008	R\$ 8.689,44	R\$ 687,91	R\$ 8.001,53
Novembro de 2008	R\$ 8.521,01	R\$ 1.211,68	R\$ 7.309,33
Dezembro de 2008	R\$ 8.075,04	R\$ 579,20	R\$ 7.495,84
Totais	R\$ 170.934,18	R\$ 13.322,58	R\$ 157.611,60

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fl. \_\_\_\_/\_\_\_\_ o contribuinte, de plano, afirma que não cometeu a infração da qual é acusado, aduzindo que os documentos comprobatórios foram acostados à sua impugnação.

Invocando o art. 123, do RPAF/Ba, aduz que há vício insanável constituído pela ilegalidade da intimação. Esclarecendo, informa que às fls. 9.323 dos autos, há determinação para reabertura do prazo de 30 dias para apresentação de nova defesa, o que foi descumprido pelo setor responsável, consoante se verifica às fls. 9.351, tudo a determinar que foram feridos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Roga pela reabertura do prazo de defesa.

Quanto à diligência realizada, afirma que os valores diligenciados não encontram eco nos documentos e planilhas juntados aos autos pela defesa. Aduz que não há qualquer pronunciamento acerca dos valores comprovadamente informados com a defesa, também aduzindo que não existem valores inferiores ao informado pela instituição financeira, sobretudo se considerado que a diligência apenas comparou as vendas através de ECF, sem considerar as vendas através de notas fiscais, o que leva à improcedência da autuação.

Diz que há divergência entre o quanto determinado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal e o quanto considerado pelo diligente para efeito do cumprimento do trabalho requisitado, aí entendido que a Junta de Julgamento Fiscal determinou que fosse elaborado demonstrativo “...por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houve a emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartões de crédito/débito, no período de 01/01/2007 a 31/12/2008, citando ao lado do número de cada operação de pagamento por meio de cartão de débito/credito constante do Relatório Diários Por Operação TEF, o número e a espécie do documento fiscal que foi emitida na respectiva operação de venda”, enquanto que o Diligente fez consignar que “Foi solicitada a revisão do lançamento, excluindo do lançamento apenas as situações em que haja coincidência entre o valor do cartão e o documento fiscal, ou em que haja evidência de vinculação ou pertinência, em face das circunstâncias específicas de cada caso ou elementos razoáveis, inclusive a proximidade de valores”.

No entender do recorrente, o diligente não cumpriu o quanto determinado pela JJF, na medida em que a diligente deu interpretação própria e tendenciosa ao comando dos julgadores de primo grau que, cumpridos, com a análise dos documentos carreados aos autos, inclusive livro de saída, restaria demonstrada a que as suas vendas diárias superam em muito os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Ainda quanto à diligência, diz que a Diligente informa que foi elaborada “... planilha com as operações individualizadas com notas fiscais conforme solicitado, folhas 9.336 a 9.348, cujo resultado foi um imposto a pagar de R\$157.611,60”, o que não se coaduna com a verdade, haja vista que da verificação que fez do trabalho, constatou que não há qualquer menção ou demonstração do suposto valor devido, o que denota que a informação fiscal (diligência), não tem a capacidade de elucidar e demonstrar a suposta infração.

Referindo-se ao erro que teria cometido o autuante, fundamentado no entendimento de que “... as operações de venda são apenas aquelas em que a totalidade da operação batia com o valor do cupom fiscal ou nota fiscal, abstraindo as demais formas de se concretizar a comercialização de uma mercadoria” (pagamentos com cheque, em espécie ou mesmo parte com cartão e a outra parte em cheque), aduz a “improcedência por parte do agente fiscalizador em só acatar as operações de vendas emissão de cupom fiscal desconsiderando as vendas emissão notas fiscais”, lembrando que fez vir aos autos, por via da sua defesa, cópia do seu livro razão, bem como os documentos fiscais, tudo no sentido de demonstrar a inexistência da infração.

Registra que o trabalho do autuante foi confuso o que ensejou o retrabalho por via da diligência, aí registrado que por tal razão pairam dúvidas sobre o valor da exigência fiscal. Cita a doutrina e o RICMS/Ba, afirmando que há na norma previsão de que “a caracterização da presunção de omissão de saída se materializa quando os valores constantes no relatório emitido pelas operadoras de cartões de crédito sejam inferiores aos valores encontrados nas ECF's ou notas fiscais, situação esta que é totalmente inexistente, tendo em vista o demonstrativo elaborado pela defendente, detalhado com o respectivo número do cupom fiscal, data e número do ECF”.

Discorre derredor do princípio da legalidade, ressaltando que todas as operações foram acobertadas por documentos fiscais e devidamente contabilizadas. Transcreve e comenta jurisprudência de Tribunais Administrativos, aduzindo que os elementos de prova já jungidos aos autos, por si só, teriam o condão de anular o Auto de Infração. Invocando o CTN, art. 122, afirma que o Auto de Infração em apreço jamais poderia ter sido lavrado.

Por derradeiro, pugna pela nulidade dos atos posteriores à intimação de fls. 9.351 dos autos, para que seja reaberto o prazo de interposição de defesa para manifestação sobre todos os documentos e planilhas até então carreados aos autos e, alternativamente, pede que seja convertido o feito em diligências com o fim de que sejam apurados os fatos acima aduzidos.

Conclui seus pedidos, requerendo o cancelamento do Auto de Infração, com a extinção do crédito tributário.

Em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador da PGE/PROFIS, à fl. 9648/9649, está consignado, após breve relato dos fatos, que “... *restou desconsiderado o prazo para oferecimento de defesa determinado às fls. 935, precisamente de 30 (trinta) dias, conforme aflora do ato de comunicação processual de fls. 9353, estando ofendido o exercício do contraditório*”. Nessa esteira, opina o nobre Procurador no sentido de que seja dado provimento ao apelo recursal, para que seja declarada a nulidade da Decisão de piso e, por conseguinte, abertura do prazo de 30 dias para defesa.

Em despacho às fls. 9.650, a nobre procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, acompanha o Parecer retro, em todos os seus termos.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JfF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário a combater a Decisão que julgou procedente em parte a infração que acusa a oro recorrente de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão.

O pleito recursal, por primeiro, suscita a necessidade de reabertura do prazo de defesa, pois descumprido o quanto determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, restou ofendido o princípio do contraditório, tudo porque foi desconsiderado o prazo para oferecimento de defesa determinado às fls. 9322/9323, diligência determinada pelo Relator da Junta de Julgamento Fiscal, aí entendido que o prazo de 30 dias não foi oferecido ao oro recorrente, conforme determinação expressa do julgador de piso.

Também suscita a nulidade do Auto de Infração, aduzindo que os valores do levantamento fiscal inicial, bem como os valores encontrados pelo trabalho diligencial, não encontram eco nos documentos e planilhas juntados aos autos, sobretudo, se considerado que foram consideradas as vendas através de ECF e desprezadas as vendas através de notas fiscais e com outras formas de pagamento.

Atenho-me à análise da primeira nulidade suscitada pelo Sujeito Passivo, pois, no meu entender, macula todos os atos e passos processuais ocorridos posteriormente ao Auto de Infração. O fato é que o Relator da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 9322/9323, a determinar que o feito fosse convertido em diligência, determinou que fossem entregues ao autuado cópias das peças às fls. 6/62, 120/193, 9052-9053 e 9057/9059, reabrindo-se prazo de defesa. Neste mesmo documento, também foi determinado que na intimação ao Sujeito Passivo deveria constar que ficaria reaberto o prazo de defesa (30 dias). Pois bem, apesar do quando contido no documento de fls. 9322/9323, a intimação foi efetivamente feita ao contribuinte, fls. 9.351, contudo, estabelecendo prazo de 10 dias para “*conhecimento da informação fiscal prestada pelo autuante, ficando reaberto prazo de 10 (dez) dias para querendo apresentar manifestação, ...*”.

A análise dos fatos leva à indiscutível conclusão de que vícios acometem o presente PAF, sobretudo na intimação de fl. 9351 que descumpre flagrantemente o quanto determinado pelo julgador da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, bem como distorce a motivação da conversão do feito em diligência, o que superada a questão do prazo, certamente teria como resultado um levantamento fiscal em bases equivocadas.

Convém trazer à baila o fato de que a nobre relator da instância de piso determinou a reabertura do prazo de defesa para que fosse entregue volume considerável de documentos, devendo ser reaberto prazo para defesa. Ou seja, entendeu o nobre relator que o exercício do contraditório e da ampla defesa apenas seria proporcionado ao Sujeito Passivo se, e somente se, fosse de

conhecimento do Contribuinte os documentos cujas folhas foram listadas acima. Nessa mesma linha, entendo que foi determinado o prazo de 30 dias, frise-se, para a apresentação de defesa.

A considerar os elementos trazidos aos autos, entendo que os atos processuais são todos nulos a partir da intimação feita ao contribuinte em razão da determinação de diligência feita pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal e dirigida à repartição de origem do autuante. Em assim sendo, entendo que não somente a Decisão de primeiro grau administrativo é nula, pois, atos anteriores também são nulos.

*Ex positis*, acompanhando em parte o opinativo do representante da PGE/PROFIS, voto no sentido de dar provimento ao apelo recursal para tornar nulos todos os atos posteriores ao documento de fls. 9351, devendo ser observado o prazo ali estabelecido.

Quanto à análise da das demais razões recursais, resta prejudicada.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULOS** todos atos processuais praticados após a conversão em diligência do Auto de Infração nº **232849.0000/10-0**, lavrado contra **MATERCOL CONSTRUÇÃO E AGRICULTURA LTDA.**, devendo os autos serem encaminhados à repartição fiscal de origem para nova intimação ao autuado, com reabertura ao juízo da defesa, de acordo com o constante às fls. 9322 e 9323.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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