

PROCESSO - A. I. N° 206826.0014/13-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DELI & CIA. DELICATESSEM LTDA. (DELI & CIA.)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF n° 0167-04/14
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 01.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0348-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, A INFRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. No presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vícios insanáveis que fulminam o Auto de Infração, diante da ausência das formalidades essenciais, ensejando a falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e os atos terem sido praticados com preterição do direito de defesa. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, impetrado pela 4ª JJF, através do Acórdão n° 0167-04/14, por ter julgado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado, em 12/03/2014, para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 267.740,26, em razão de:

1. Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$142.556,24, constatada pela 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, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.
2. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 51.951,14, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2009 a março de 2010.
3. Multa de R\$ 73.232,88 por ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do montante das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Consta que se trata do exercício de 2010 do ECF n° 5.

A Decisão recorrida foi pela nulidade do Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a ausência de elementos essenciais à validade do lançamento de ofício cerceou o seu direito de defesa. Referindo-se às infrações 1 e 2, diz que não há clareza, precisão e correção na apuração da base de cálculo do imposto.

Examinado as descrições, os valores e os demonstrativos das infrações 1 e 2, verifico que efetivamente há divergência entre os fatos apurados e os valores lançados, trazendo insegurança na determinação das infrações e cerceamento do direito de defesa.

Na infração 1, o autuado foi acusado 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.”

Complementando a acusação acima, foi consignado: “omissão de faturamento por meio de levantamento de vendas – pagamento com cartão de crédito/débito, conforme REDUÇÃO Z, confrontado com o valor informado pela Administradora de Cartão nos Sistemas SEFAZ-INC-TEF, referente às ECFs 01: 02; 04; 05 e 06. Tendo sido apurado um débito de ICMS no valor de R\$ 39.072,13, referente a 2009 e R\$ 12.879,01 relativo a 2010 totalizando um débito de R\$ 51.951,14, conforme planilha 2 que faz parte do PAF que será disponibilizado para o contribuinte”.

Na infração 2, a acusação imputada ao autuado foi: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas”.

Complementando a acusação consta: Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre mercadoria tributada e a produção e produtos do estabelecimento, escriturada como não tributada, no valor total de R\$ 61.971,65 (Janeiro a Dezembro de 2009) – ECFs 01; 02 e 04 e R\$ 80.584,59 (janeiro a dezembro de 2010 das ECFs 01; 02; 04; 05 e 06) perfazendo um débito total de R\$ 142.556,24 – conforme Registro 60, capturado através do Arquivo Magnético, transmitido pelo Contribuinte através do SINTEGRA, cujo montante das operações coincide com as informações lançadas na DMA respectiva e livros fiscais próprios.

Nessas duas primeiras infrações, os valores constantes na descrição dos fatos (R\$ 51.951,14 e R\$ 142.556,24) divergem dos consignados no demonstrativo de débito (R\$ 142.556,24 e R\$ 51.951,14). O demonstrativo que embasa a infração 1 (fl. 33) apura débitos que foram lançados na infração 2, ao passo que os débitos apurados no demonstrativo da infração 2 (fls. 104 e 105) foram lançados na infração 1.

Considerando que se trata de uma inversão dos débitos lançados nas infrações 1 e 2, poder-se-ia corrigir esse equívoco mediante uma diligência saneadora, com a reabertura do prazo de defesa. Todavia, há que se observar que, na informação fiscal, quanto à infração 1, o autuante aplicou o procedimento previsto na Instrução Normativa 56/07 (proporcionalidade) tomando por base os valores que ele tinha equivocadamente indicado como sendo da infração 1, conforme se depreende do confronto dos demonstrativos de fl. 403 com 33 e 104.

A inversão dos valores feita pelo autuante ao lavrar o Auto de Infração foi de tal monta que ele próprio se confundiu ao, na informação fiscal, aplicar o previsto na Instrução Normativa 56/07. Se o próprio autuante se confunde com os demonstrativos elaborados por ele próprio, imagino a dificuldade que deve ter tido o autuado ao exercer o seu direito de defesa. Dessa forma, considero que está evidente a nulidade das infrações 1 e 2, por cerceamento de defesa, em razão de vício formal que acarretou falta de clareza e precisão na apuração dos valores lançados e na descrição das efetivas infrações imputadas ao contribuinte.

Além da nulidade acima, há que observar que a exclusão das operações constantes no ECF 3, cujos valores foram exigidos por meio do Auto de Infração nº 206826.0013/13-7 (fls. 433 a 435) traz insegurança na determinação dos valores devidos nas infrações 1 e 2, já que os valores que foram lançados naquele Auto de Infração não foram considerados na apuração dessas infrações em tela. Efetivamente, a manutenção das infrações 1 e 2, sem considerar os valores pagos no Auto de Infração nº 206826.0013/13-7, implicaria em cobrança em duplicidade de parte do imposto exigido.

Corroborando as nulidades acima, observo que o autuante, quanto à infração 1, juntou ao processo apenas os Relatórios de Informações TEFs “mensais”, quando deveriam ter sido juntados aos autos e entregues cópia ao autuado de relatórios “diários e por operações”. Apesar de ser um vício sanável mediante diligência com posterior reabertura do prazo de defesa, essa falha serve para robustecer a necessidade de acolhimento das preliminares suscitadas na defesa.

Dessa forma, acolho a preliminar de nulidade arguida na defesa e julgo as infrações 1 e 2 nulas por cerceamento de defesa, em razão de vícios que acarretaram falta de clareza e precisão na apuração dos valores lançados e na descrição das efetivas infrações imputadas ao contribuinte.

Quanto à infração 3, de ofício, observo que esse item do lançamento também padece de vício material que o torna nulo.

Conforme consta na descrição dos fatos, o autuado “Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações [...] multa indicada na autuação é decorrente da não apresentação, quando intimado, da movimentação no exercício de 2010 da ECF 05”.

A intimação a que se refere a acusação acima transcrita é a de fls. 268 e 269, a qual é específica para os dados referentes ao ECF 5. Ressalto que a intimação de fl. 18 não serve para embasar a infração em comento, uma vez que é referente ao ECF 3.

Essa intimação de fls. 268 e 269 apresenta vício insanável, uma vez que não atende às determinações contidas no art. 708-B, §5º, do RICMS-BA/97, já que não concedeu ao contribuinte o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência. Além disso, não há prova nos autos de que o autuado tenha efetivamente recebido a intimação, uma vez que foi enviada via e-mail e não há confirmação do recebimento por parte do contribuinte, já que nesse documento há apenas uma

assinatura do autuante.

Mesmo supondo que o autuado tenha recebido a intimação e estivesse ciente do prazo regulamentar de trinta dias para apresentar os arquivos retificados, não se pode olvidar que o Auto de Infração foi lavrado antes de decorrido esse citado prazo, já que a intimação de fl. 268 data de 21 de fevereiro de 2014, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado em 12 de março.

Dessa forma, o procedimento do autuante não observou o devido processo legal e cerceou o direito de defesa do autuado. Assim, a infração 3 é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que verifique a possibilidade de refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado de anular o Auto de Infração em epígrafe, pois, conforme bem frisou o Acórdão recorrido, em relação às duas primeiras infrações, *efetivamente há divergência entre os fatos apurados e os valores lançados, trazendo insegurança na determinação das infrações e cerceamento do direito de defesa.*

E tal insegurança na determinação das infrações e o consequente cerceamento ao direito de defesa se revelam, ainda mais, não só pela troca de valores descritos nas duas primeiras infrações, os quais se contradizem com os próprios débitos exigidos nas próprias exações fiscais, mas, sim, como bem frisou a Decisão de piso, pelo fato de o próprio autuante, na informação fiscal, aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/07 sobre os valores que ele tinha equivocadamente indicado como sendo da infração 1, como se pode comprovar do confronto dos demonstrativos de fls. 403 com 33 e 104 dos autos, do que se conclui que a inversão destes valores foi de tal monta que o próprio autuante se confundiu ao aplicar a proporcionalidade, o que enseja ao autuado cerceamento ao exercício do seu direito de defesa.

Há ainda de se considerar a existência do Auto de Infração nº 206826.0013/13-7 (fls. 433 a 435), relativo às operações constantes no ECF 3, cujos valores não foram considerados na apuração das infrações ora em análise, o que implica em cobrança em duplicidade de parte do imposto exigido.

Também o autuante, quanto à infração 1, não forneceu ao autuado os Relatórios de Informações TEFs diários e por operações, de forma a favorecer ao contribuinte o pleno exercício de defesa.

Assim, diante de tais considerações, concordo com a Decisão recorrida no sentido de acolher a preliminar de nulidade arguida na defesa e julgar as infrações 1 e 2 nulas por cerceamento de defesa, em razão de *vícios formais* que acarretaram falta de clareza e precisão na apuração dos valores lançados e na descrição das efetivas infrações imputadas ao contribuinte.

Inerente à terceira infração verifica-se que a acusação fiscal reporta-se ao “ECF 05” e, como frisado pela JJF, a intimação relativa a tal equipamento é a de fl. 268 dos autos, visto que a intimação de fl. 18 refere-se ao ECF 3, sendo que aquele documento apresenta vício insanável, já que não atende às determinações contidas no art. 708-B, §5º, do RICMS-BA/97, ou seja, conceder ao contribuinte prazo para correção do arquivo magnético apresentado com inconsistência, como também por não haver prova nos autos de que o autuado tenha efetivamente a recebido, pois foi enviada via e-mail e sem confirmação do recebimento, logo, sem observação do devido processo legal, o que cerceou o direito de defesa do autuado. Item nulo.

Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, em obediência aos ditames legais, por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência de vícios insanáveis, diante da ausência das formalidades essenciais acima mencionadas, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver

elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e os atos forem praticados com preterição do direito de defesa.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar NULO o Auto de Infração, do que, conforme art. 156 do RPAF, representa-se à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha. Assim, tratando-se de nulidade material, atente-se para o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 206826.0014/13-3, lavrado contra **DELI & CIA. DELICATESSEM LTDA. (DELI & CIA.)**, representando à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha, dentro do prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS