

PROCESSO - A. I. N° 299634.0010/08-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (RONDON ALIMENTOS & CIA.)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0272-12/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE RELATIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, tendo em vista a comprovação de existência de cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, impondo-se a *reabertura do prazo de defesa*, contados da data da intimação da revisão fiscal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, que através do Parecer subscrito pela ilustre Procuradora do Estado, Dr.^a Paula Gonçalves Morris Matos, às fls. 280/284 dos autos, com anuência da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA Dr.^a Rosana Maciel Bittencourt Passos, propõe ao CONSEF pela nulidade do processo administrativo, a partir do ato de intimação da autuada acerca da lavratura do auto de infração, porque não lhe foram fornecidos os arquivos digitais completos, com o que restou violado o princípio do devido processo legal, de que são corolários a ampla defesa e o contraditório.

Da análise da peça vestibular, verifica-se que o lançamento de ofício exige o débito original de R\$311.867,20, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela instituição financeira e administradora de cartão de crédito, inerente ao período de maio de 2005 a junho de 2007.

Consta do Parecer exarado pela Procuradora da PGE/PROFIS que o sujeito passivo impugnou intempestivamente a autuação, sendo lavrado o termo de revelia e encaminhado os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, tendo o contribuinte apresentado recurso contra o arquivamento da sua peça impugnatória, que foi improvido, o que o levou ao pedido de controle de legalidade junto a PGE para fins de representação ao CONSEF, sob a alegação de falta de provas que embasassem a autuação fiscal, no que tange aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, os quais encontram-se incompletos, como também pela falta de aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Por força destas alegações os autos foram convertidos em diligência pela PGE/PROFIS para que o autuante se manifestasse, tendo o mesmo constatado que realmente as informações estavam incompletas (24/03 a 31/12/2005; 06/10 a 31/12/2006 e 18/10 a 31/12/2007) e da impossibilidade de adotar o procedimento previsto na IN 56/07 pela falta de entrega dos livros e documentos fiscais, tendo naquela oportunidade a autoridade fiscal procedido à nova intimação ao contribuinte com vistas à aplicação da proporcionalidade e ainda solicitado à GEIEF o fornecimento dos arquivos completos do TEF dos exercícios de 2005 a 2007 para, em seguida, apresentar novo demonstrativo de débito (fls. 261/262) com o valor remanescente de R\$123.045,65 (fl. 258), do que foi cientificado o sujeito passivo que apenas aduziu a existência de equívoco quanto à identificação da base de cálculo.

Assim, neste contexto, a PGE/PROFIS concluiu que cabe razão ao autuado quando suscita o cerceamento ao seu direito de defesa, ante a entrega de arquivos digitais incompletos, no momento da sua cientificação acerca da lavratura do auto de infração, impondo-se, destarte, a *abertura do prazo de defesa*, pois, conforme entendimento consolidado no âmbito administrativo, somente com a entrega de cópia de toda a documentação que embasou a autuação fiscal é que estará assegurado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, pois, sem ela, não poderia comprovar possíveis inconsistências do lançamento tributário.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor histórico de R\$311.867,20, decorrente da constatação da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio do levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Em atendimento à determinação da PGE/PROFIS, decorrente do Pedido de Controle da Legalidade, o autuante confirmou a precariedade dos dados fornecidos ao autuado e, após saneá-los, procedeu a revisão fiscal apurando o valor remanescente de R\$123.045,65, conforme demonstrado à fl. 261 dos autos, em razão da consideração de todas as informações contidas no relatório TEF no período fiscalizado e da aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Contudo, observa-se que, em que pese intimado acerca do resultado da revisão fiscal à fl. 264 dos autos, o sujeito passivo não teve restabelecido plenamente o exercício do seu direito de defesa, visto que lhe foi concedido o prazo de 10 (dez) dias, a contar da data do recebimento da intimação, para se manifestar sobre o resultado do saneamento processual realizado.

Ademais, conforme bem consignado no despacho da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, às fls. 285 e 286 dos autos:

Sendo assim, restando admitido pela própria autoridade fiscal que, de fato, a intimação original não se fez acompanhar de relatórios diários de informações TEF completos, contendo todos os campos necessários para que o contribuinte pudesse compreender como se alcançou o valor de imposto lançado como devido, e, nessa esteira, exercer amplamente seu direito de defesa, parece-nos imperioso reconhecer a nulidade da intimação e a contaminação de todos os atos processuais que se lhe seguiram.

E, como consequência, é de ser assegurada ao contribuinte a efetivação de nova intimação do lançamento, desta feita indene aos vícios observados no ato original, com a reabertura do prazo de defesa.

Válido notar, por derradeiro, que, nos termos do art. 113, § 3º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, a competência desta Procuradoria Geral do Estado para determinar diretamente a reabertura de prazo de defesa se restringe às hipóteses de contribuinte revel, desde que ainda não inscrito o crédito tributário em dívida ativa, não sendo esta a hipótese dos autos.

Logo, diante de tais considerações, pode-se inferir o acerto da Representação, sob apreciação, pois se concluiu da análise das peças processuais, a existência de cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, impondo-se a *reabertura do prazo de defesa* de sessenta dias, contados da data da intimação da revisão fiscal, nos termos do art. 123 do RPAF, cujo restabelecimento do prazo de impugnação com a entrega de cópia de toda a documentação que embasou a autuação fiscal é que lhe assegurará o direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a possibilitar-lhe averiguar possíveis inconsistências do lançamento tributário, objeto da revisão fiscal procedida.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta para reconhecer a nulidade da intimação e a contaminação de todos os atos processuais que se lhe seguiram, devendo o respectivo PAF ser encaminhado à INFRAZ Atacado para *reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias* ao sujeito passivo, com o fornecimento dos arquivos completos do TEF e do novo demonstrativo de débito, de forma a lhe assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e declarar NULO todos os atos processuais a partir da intimação para ciência da lavratura do Auto de Infração nº 299634.0010/08-0, lavrado contra **RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (RONDON ALIMENTOS & CIA.)**, devendo o respectivo PAF ser encaminhado à INFRAZ Atacado para *reabertura do prazo de defesa*.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS