

PROCESSO - A. I. Nº 140789.0020/03-3
RECORRENTE - TERWAL MÁQUINAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0370-02/04
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0457-11/06

EMENTA: ICMS. PROCEDIMENTO DE RECONSTITUIÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. FALTA DE INTIMAÇÃO AO SUJEITO PASSIVO DO EXTRAVIO DO PROCESSO E DA CONCLUSÃO DA RECONSTITUIÇÃO. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. Caracterizada inobservância as regras previstas no art. 119, § 7º, incisos I e II do RPAF/BA. Acatada a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, de cerceamento de seu direito de defesa, por não ter sido cientificado da conclusão dos procedimentos de reconstituição do presente administrativo fiscal. Declarada a nulidade dos atos praticados no PAF, à exceção da lavratura do próprio Auto de infração, devendo os autos retornarem à INFRAZ de origem para que intime o autuado da conclusão dos procedimentos de reconstituição do PAF, reabrindo o prazo de defesa ou para pagamento do débito. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão JJF nº 0370-02/04, pela Procedência do presente Auto de infração, o qual foi lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$158.277,44, nos exercícios de 1999 e 2000, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito, conforme os documentos juntados às fls. 51 a 215;
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$7.819,57, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (1999 e 2000), conforme os documentos anexados às fls. 12 a 49.

A Junta de Julgamento Fiscal indeferiu o pedido de prorrogação do prazo de defesa, formulado pelo sujeito passivo, e rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas, tendo em vista que:

1. o sujeito passivo foi cientificado da autuação em 22/12/03 e, nessa data, conforme informação do funcionário fiscal estranho ao feito, recebeu uma cópia do Auto de infração e do Demonstrativo de Débito, além de cópia de todos os demonstrativos que instruem a ação fiscal, e pôde utilizar o prazo legal de trinta dias para interposição de defesa, período que poderia ter sido utilizado para reunir as provas de suas alegações;
2. entre a data da protocolização da impugnação (20/01/04) até a fase de instrução do processo para fins de julgamento (31/08/04) decorreram 222 dias e, nesse período, o contribuinte poderia ter feito a juntada de novos documentos acerca da lide, para serem apreciados antes do julgamento;
3. além disso, considerando que o autuado alegou que não havia recebido os demonstrativos que embasam a infração 2 e, tendo em vista que realmente não existe nos autos nenhuma prova de

que ele recebeu os demonstrativos acostados às fls. 12 a 49 juntamente com o Auto de infração, o PAF foi convertido em diligência à IFEP/Metro, para que, mediante intimação, fossem entregues os referidos documentos, reabrindo-se o prazo legal de defesa.

No mérito, o órgão julgador decidiu pela procedência das infrações 1 e 2, pelas razões seguintes:

INFRAÇÃO 1 – porque constatou que foram escriturados em duplicidade, como “outros créditos”, os valores objeto da autuação e, ademais, o contribuinte não apresentou os documentos comprobatórios do direito aos créditos fiscais.

INFRAÇÃO 2 – porque, conforme os documentos juntados às fls. 12 a 49, a auditoria de estoques foi feita de forma analítica, estando especificadas as mercadorias selecionadas, o levantamento das entradas e das saídas com a indicação de cada documento fiscal utilizado, as quantidades dos estoques inicial e final e a demonstração do débito apurado e, por se tratar de período fechado, não há qualquer impedimento, no plano contábil, que dito levantamento seja realizado fora do estabelecimento, visto que o estoque final está declarado no Registro de Inventário, não havendo necessidade de verificação física das mercadorias. Ademais, o autuado não trouxe aos autos nenhuma prova de que houve erro nos levantamentos.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 278 a 290), o sujeito passivo inicialmente suscita a nulidade do processo administrativo fiscal, sob a alegação de que houve cerceamento ao seu direito de defesa, na medida em que houve a reconstituição dos autos, conforme informado por auditora fiscal estranha ao feito (fls. 252 e 253), e não foram obedecidos os requisitos previstos no artigo 119, do RPAF/99, já que jamais foi intimado do fato e somente tomou ciência do extravio dos documentos originais por meio do relatório contido na Decisão recorrida.

No mérito, argumenta, em relação à infração 1, que existe uma grande dificuldade em resgatar os documentos comprobatórios das operações de importação que geraram os créditos glosados pela fiscalização, em razão de a empresa prestadora de serviço em comércio exterior encontrar-se em procedimento de encerramento de suas atividades. Por conta disso, requer a juntada posterior da documentação com base nos princípios da ampla defesa, da informalidade e da verdade material no processo administrativo fiscal.

Quanto à infração 2, alega que a autuante procedeu à auditoria de estoques à distância, por meio de um *software*, realizando os exames na própria repartição fazendária, sem a confirmação do seu procedimento através dos respectivos documentos fiscais e da contagem física do estoque, configurando um verdadeiro arbitramento com inversão do ônus da prova. Ressalta que caberia à auditora fiscal proceder à revisão do lançamento *in loco*, conferindo a documentação de registro de estoque, analisando-a fisicamente com o apoio do pessoal da empresa, com vista a verificar se a unidade de mercadoria cuja saída foi considerada omitida realmente corresponde a um fato gerador do imposto sem o correspondente recolhimento do tributo. Trouxe o pensamento da doutrina para embasar a sua argumentação.

Por fim, protesta pela juntada posterior de documentos e pede a Nulidade ou a Improcedência do Auto de infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento Sé, opinou pelo provimento do Recurso Voluntário para “decretação de nulidade dos atos processuais realizados após a intimação de fls. 240 dos autos”, por vislumbrar a presença de vício capaz de comprometer a validade do lançamento, qual seja, a falta de intimação do sujeito passivo acerca da reconstituição do presente Auto de infração (fls. 294 e 295).

O PAF foi remetido pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho à Comissão Especial de Reconstituição, instituída pela Portaria Conjunta nº 01 PGE/SEFAZ, de 06 de outubro de 2003, para “*fins de manifestação acerca da regularidade da reconstituição realizada*”.

A ilustre Representante da PGE/PROFIS, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, emitiu seu Parecer (fls. 298 a 302), o qual foi ratificado pela Dra. Maria Olívia T. de Almeida, inicialmente historiando o PAF e, em seguida, concluindo pelo Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista a seguinte argumentação:

1. o artigo 139-A, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.438/99) reserva à Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, a competência para restaurar ou reconstituir os processos administrativos que, por qualquer razão, tenham sido extraviados ou destruídos, observados os procedimentos e critérios estabelecidos no RPAF/99;
2. objetivando assegurar o desenvolvimento satisfatório dos trabalhos, em face da necessidade de cooperação mútua, o Procurador Geral do Estado e o Secretário da Fazenda baixaram a Portaria Conjunta nº 01 PGE/SEFAZ, de 06 de outubro de 2003, designando uma Comissão Especial incumbida de promover a reconstituição e restauração de processos, integrada por dois auditores fiscais e um procurador do Estado;
3. assim, vindo algum servidor ou interessado a tomar ciência do extravio, destruição ou adulteração de processo administrativo fiscal, deverá comunicar o fato à referida Comissão, solicitando-lhe o início dos trabalhos de reconstituição;
4. entretanto, não foi o que ocorreu nestes autos, haja vista que, segundo a informação de auditora fiscal estranha ao feito, o processo original foi extraviado após o registro do Auto de infração e a ciência do autuado e a própria Inspetoria Fazendária se encarregou de efetuar a reconstituição;
5. cotejando o PAF verificou que a repartição fazendária cuidou de acostar as segundas vias de todos os documentos extraviados – Auto de infração e seus anexos -, assim como tratou de coletar novamente a assinatura do representante legal do contribuinte no Auto de infração (fl. 3) e no demonstrativo de débito (fl. 5);
6. a Inspetoria Fiscal olvidou apenas de formalizar a ciência do contribuinte quanto ao demonstrativo de auditoria de estoques (fls. 12 a 49), vício que foi posteriormente sanado por meio de diligência determinada pelo CONSEF (fl. 238), devidamente cumprida pela repartição fazendária (fls. 240 a 241);
7. como se encontram perfeitamente documentados nos autos todos os atos praticados até o momento do extravio do PAF, considera **convalidados** os procedimentos de reconstituição desenvolvidos pela Inspetoria de Fazenda, sanando-se o vício de competência outrora observado.

Afirma que, em prestígio aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a norma regulamentar (artigo 119, § 7º, incisos I e II, do RPAF/99) determina expressamente que o contribuinte seja cientificado da conclusão do processo de reconstituição para que possa exercer seu direito de fiscalizar o procedimento e, querendo, oferecer manifestação ou mesmo a impugnação que julgar cabível.

Conclui que, como o autuado não foi intimado acerca do extravio e da subsequente conclusão da reconstituição deste processo administrativo fiscal, entende que não há como sanar o vício de intimação existente, devendo ser declarados nulos os atos praticados, à exceção da própria lavratura do Auto de infração.

Recomenda que os autos retornem à Inspetoria de origem para que se intime o autuado da conclusão dos procedimentos de reconstituição do PAF, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para pagamento do débito ou apresentação de defesa, na forma do artigo 119, § 7º, incisos I e II, do RPAF/99.

VOTO

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de infração, por cerceamento de seu direito de defesa, tendo em vista que não foi intimado dos procedimentos de reconstituição do presente processo administrativo fiscal levados a efeito pela própria Inspetoria Fazendária.

Considerando que a autuante se encontrava de licença médica, a informação fiscal foi prestada pela auditora fiscal Sheilla Meirelles que, em uma de suas manifestações, informou que a

Inspeção de origem promoveu a reconstituição do PAF, haja vista que houve extravio dos originais após o registro do Auto de infração e a ciência do autuado.

Consoante o bem elaborado Parecer da Coordenadora da Comissão Especial de Reconstituição de processos, a Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, apesar de estar perfeitamente convalidado o procedimento de reconstituição feito pela Inspeção Fazendária, ocorreu um vício insanável nestes autos: o autuado não foi cientificado do extravio e nem intimado da conclusão da reconstituição do processo administrativo fiscal, nos moldes previstos no artigo 119, § 7º, incisos I e II, do RPAF/99, havendo um claro cerceamento do direito ao contraditório do contribuinte. Sendo assim, acato o Parecer da PGE/PROFIS e entendo que devem ser declarados nulos os atos praticados neste PAF, à exceção da lavratura do próprio Auto de infração.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS, determinando que os autos retornem à Inspeção de origem para que intime o autuado da conclusão dos procedimentos de reconstituição do PAF, reabrindo-se, ainda, o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para que seja feito o pagamento do débito ou a apresentação de impugnação, na forma do artigo 119, § 7º, incisos I e II, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULOS** os atos praticados a partir da lavratura do Auto de Infração nº 140789.0020/03-3 contra **TERWAL MÁQUINAS LTDA.**, determinando-se o retorno dos autos à Inspeção de origem para que intime o autuado da conclusão dos procedimentos de reconstituição do PAF, reabrindo-se, ainda, o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para que seja feito o pagamento do débito ou a apresentação de impugnação, na forma do artigo 119, § 7º, incisos I e II, do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS