

A. I. N° - 5489980/95
AUTUADO - ESCRITA EQUIPAMENTOS PARA ESCRITÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - JUAREZ ANDRADE CARVALHO
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 20. 06. 2006

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0208-04/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Não foram anexados na reconstituição do PAF, os anexos originários, de nºs 01 a 30, conforme consta no Auto de Infração, como parte integrante do lançamento. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 08/05/1995, exige ICMS no valor de R\$193.768,12, em razão das seguintes irregularidades:

1. Crédito fiscal apropriado indevidamente decorrente de notas fiscais de entradas destinadas a outro contribuinte, nos meses de junho e de novembro de 1993.
2. Recolhimento a menor do imposto lançado nos meses de julho e de dezembro de 1994.
3. Falta de recolhimento do imposto lançado nos meses de junho, setembro, outubro e novembro de 1994 e de janeiro e fevereiro de 1995.

Às fls. 23, encontra-se Termo de Encaminhamento, dirigido à Profaz, datado de 13/03/2003, lavrado pelo Gerente da GCRED, desta Secretaria de Fazenda, que anexou cópias do auto de infração, dos demonstrativos e do Termo de Encerramento de Fiscalização, fornecidos pelo autuante, com vistas à reconstituição do presente processo, conforme art. 119 do RPAF/99.

O autuado ao ser intimado para apresentar cópias das peças que compõem o auto de infração em comento, aduziu que toda a documentação da empresa signatária, incluindo livros contábeis, relativos aos anos de 1992/1998, se encontrava arquivado na Av. Vasco da Gama, nº 830, sala 203, Ed. Moca, e que no dia 23 de setembro de 2001, o referido imóvel foi arrombado, de onde foi subtraído a maior parte da sua documentação, conforme queixa prestada na delegacia, documento que anexa. Na ocasião apresentou também o Termo de Encerramento de Fiscalização.

À fl. 45 dos autos, encontra-se o Termo de Encerramento de Reconstituição de Processo Administrativo Fiscal, lavrado pela Coordenação da Dívida Ativa – CODAT, que servirá de base para o prosseguimento normal do procedimento administrativo fiscal em tela, constando o presente processo de cópias dos seguintes documentos: Cópias do Auto de Infração (fls. 02 a 07), Registro do Auto de Infração (fl. 08), Intimação para apresentação de peça defensiva (fls. 38 e 39), Comunicação da empresa autuada (fls 41 e 42 e 44), Cópia do Termo de Encerramento de Fiscalização, fl. 43, comunicações internas e informações fornecidas pelo sistema de informações da administração tributária – SIDAT, fls. 25 a 37), totalizando 45 folhas.

Ainda no exercício da competência estabelecida pelos artigos 119 e 120 do RPAF/99, a Procuradoria Fiscal da Fazenda Estadual procedeu à restauração do Auto de Infração, e informou que o contribuinte intimado em 20/08/2003, fls. 38 e 39, para apresentação de peça defensiva, não havia prestado informações até aquela data , 01/09/2003. (fls. 46, 53).

A Douta Procuradoria Fiscal, emitiu parecer sobre a reconstituição do Processo Administrativo Fiscal nº 5489980, às fls. 54 e 55, no qual posiciona-se sobre o fato de que uma vez que o contribuinte fora intimado a apresentar cópia de sua defesa, tendo informado que a mesma foi destruída em decorrência de sinistro ocorrido no imóvel onde se encontrava arquivada, deve ser aplicado o

disposto no art. 119 § 7º do RPAF/99, e o art 18 do mesmo regulamento “reabrindo-se o prazo de defesa ou de recurso, conforme o caso, para que se manifestem, querendo, no prazo legal”.

Em atendimento ao pronunciamento acima, o assistente da PROFIS, referendou o encaminhamento à inspetoria de origem, a fim de que o contribuinte fosse intimado e pudesse manifestar-se nos autos.

O autuado apresentou defesa, às fls. 70 a 81, aduzindo que o processo administrativo fiscal permaneceu inerte na PROFAZ/ Coordenação Administrativa, no período de 06/03/1996 a 24/04/2001, data em que foi tramitado no sentido de se proceder à “localização física e regularização de divergência”, ou seja, o auto foi perdido ou extraviado, dentro da Secretaria da Fazenda, sendo reconstituído pela PROFIS em 26/08/2003, com base nos artigos 119 e 120 do RPAF/99.

Não obstante tais procedimentos, argumenta que a reconstituição encontra-se eivada de vícios, tais como a falta de conhecimento da realização desta reconstituição, nem tampouco do fato que a motivou, pois que apenas recebeu intimação para apresentar documentos em 15/07/2003, sob o fundamento de “revisão e saneamento do PAF em curso”. Assim, teria sido negado o seu direito de acompanhar a reconstituição do lançamento contra si realizado, bem como de saber o que ocorreu com o lançamento anterior e com toda a documentação que o acompanhava. Reclama que somente foi intimado para apresentar nova defesa em 02/03/2005, ou seja, mais de 01 ano e 05 meses depois do fim do procedimento que ocorreu em 15/09/2003.

Assim, assevera que resta evidente a impossibilidade de apresentar sua defesa administrativa, uma vez que não pode ter acesso à toda a documentação que instruía o auto de infração original. Isto porque não constam na reconstituição do lançamento os documentos nos quais se embasou o autuante, ao proceder à lavratura do auto de infração. Tais documentos foram, inclusive, mencionados pelo autuante, no auto de infração original às fls. 02, como os levantamentos efetuados e demais documentos comprobatórios das supostas infrações, anexos 01 a 30, partes integrantes do referido auto de infração. Deste modo, ferido o direito do contraditório e da ampla defesa do contribuinte, que não pode defender-se do conteúdo da referida autuação, por não ter acesso à documentação que instruía o auto de infração, 30 anexos que acompanhavam o referido auto, os quais não foram entregues ao contribuinte, sendo nula a presente reconstituição.

Argumenta ainda que ficou impossibilitado de formular a defesa administrativa, protocolado petição perante a Infaz Iguatemi, requerendo lhe fossem entregues cópias da documentação que acompanhava o auto de infração, não tendo obtido resposta. Assim, aduz que além de não ter recebido a documentação no procedimento anterior, aquela não faz parte do auto reconstituído, flagrante cerceamento de defesa.

Alega também a ocorrência da prescrição do direito de ação relativamente ao presente auto de infração, pois argumenta que não tendo apresentado defesa no prazo legal, o crédito tributário foi definitivamente constituído apenas com o fim do transcurso do prazo de 30 dias, prevista no artigo 123 do RPAF/99, ocorrido em 07/06/1995, pois o contribuinte teve ciência da lavratura do presente auto de infração em 08/05/1995 e não apresentou a regular impugnação ao lançamento, revelia ocasionado pelo cerceamento do seu direito de defesa, por parte da Fazenda Pública.

Outrossim, giza que ocorreu desídia por parte da Fazenda Pública, haja vista que o PAF chegou a ficar totalmente paralisado por mais de 05 anos, entre os dia 06/03/1996 e 24/04/2001, sendo reconstituído apenas em 26/08/2003, mais de oito anos após a constituição definitiva do referido crédito tributário. Assim, teria havido prescrição intercorrente, para preservar o princípio da segurança jurídica havendo violação ao princípio da propriedade.

No mérito, aduz que encontra-se totalmente impossibilitado de proceder à realização de defesa, não tendo base material, não tendo provas acerca da existência do imposto não pago pelo contribuinte. Não acompanham o auto documentos, planilhas, DAEs, levantamentos, notas fiscais que comprovem que o contribuinte encontra-se em débito perante a Fazenda Pública Estadual.

A final requer a nulidade do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, à fl. 92, esclarecendo que forneceu os documentos que se encontravam em seus arquivos, às fls. 02 a 08 do PAF, sendo que pelas informações do SIDAT, à fl. 35 do PAF, o processo encontrava-se em situação 36 – defesa, quando extraviado. Aduz que os demais argumentos da defesa são da competência da PGE – Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal.

A Douta Procuradora do Estado da Bahia, em despacho á fl. 97, fundamenta que não se justifica o retorno do processo reconstituído àquele órgão, porque já esgotada a sua competência, devendo seguir para o CONSEF, para julgamento do contraditório administrativo que se instaurou com a apresentação da defesa.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Não cabe prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, a teor do estabelecido no CTN.

O presente Auto de infração decorreu de reconstituição conforme previsão do art. 119 e 120 do RPAF/99, como segue:

Art. 119. A Procuradoria Fiscal (PROFIS) fará a restauração ou reconstituição do processo administrativo que por qualquer circunstância tiver sido extraviado ou destruído, ou do qual tiverem sido subtraídas ou adulteradas peças essenciais.

§ 1º No caso de processo destruído, extraviado ou adulterado, se o funcionário autuante ou o interessado possuir cópia do auto ou da peça inicial, será esta considerada como original, lavrando-se do fato termo circunstanciado.

§ 2º Havendo necessidade de confirmação da validade ou autenticidade da cópia referida no parágrafo anterior, a autoridade administrativa solicitará a realização de diligência para que a repartição competente efetue as verificações cabíveis, visando a confirmar, suprir ou reconstituir os elementos pertinentes.

§ 7º Tratando-se de processo contencioso:

I - uma vez concluída a restauração ou reconstituição, os interessados serão intimados da ocorrência, na forma do art. 108, reabrindo-se o prazo de defesa ou recurso, conforme o caso, para que se manifestem, querendo, no prazo legal;

II - a manifestação do sujeito passivo poderá consistir na simples apresentação de cópia da impugnação anteriormente formulada;

III - em qualquer caso, deverá ser prestada a informação fiscal pelo autuante ou outro auditor designado nesse sentido.

§ 8º O interessado poderá analisar, no recinto da repartição, todos os elementos coligidos, podendo tirar cópias do que for do seu interesse.

§ 9º Concluída a restauração ou reconstituição, o processo será encaminhado à repartição onde foi destruído, extraviado ou adulterado, para os devidos fins.

Constato que este procedimento foi regularmente adotado na reconstituição do presente processo.

Ainda, em obediência ao determinado, no RPAF/99, a fl. 45 dos autos, encontra-se o Termo de Encerramento de Reconstituição de Processo Administrativo Fiscal, lavrado pela Coordenação da Dívida Ativa – CODAT, que servirá de base para o prosseguimento normal do procedimento administrativo fiscal em tela, constando o presente processo de cópias dos seguintes documentos: Cópias do Auto de Infração (fls. 02 a 07), Registro do Auto de Infração (fl. 08), Intimação para apresentação de peça defensiva (fls. 38 e 39), Comunicação da empresa autuada (fls 41 e 42 e 44), Cópia do Termo de Encerramento de Fiscalização, fl. 43, comunicações internas e informações fornecidas pelo sistema de informações da administração tributária – SIDAT, fls. 25 a 37), totalizando 45 folhas.

Entretanto, analisando os elementos constantes nos autos, verifico que não obstante o empenho da Procuradoria da Fazenda Estadual em reconstituir o presente processo administrativo fiscal, no qual estão sendo exigidas parcelas de ICMS lançado e não recolhido, bem como recolhidos em valores inferiores aos devidos, como também crédito fiscal indevidamente utilizado, entendo que restou comprovado evidente cerceamento do direito de defesa do contribuinte, em decorrência das seguintes razões que passo a expor:

1. Encontram-se anexos ao presente PAF:

- demonstrativo de recolhimento a menor do imposto (ICMS) lançado (à fl. 05);
- Demonstrativo da falta de recolhimento do imposto (ICMS)_lançado (à fl. 06);
- Demonstrativo de Crédito Fiscal apropriado indevidamente decorrente de nota fiscal destinada a outro contribuinte (fl. 07).

2. Consta no Termo de Encerramento de Fiscalização, fl. 04 o seguinte:

- Na infração 01 – Crédito fiscal apropriado indevidamente decorrente de notas fiscais de entradas destinadas a outro contribuinte, conforme demonstrativo e fotocópias das Notas Fiscais de fls. 12, 13, 20 e 21 do Livro Registro de Entradas (Anexos 01 a 10), nos seguintes períodos e valores:..... (grifos nossos).
- Na infração 02 – Recolhimento a menor do imposto (ICMS) lançado, conforme demonstrativo fotocópias das fls. 13, 14, 24, 25, e dos DAES dos meses correspondentes (Anexos 11 a 17), nos seguintes períodos e valores..... (grifos nossos)
- Na infração 03 – Falta de recolhimento do imposto (ICMS) lançado, conforme Demonstrativo e fotocópias das fls. 12,13, 18,19,20,21, 22 e 23 do Livro Registro de Apuração do ICMS do ano de 1994 e fls. 02 e 03 do Livro Registro de Apuração do ICMS do ano de 1995 (Anexos 18 a 30), nos seguintes períodos e valores..... (grifos nossos)

Logo, constato que o processo administrativo fiscal foi parcialmente reconstituído, faltando-lhe elementos essenciais que constituem prova das alegações do autuante, elementos esses que o contribuinte deveria ter tido acesso para que pudesse exercer plenamente o seu direito de defesa.

Referendando o acima dito, consta no corpo do Auto de Infração, à fl. 02,: “Tudo de acordo com o Termo de Encerramento de Fiscalização, Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, demonstrativo dos levantamentos efetuados e demais documentos comprobatórios (Anexos 01 a 30), partes integrantes deste Auto, que lavramos na forma regulamentar”.

Penso que cabe reproduzir a lição emanada de Dr. Paulo Celso Bonilha, na obra “Da prova no processo administrativo tributário”, Ed. Dialética, 2^a Edição, 1997, págs. 85 e 86:

“A prova documental é a de maior importância no processo administrativo tributário, entre outras razões porque a oralidade é restrita e há outros aspectos relevantes como ensina Allorio “Importância não só qualitativa como quantitativa, porque uma feição típica do instituto da prova legal no processo tributário consiste, precisamente, em restringir, no documento e em especial no documento escrito, a prova de certos fatos, limitando assim, a função decisória do juiz tributário no sentido de que ele não possa dessumir a convicção da existência daqueles fatos por outros meios de prova”.

“A própria documentação histórica dos fatos tributáveis, relacionados com fatos econômicos e que podem ocorrer em grande número (operações comerciais, industriais e financeiras, por exemplo), demanda a utilização de documentos em larga escala, seja por parte do contribuinte, seja por parte do fisco. Inevitavelmente, as controvérsias deduzidas no processo administrativo tributário necessitarão de provas dessa natureza, justificando-se a afirmação de que a prova documental tem importância, quantitativa e qualitativa, pois a descoberta da verdade dependerá , fundamentalmente, do exame dessa prova.”

Quanto às informações aduzidas ao processo, o mestre nos ensina que:

“No processo administrativo tributário incluem-se as chamadas “informações fiscais”, isto é termos aduzidos por escrito pelos órgãos administrativos da Fazenda, com o objetivo de veicular os esclarecimentos e informações requisitadas pelas autoridades julgadoras. Constituem-se este elementos em provas documentais?

Em nosso entender a resposta cabível é a negativa. Trata-se em geral, de informações de caráter interno, referentes a dados que são do conhecimento e da natureza dos serviços de controle e, dessa forma, levados ao conhecimento das autoridades julgadoras.

Diversa, no entanto é a hipótese em que estas informações são instruídas com documentos colhidos junto ao contribuinte ou terceiros; neste caso, estes elementos constituem provas documentais e, portanto, sujeitas às regras estabelecidas para a admissibilidade desses elementos probatórios. É indispensável, outrossim, se administradas no processo que se cumpra o contraditório, mediante a audiência das partes.”

Em conclusão como as provas que deveriam estar carreadas ao processo não foram reconstituídas, Anexos de 1 a 30, não havendo a demonstração de que os fatos geradores ocorreram, bem como do montante a ser exigido (quantum debeatur), entendo que o presente processo administrativo fiscal deva ser anulado. Outrossim, devo ater-me ao que consta no processo, aos elementos nele constantes e nunca às afirmações que as partes não possam comprovar.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 5489980/95, lavrado contra ESCRITA EQUIPAMENTOS PARA ESCRITÓRIOS LTDA.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR