

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 0198177100/93
<b>RECORRENTE</b>	- COBIL - COMERCIAL BRUMADENSE HILVANA LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0205-03/07
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ BRUMADO
<b>INTERNET</b>	- 14/09/2009

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0237-11/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. FALTA DE ELEMENTOS PARA DETERMINAR COM SEGURANÇA A INFRAÇÃO E O VALOR DEVIDO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A inexistência da prova material do cometimento das infrações imputadas ao sujeito passivo no lançamento de ofício e a impossibilidade de sua apresentação por conta do extravio dos documentos que embasaram as referidas imputações no decorrer do processo administrativo fiscal, objeto de reconstituição parcial, macula de vício insanável o ato de constituição do crédito tributário, por ausência de elementos suficientes para determinar, com segurança, o cometimento das infrações. Modificada a Decisão recorrida. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0205-03/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/1993 para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação, no valor de Cr\$20.533.563,32, relativos aos exercícios de 1990 a 1992, e Cr\$23.221,29, correspondente ao exercício de 1993, com aplicação da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2: Falta de retenção e de recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do ICMS devido relativo às saídas de mercadorias tributáveis destinado a contribuinte não inscrito no Cadastro do ICMS no valor de Cr\$2.087.980,59, com aplicação da multa de 60% - exercícios de 1991 e 1992;

INFRAÇÃO 3- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis caracterizada pela falta de registro na sua escrita fiscal das Notas Fiscais de nºs 965.250/965.251, no valor de Cr\$170.888,12. Consta na descrição dos fatos que o valor total das notas fiscais importou em Cr\$1.275.284,58, cuja TVA aplicada de 20%, e alíquota de 17%, resultou em ICMS devido no valor de Cr\$260.158,04, sendo deduzido o crédito fiscal no valor de Cr\$89.269,92, resultando em débito no valor de Cr\$170.888,12, com aplicação da multa de 150% e,

INFRAÇÃO 4- Mercadorias encontradas no estoque do autuado, desacompanhadas de documentação fiscal apurada através de levantamento físico de estoques de mercadorias (exercício aberto), no valor de Cr\$41.551,18. Consta na descrição dos fatos que foi aplicada a TVA de 40%, e alíquota de 25% gerando ICMS a recolher no valor de Cr\$14.551,18, com aplicação da multa de 150%.

No julgamento efetuado, informou preliminarmente o Relator de Primeira Instância que o presente processo administrativo fiscal foi reconstituído por ter sido extraviado, nos termos do arti-

go 119 e 120 do RPAF, através de trabalho de reconstituição realizado em conjunto pela SEFAZ e PGE/PROFIS, através de Comissão Especial de Reconstituição sob o nº 141456/2005-2.

Ainda em preliminar, consignou o Relator da JJF que não acata o pedido do sujeito passivo de arquivamento do processo sob alegação de ocorrência de prescrição, ao argumento de que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 05 anos contados da data da sua constituição definitiva, e, portanto, no presente processo, ainda não teria ocorrido tal situação, tendo em vista que a prescrição somente se efetiva quando o lançamento não possa mais ser contestado administrativamente, ou seja, na hipótese de ocorrência do trânsito em julgado na esfera administrativa. Pontuou que não basta somente o lançamento e sendo ele suscetível de pagamento ou impugnação pelo sujeito passivo, o crédito a que o lançamento se refere não é definitivo antes de julgada a impugnação, se esta tiver sido oferecida no prazo legal.

No mérito, manteve a procedência integral da autuação, afirmando que da análise das peças processuais observa-se que o sujeito passivo não trouxe ao processo as provas necessárias para elidir a imputação fiscal, nos termos do artigo 123 do RPAF/BA. Assevera que o autuado alega que não possui mais nenhum demonstrativo ou documento da auditoria realizada para contrapor o levantamento fiscal realizado e que os documentos requeridos constantes do presente PAF não se encontravam mais na empresa, em razão da ocorrência de assalto onde bens e documentos desapareceram; logo a conversão do presente processo em diligência não iria esclarecer as alegações defensivas.

Ao final, ressaltou que a multa aplicada para as infrações 3 e 4 no percentual de 150% deve ser reduzida para o percentual de 70%, em razão da alteração prevista na Lei nº 7.014/96, artigo 42, III da Lei nº 7.014/96, devendo retroagir em benefício do autuado.

Inconformado com o julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fl. 80 - onde requer o arquivamento do presente processo, ao argumento de que parte do Auto de Infração foi pago na data de 17/09/1993, quando da apresentação da defesa, conforme documento de arrecadação que acosta aos autos – fl. 81 – e que em relação ao saldo remanescente não concorda com o débito, pois, além de não o reconhecer, o prazo para sua cobrança já estaria prescrito.

A PGE/PROFIS, às fl. 86, inicialmente requer a conversão do processo em diligência para que a autuante se manifeste sobre o documento de arrecadação acostado aos autos pelo recorrente, para que o mesmo indique se de alguma forma o mesmo altera os valores apurados.

Em nova manifestação, a PGE/PROFIS, às fls.89, discorda da solicitação de diligência anteriormente sugerida por este órgão, por entender que consta do sistema SIGAT da SEFAZ a comprovação do ingresso do valor reconhecido pelo recorrente no Erário; sendo, assim, desnecessária manifestação da autuante. Manifesta-se, ainda, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente rechaçando a alegação de prescrição do crédito tributário, consignando que a prescrição refere-se ao direito de ação de cobrança judicial, o que somente pode ocorrer após Decisão administrativa definitiva, que resultará na expedição de título executivo. No mérito, consignou que a falta de provas do não cometimento das infrações solidifica o Auto de Infração. Assevera que em relação à imputação de falta de recolhimento do ICMS nas vendas para contribuintes não inscritos, sendo o autuado atacadista, por sua natureza não realiza vendas a consumidor final, e que, embora tenha emitido notas fiscais D-1, que se destinam a vendas a consumidor, pelas quantidades descritas resta claro que essas vendas se realizaram para contribuinte não inscrito, como acusa a autuação, sendo cabível a retenção na fonte.

## VOTO

Inicialmente devemos consignar que, como bem frisou a PGE/PROFIS, ao contrário do defendido pelo recorrente, não se operou a prescrição do crédito tributário, apenas possível de ocorrência

após ser proferida Decisão administrativa definitiva e extraída certidão de Dívida Ativa, título que respaldará a execução fiscal.

Por outro lado, após a análise dos documentos e elementos que compõem o presente processo, de logo devemos ressaltar que dos autos não consta nenhuma prova material que possa embasar as imputações levantadas pela fiscal autuante, o que provavelmente teve como causa o extravio integral do processo e junto com ele as peças originais que o compunham, ensejando um trabalho de reconstituição que, infelizmente, não logrou seu objetivo, pois a reconstituição foi apenas parcial, não sendo possível o levantamento dos documentos comprobatórios acostados pelo fiscal autuante e que embasavam as quatro infrações imputadas ao sujeito passivo.

E, não se diga que caberia ao sujeito passivo trazer as provas que elidiriam as infrações, posto que ao apurar na ação fiscal a existência de irregularidades, deve o fiscal autuante, ao lavrar o Auto de Infração, acostar ao mesmo os demonstrativos, levantamentos e provas, necessários a demonstração das imputações – portanto ônus que lhe cabe - nos termos do art. 28, § 4º, do RPAF/BA, abaixo transcrito:

*“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

***§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:***

***II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.”*** Grifos nossos.

Muito embora a JJF tenha entendido que caberia ao sujeito passivo ter trazido aos autos as provas visando elidir as exigências fiscais, aplicando a regra do art. 123 do RPAF/BA para manter “*in totum*” a autuação, entendemos que primeiramente deveria ter sido verificado pelos julgadores de Primeira Instância se as infrações imputadas no lançamento encontram-se devidamente robustecidas nos demonstrativos e documentos coletados pelo fiscal autuante na ação fiscal, como exige a legislação do processo administrativo fiscal, e, em seguida, verificar se as alegações do autuado visando desconstituir o lançamento estão devidamente acompanhadas de provas. Pelo que se infere dos autos – vide a informação fiscal original de fl. 53 – antes do extravio do presente processo administrativo fiscal o autuado apresentou defesa e anexou documentos para corroborar suas alegações. Portanto, o fato do sujeito passivo não ter apresentado estas mesmas provas ou outras após lhe ter sido reaberto o prazo de defesa depois da reconstituição do processo, ao argumento de que não mais detinha os referidos documentos, alegando extravio por assalto, não pode ser utilizado em seu desfavor, mormente pelo fato de que não deu causa ao extravio do processo.

A inexistência nos autos destes demonstrativos e documentos impossibilita ao julgador pronunciar-se sobre o mérito das exigências, já que indispensáveis para apreciação das acusações a análise das provas coletadas pelo fiscal autuante na ação fiscal que culminou com o presente lançamento de ofício e que as embasam, a exemplo dos documentos fiscais relacionados à infração descrita no item 1, com o fito de identificar se de fato os produtos neles constantes se submetem à substituição tributária e se correta a base de cálculo aplicada pela fiscal autuante (TVA); as notas fiscais serie D-1, ainda que em amostragem, vinculadas à infração 2, para verificação do quantitativo de mercadorias nelas constantes com o fito de apreciar se evidenciam intuito de revenda pelo destinatário; as cópias do Registro de Entradas do sujeito passivo e das notas fiscais que não teriam sido registradas, em relação à infração descrita no item 03, e o demonstrativo do levantamento de estoque – exercício aberto – efetuado pelo autuante, para a infração descrita no item 04.

Ora, à míngua da presença destes documentos, levantamentos e demonstrativos nos autos, não se vislumbra como este órgão julgador possa apreciar o mérito das imputações, sem que se fira de morte o princípio do devido processo legal; cabendo, assim, a decretação da nulidade do Auto de Infração epigrafado, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, abaixo transcrito,

nulidade esta a ser decretada de ofício, visto que em sua peça recursal o recorrente não deduz pedido neste sentido.

**“Art. 18. São nulos:**

**IV - o lançamento de ofício:**

**a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”.**  
Grifos nossos.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário e pela decretação de ofício da NULIDADE do Auto de Infração, modificando a Decisão recorrida.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 0198177100/93, lavrado contra **COBIL - COMERCIAL BRUMADENSE HILVANA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS