

PROCESSO	- A. I. N° 0281942102/95
RECORRENTE	- A PROVEDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (A PROVEDORA MÓVEIS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0399-01/09
ORIGEM	- IFEP - DAT/METRO
INTERNET	- 16/03/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0018-11/11

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. O crédito fiscal deve ser escriturado com base em documento fiscal idôneo, cuja apresentação ao Fisco é indispensável para comprovação de sua legitimidade. Processo extraviado e reconstituído com fulcro em posição da PGE/PROFIS. Acolhida arguição de prescrição do crédito tributário e a sua consequente extinção. Acolhida a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JJF - Acórdão JJF nº 0399-01/09, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o recolhimento do ICMS, no valor de R\$100.000,00, acrescido da multa de 60%, sob acusação de utilização indevida de crédito fiscal, sem qualquer justificativa plausível ou mesmo amparo documental.

O Auto de Infração em epígrafe, formalizado em 27/04/95, data na qual o contribuinte tomou ciência da lavratura, sendo intimado para recolher o débito reclamado ou apresentar defesa no prazo de 30 (trinta) dias a partir da ciência, sob pena de revelia.

O autuado não contestou a autuação nem tampouco efetivou o pagamento do valor exigido, tornando-se, consequentemente, revel, contudo o processo foi extraviado, impossibilitando o seu prosseguimento, inclusive inscrição na Dívida Ativa.

Em 01/02/2003 foi iniciada a reconstituição, conforme “Termo de Início de Reconstituição” (fl. 01), o qual consigna o amparo legal no art. 139-A da Lei nº 3956, de 11.12.1981 (Código Tributário do Estado da Bahia) e nos arts. 119 e 120 do Regulamento Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7629 de 09.07.1999.

A Comissão Especial de Reconstituição, constituída pela Portaria nº 01 PGE/SEFAZ, procedeu à reconstituição, e a PGE/PROFIS, considerando que o processo original se encontrava com registro de “revel” em relação à autuada, opinou pela sua intimação, abrindo-lhe prazo de 30 (trinta) dias para que, querendo, efetuasse o pagamento do Auto de Infração ou apresentasse defesa.

Tempestivamente, o sujeito passivo, representado por advogado legalmente constituído, apresentou impugnação (fls. 65 a 68), sustentando que o crédito tributário estaria extinto em face da ocorrência da prescrição, conforme o art. 174 do Código Tributário Nacional, a qual ocorreu desde 28/02/2000, muito antes tanto do início do processo de reconstituição (01/01/2003) como do ajuizamento da Ação Cautelar de Protesto (28/03/2005).

Pelo autuante foi prestada a informação fiscal (fls. 72/73), aduzindo que a defesa apresentada pelo contribuinte não fazia qualquer referência ao mérito da autuação, alegando simplesmente a ocorrência da prescrição para cobrança do crédito tributário, portanto mantida integralmente a autuação.

A JJF, após proceder descrição detalhada de todas as etapas do processo, desde a lavratura do Auto de Infração até a conclusão da reconstituição dos autos extraviados, bem como a abertura de novo prazo de defesa, amparado em Parecer PGE/PROFIS nº 108/2006, julgou no seguinte teor:

*“Observo que as determinações do Parecer acima referido foram atendidas, sendo intimado o contribuinte da reconstituição, inclusive, da reabertura do prazo de defesa de 30 (dias), assim como o autuante foi intimado*

para apresentar informação fiscal, sendo, posteriormente, o processo reconstituído remetido ao CONSEF para julgamento.

Ocorre que, o contribuinte ao apresentar as suas razões através de advogado legalmente constituído, sustentou que o crédito tributário está extinto em face da ocorrência da prescrição, conforme o art. 174 do Código Tributário Nacional, alegando que a prescrição ocorreu desde o dia 28/02/2000, muito antes de iniciado o processo de reconstituição em 01/01/2003 e muito antes de ajuizada a Ação Cautelar de protesto em 28/03/2005.

Como os argumentos defensivos dizem respeito à validade jurídica da reconstituição presidida pela PGE/PROFIS, inclusive, quanto aos efeitos da Ação Cautelar de protesto ajuizada, a 1ª JJF, no intuito de trazer os esclarecimentos necessários para realização do julgamento, converteu o processo em diligência àquela Procuradoria, a fim de que se pronunciasse sobre a ocorrência ou não da prescrição aludida pelo impugnante.

A resposta apresentada no Parecer da lavra da Ilustre Procuradora Sylvia Maria Amoedo Cavalcante trouxe o esclarecimento de que sob o aspecto da ação de protesto interposta pelo Estado os prazos estão suspensos por sentença proferida a favor do Estado e publicada em Diário Oficial, sendo as partes intimadas, portanto, quanto a essa preliminar estão resguardados os direitos da Fazenda.

Reportando-se sobre o mérito da autuação, consignou que os julgadores deveriam observar as peças de defesa e informação fiscal existentes nos autos, e decidirem pela improcedência da autuação ante as novas regras insertas na sistemática do ICMS.

Portanto, em conformidade com o Parecer acima referido, com o qual coaduno, não há que se falar em prescrição e, por consequência, em extinção do crédito tributário.

Assim, ultrapassada a discussão sobre a prescrição, cabe a análise do mérito da autuação.

Conforme descrição dos fatos no Auto de Infração trata-se de utilização indevida de crédito fiscal, sem qualquer justificativa plausível ou mesmo amparo documental, no valor de R\$ 100.000,00, com base de cálculo correspondente a R\$ 588.235,29, lançado a título de outros créditos, no Demonstrativo de Apuração Mensal, no mês de março, apresentando débito do imposto no valor de R\$ 325.418,09, crédito do imposto de R\$ 119.896,00, mais R\$ 101,81, referente crédito sobre energia elétrica, resultando imposto a recolher de R\$ 205.420,28, tendo efetuado recolhimento de apenas R\$ 105.420,28.

Verifico que no Termo de Encerramento de Fiscalização à fl. 44, consta que... “a ação fiscal iniciada em 20/04/1995, conforme termo de intimação lavrado contra o contribuinte, e desenvolvida em conformidade com a determinação da Secretaria da Fazenda – OPERAÇÃO SUSTENTAÇÃO DE RECEITA –tendo constatado, a vista dos livros e documentos apresentados no curso do procedimento fiscal, a seguinte irregularidade:” Há ainda o registro no mencionado termo de encerramento que: ...destacando-se, ainda, que foram devolvidos todos os livros e documentos apresentados no curso da ação fiscal.

A transcrição dos registros acima se torna necessária, no sentido de deixar claro que os autuantes apuraram o imposto apontado no Auto de Infração com base nos livros e documentos apresentados pelo contribuinte, não tendo este esboçado qualquer defesa no sentido de elidir a autuação. Contrariamente, no processo original – extraviado - nem apresentou defesa, motivo pelo qual foi considerado revel. Já no processo reconstituído – atual- se limitou a argüir a ocorrência da prescrição, não atacando em momento algum os valores apontados na autuação.

Constato que assiste razão aos autuantes quando contestam a afirmativa do autuado de que o valor objeto da autuação é relativo ao imposto destacado em contas de energia elétrica, haja vista que este não apresenta qualquer documentação comprobatória do alegado. Ademais, resta evidente que não houve glossa do crédito fiscal relativo à energia elétrica, conforme se verifica na descrição dos fatos do Auto de Infração, inclusive, porque foi mantido o crédito fiscal no valor de R\$ 101,81, referente à energia elétrica.

Acredito que o opinativo da PGE/PROFIS pela improcedência da autuação, tenha decorrido de um entendimento equivocado do autuado de que a glossa do crédito fiscal no valor de R\$ 100.000,00 seja referente à energia elétrica, quando, na realidade, a exigência fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$ 100.000,00, cuja origem não foi documentalmente comprovada pelo contribuinte. (grifei).

Diante do exposto, ultrapassada a questão da prescrição com fundamento na posição externada pela PGE/PROFIS, no mérito, considero subsistente a infração, tendo em vista que o contribuinte não observou a legislação do ICMS, especialmente o Regulamento do ICMS, ao utilizar indevidamente o crédito fiscal apontado na autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão proferida através do Acórdão JJF nº. 0399-01/09, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls.111 a 115), objetivando sua reforma.

Insurgiu-se contra as razões trazidas pelos julgadores, asseverando que, apesar do saber jurídico do Conselheiro relator, o recorrente passaria a demonstrar a verdadeira fundamentação de sua tese, que importa na improcedência da autuação.

De plano, arguiu a nulidade do Auto de Infração, com amparo na prescrição.

Argumentou que, apesar de o decisório de piso não ter admitido tal preliminar, válido levá-la ao Colendo Conselho, visando disciplinar a formalização do lançamento a cargo da Autoridade Administrativa do Estado.

Ocorre que a legislação estadual, em obediência à norma geral estatuída no CTN (arts. 142 e seguintes), estabelece, de modo expresso, os requisitos que devem constar do Auto de Infração, o qual se apresenta como meio utilizado para realizar o lançamento do tributo considerado devido em consequência de apuração fiscal feita contra determinado contribuinte.

Asseverou que, no caso versado, o Auto de Infração foi lavrado em 27/04/1995, com lançamento do valor histórico do ICMS de R\$100.000,00, referente a suposto crédito indevido, tendo, naquela mesma data, dado ciência ao contribuinte. Ocorre que o citado processo foi extraviado nas dependências da SEFAZ e por mais de 5 anos ficou paralisado, o que acarretou a sua prescrição, com fulcro no art. 174 do Código Tributário Nacional.

Repisou que, após a lavratura do Auto, em 27/04/1995, foi intimado para apresentar defesa em 30 dias, prazo esgotado em 27/05/1995, sem que a repartição tivesse recebido a impugnação, efetivando-se, assim, a constituição definitiva do crédito tributário no dia seguinte, 28/05/1995, logo a prescrição se consumou em 28/05/2000.

Prosseguindo, destacou que, em 01/02/2003, cerca de três anos após a prescrição, o Fisco, além de reconstituir o Auto, na forma da Lei nº 3956/91 e arts. 119/120 do Decreto nº 7.629/99, impetrhou Ação Cautelar de Protesto n. 666904-6/2005, ajuizada em 28/03/2005.

Conclui, requerendo que, diante da farta argumentação fática e jurídica produzida, nenhuma dúvida poderá subsistir, para que seja julgada totalmente nula a autuação, em face da prescrição.

A PGE/PROFIS (fls. 131/134), através de sua douta representante, Drª. Maria Helena Cruz Bulcão, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar que as razões nele expendidas, tangencialmente à prescrição, é de que o crédito tributário constitui-se definitivamente, quando esgotada a instância administrativa para o contribuinte, não podendo mais ele valer-se de recursos administrativos.

Dentro desse entendimento, manifestou que, em consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica, a contagem do prazo prescricional para propositura da ação de cobrança do crédito tributário ainda não tivera início, porquanto não encerrada a instância administrativa.

Confirmou a manutenção da autuação, em face da inocorrência da prescrição e, quanto ao mérito, por não ter sido ele contestado pelo recorrente.

## VOTO

Versa a irresignação do Recorrente sobre a Decisão da 1ª JJF, a qual, através do Acórdão nº 0399-01/09, julgou procedente o Auto de Infração supra identificado, disso resultando a exigência de ICMS, no valor de R\$100.000,00, acrescido da multa de 60%.

Como detalhadamente relatado, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após descrever a imputação como utilização indevida de crédito fiscal, considerou inaplicável à espécie a prescrição do lançamento tributário, incolhendo a preliminar suscitada e, como inexistia defesa meritória, condenou o sujeito passivo ao recolhimento do imposto, acrescido de multa.

Na mesma linha de argumento da impugnação, o contribuinte, na peça recursal, concentrou a sua defesa apenas na preliminar de nulidade do lançamento fiscal, amparando-se na ocorrência do instituto da prescrição do crédito tributário.

Analizando, detidamente, a proceduralidade, com a devida vénia, discordo do julgamento expressado no acórdão e, de igual sorte, do Parecer da Representante da PGE/PROFIS, pelas razões fático-jurídicas que passo a expor:

Com efeito, dispõe o Código Tributário Nacional, no seu artigo 174, *caput*, que:

“A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da sua constituição”

*definitiva”.*

Por sua vez, o RPAF/BA, no artigo 111, estatui:

*“Não sendo efetuado o pagamento do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal nem apresentada defesa no prazo legal, o sujeito passivo será considerado revel e confesso, ficando definitivamente constituído o crédito tributário, ressalvado o controle da legalidade.”*

*Parágrafo único. Verificada a situação de que cuida este artigo, a autoridade preparadora certificará o fato, lavrando o Termo de Revelia e encaminhando o processo para ser inscrito na Dívida Ativa, na forma prevista no artigo 113.”* (destaque do relator)

Assim é que, o teor da legislação antes transcrita regulamenta, de modo claro e objetivo, a hipótese da prescrição do crédito tributário para o caso sob comento.

Destarte, os documentos residentes nos autos não deixam dúvida de que, depois da lavratura do auto infracional, ocorrida em 27/04/1995, o contribuinte foi intimado para apresentar defesa em 30 dias, prazo esgotado em 27/05/1995, sem qualquer impugnação, efetivando-se, em estrita obediência à legislação pertinente, a constituição definitiva do crédito tributário no dia seguinte, ou seja, 28/05/1995, nesse contexto ocorrendo a prescrição do crédito no dia 28/05/2000, face o decurso do lapso de 5 anos.

O fato de o processo, antes de ter sido inscrito na dívida ativa, ter-se extraviado, destaque, na posse do próprio fisco, não garante ao Estado a dilatação do prazo prescricional, por ter se utilizado do expediente da reconstituição processual, ressaltado o aspecto de que a referida iniciativa só se deu em 01/02/2003.

Na mesma linha de raciocínio, a Ação Cautelar de Protesto formalizada pelo Estado, instrumento jurídico que poderia garantir a interrupção do prazo prescricional, também só foi ajuizada tardiamente (28/03/2005), logo em data bem posterior à consumação da prescrição.

Portanto, não há como se exigir qualquer crédito do recorrente, em razão dos fatos descritos na ação fiscal, frisando o detalhe que os extratos de consulta no Sistema de Informações da Administração Tributária (fls. 03, 06, 15, 21 e 30 do feito) confirmam a situação de “Revel”, e os documentos de fls. 07 e 31 ratificam que o contribuinte foi cientificado para apresentar defesa em 27/04/1995.

Concludentemente, evitando delongas desnecessárias e discordando dos entendimentos da JJF e do Parecer da PGE/PROFIS, face o teor dos elementos informativos coligidos, o meu voto é no sentido de acolher a preliminar suscitada, considerando plenamente aplicável ao caso a prescrição do crédito tributário e, por conseguinte, dando PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para julgar EXTINTO o crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso V do CTN.

## 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, considerar **PREJUDICADO** e, consequentemente, declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 281942102/95, lavrado contra **A PROVEDORA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (A PROVEDORA MÓVEIS)**, devendo o recorrente ser cientificado da Decisão e os autos encaminhados ao órgão competente para adoção das medidas necessárias.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS