

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0121/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - B.C.M. COMERCIAL ELÉTRICA E INDUSTRIAL LTDA. (ELÉTRICA SALVADOR)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27/06/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0112-12/12

EMENTA: ICMS. ALTERAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. Representação proposta de acordo com o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja alterado o valor do imposto exigido no Auto de Infração tendo em vista duplicidade de lançamento constatado nas infrações 1 e 2 que dizem respeito ao recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e à falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle de legalidade, após verificar a existência de vícios no presente Auto de Infração, propõe a este CONSEF que seja saneado o erro existente.

O Auto de Infração, lavrado em 23/09/2008, imputou ao autuado a falta recolhimento de ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de abril, junho a novembro de 2004, janeiro, março a outubro e dezembro de 2005

Em seu Parecer, a procuradora do Estado, Leila Von Söhsten Ramalho assim se posiciona, após descrever a infração à imputada empresa:

“Para o cálculo da mencionada infração, levou-se em consideração os valores constantes de notas fiscais de mercadorias adquiridas pelo contribuinte de fornecedores de outros Estados, em relação às quais não teria havido o recolhimento da mencionada antecipação parcial.

Sucedendo, todavia, que, após sucessivas diligências, restou evidenciado no feito (vide expediente de fls. 870) que uma significativa parte das Notas Fiscais utilizadas para a quantificação da autuação não consta do PAF, não tendo sido carreada ao processo e, assim, levada ao conhecimento do autuado.

Ora, o art. 130 do COTEB, II, dispõe que autuação se fará acompanhar “*dos demonstrativos e os levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido*” (grifos não originais). Por sua vez, o art. 46 do RPAF é expresso ao estatuir que na “*intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, serão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos*

elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha”.

É evidente, à luz dos dispositivos supra, que sendo, as Notas Fiscais em questão os documentos que serviram de suporte à apuração da infração, constituem, inequivocamente, elementos de prova indispensáveis “*à demonstração do fato argüido.*”

Consequentemente, deveriam acompanhar, desde o início, o Auto de Infração em tela, sendo a sua cópia disponibilizada ao sujeito passivo já na sua intimação inaugural para pagamento ou defesa, máxime quando se cuidam de Notas Fiscais não obtidas diretamente da própria escrita do contribuinte, mas sim de fornecedores deste ou de sistemas como SINTEGRA OU CFAMT, como é o caso.

Tal não foi, todavia, o que se deu nos presentes autos, em que, como já visto, os documentos em questão sequer constam do caderno processual, fato que configura inequívoco cerceamento de defesa, para o qual o autuado demonstra estar atento, vez que, em suas diversas manifestações nos autos, já vem, sistematicamente, apontando a circunstância acima mencionada, suscitando a nulidade processual, e impugnando as Notas Fiscais em tela, afirmando desconhecê-las e não reconhecê-las como válidas.

Destarte, configurado o vício, parece-me mais prudente corrigi-lo agora, ainda na esfera administrativa, do que vê-lo declarado em sede judicial, com provável condenação sucumbencial do Fisco. Por tal razão, impõem-se reconhecer **a nulidade parcial** da autuação, com a exclusão dos valores **que se relacionam às referidas notas fiscais não carregadas aos autos.**

Representa a este CONSEF e encaminha o processo à apreciação superior.

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS, dentro de sua competência legal, acolhe, sem reservas, o Parecer exarado pela nobre procuradora, que concluiu pela interposição de Representação ao egrégio CONSEF propugnando pela nulidade parcial do Auto de Infração.

Em face do exposto, encaminha a Representação ao CONSEF para a devida deliberação.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, por empresa enquadrada no SimBahia na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A autuação teve por base listagem do CFAMT acompanhada de vias das notas fiscais.

Quando do controle da legalidade, interpôs o autuado impugnação insurgindo contra a cobrança do imposto sobre inúmeras notas fiscais que disse desconhecer. A PGE/PROFIS, por diversas vezes, diligenciou os autos, na busca da verdade material dos fatos. Quando da última diligência, realizada pela ASTEC da PGE/PROFIS, ficou definitivamente constatado quais as notas fiscais autuados que não constavam do processo, as quais foram excluídas através de minucioso levantamento, como consta às fls. 871/889. No demonstrativo de débito (fl. 890) apresentado pelo fiscal autuante, o débito remanescente do Auto de Infração, após todos os expurgos, passou de R\$73.757,22 para R\$61.218,81.

O Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, no seu art. 130, II determina que Auto de Infração deverá ser acompanhado das provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos. Afora que o art. 46, do RPAF/BA expressa claramente que *na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.* E tudo isto visando

obedecer ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Diante da situação, embora entenda que a questão não envolve nulidade parcial do lançamento fiscal, faz-se mister o ACOLHIMENTO da Representação proposta para excluir da autuação os documentos fiscais cujas provas não constam dos autos e declarar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$61.218,81, conforme demonstrativo de débito colacionado à fl. 890 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS