



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 020.135.2004-2

Recurso HIE/CRF Nº 394/2016

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Recorrida: OLIVEIRA IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: DINALVA MARIA SILVEIRA OLIVEIRA

Relator: Cons. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

RECONSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTOS EXTRAVIADOS. AUSÊNCIA DAS PROVAS CARREADAS. ILIQUIDEZ E INCERTEZA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O fato infringente descrito deve estar provado, para que seja apurado se realmente ocorreu à infração denunciada. “In casu”, a reconstituição do processo, por motivo de extravio, não foi suficiente para garantir a exigibilidade tributária, diante da ausência de todos os documentos auditados pela fiscalização e àqueles apresentados na peça reclamatória, acarretando iliquidez e incerteza no lançamento indiciário, o que resultou na improcedência da acusação.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desproimento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 2001-000010543-09, lavrado em 31/5/2001, contra a empresa OLIVEIRA IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA., inscrita no CCICMS sob nº 16.107.677-7, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.E.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de fevereiro de

2017.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso hierárquico, interposto nos termos dos art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou improcedente o Auto de Infração nº 2001-000010543-09, lavrado em 31/5/2001 (fl. 3), 2013, às (fls.3/4), contra OLIVEIRA IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA., CCICMS: 16.107.677-7, em razão das seguintes irregularidades:

“A firma acima mencionada deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 11.415,92 (onze mil, quatrocentos e quinze reais e noventa e dois centavos) referente à utilização indevida de crédito do ICMS, demonstrado através do Levantamento da Conta Corrente ICMS, período de novembro/99 a março/2001. Falta de emissão de documentos fiscais de saídas, no valor de R\$ 13.820,99 (treze mil, oitocentos e vinte reais e noventa e nove centavos), dando origem a ICMS a recolher no valor de R\$ 2.349,57 (dois mil, trezentos e quarenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), detectados através do levantamento da Conta Mercadorias, exercício de 2000. Tudo conforme demonstrativos anexos e acrescidos da penalidade cabível”.

Em decorrência das acusações, a autuada foi enquadrada como infratora aos artigos 85, III; 158, I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, tendo a autuante procedido ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor de R\$ 13.765,49 e R\$ 27.530,98, de multa por infração, arrimada no art. 82, inciso V, alíneas “h” e “a” da Lei nº 6.379/96, constituindo crédito tributário no montante de R\$ 41.296,47.

Instruem os autos cópias xerografadas dos documentos originais que foram extraviados às (fls.4/73), sendo: Auto de Infração, Demonstrativo Crédito Indevido com Base de Cálculo Reduzida (Informática), Demonstrativo da Conta Corrente do ICMS, Reconstituição da Conta Corrente ICMS, incluindo Estorno de Créditos Indevidos, Demonstrativo da Conta Mercadorias.

Consta a informação da ciência, realizada de forma pessoal na peça exordial, em 12/6/2001 (fl.3), onde o contribuinte veio, de forma tempestiva, aos autos em 12/7/2001, apresentando peça reclamatória alegando, preliminarmente, que, quanto à acusação “utilização indevida de crédito do ICMS no valor de R\$ 11.415,92, houve engano da fazendária, porque parte destes produtos de informática foi efetuadas dentro do próprio Estado da Paraíba, e, neste caso, sobre a base de cálculo reduzida de 41.17%, a alíquota a ser aplicada é a interna no percentual de 17% (dezesete por cento).

Salienta, ainda, que a parte restante dos produtos de informática foram adquiridos nas Regiões Nordeste e Sul, e, neste caso, sobre a base de cálculo reduzida de 41.177%, as alíquotas a serem aplicadas são de 12% (doze por cento) e 7% (sete por cento), respectivamente.

Por estas razões, repudia veementemente a acusação, ora questionada, de forma que uma simples leitura no disposto no art. 32, inciso IX, c/c o art. 74, parágrafo único, incisos I e II, do RICMS/97, na parte relativa ao uso do crédito fiscal oriundo de produtos de informática, não teria cometido o equívoco de elaborar o Demonstrativo do Crédito Indevido Base de Cálculo Reduzida (Informática), inserto à fl. 12, dos autos, cheio de erros e falhas que comprometem substancialmente o crédito tributário ali consignado.

Discorre ainda sobre a utilização do saldo credor transferido pela autuante no mês de outubro/99 para o mês de novembro/99, no valor de R\$ 304,21 para R\$ 132,71, de forma que militam a favor da empresa que as entradas realizadas no mês de setembro/99, que deram origem ao saldo credor, são provenientes de produtos de informática adquiridos no Estado da Paraíba, cuja tributação ocorreu com 17% sobre a base de cálculo reduzida de 41.177%, correspondendo assim a 7% sobre o valor da Nota Fiscal, nos ditames do que preceitua o art. 32, inciso IX, do RICMS/97.

De outra banda, a autuante computou em duplicidade o montante do crédito fiscal considerado indevido no valor de R\$ 5.339,59, de forma que refazendo o procedimento o valor devido corresponde a R\$ 1.518,40.

No tocante à acusação “Falta de recolhimento de emissão de documentos fiscais de saídas detectadas pela técnica Conta Mercadorias”, aduz ser completamente improcedente. Ao observar o levantamento feito pela autuante no exercício de 2000, às fls. 14, dos autos, para proceder ao arbitramento do Lucro Bruto de 30%, verifica-se que esta computou as entradas de mercadorias tributáveis, isentas e/ou adquiridas para ativo fixo e mercadorias sujeitas à redução da base de

cálculo de 80%, constituindo um resultado irreal, conforme demonstramos nos documentos acostados às fls. 39/73.

Mais uma vez salienta a necessidade de redução da base de cálculo consoante dispõe o art. 31, inciso I, "a", do RICMS, acrescentando a necessidade de retiradas dos valores referentes às Notas Fiscais de nºs: 26496 e 2616, que dizem respeito a produtos isentos e mercadorias adquiridas para o Ativo Fixo da empresa, bem como as parcelas das Notas Fiscais de nos: 0335, 0373, 0401, 0402 e 0423, dos termos do que preceitua o art. 31, I "a" do RICMS/97 (docs. às fls. 76/80), e ainda deve ser excluída das Entradas a Nota Fiscal nº 4815, no valor de R\$ 90,00, referente à Devolução de Conserto.

Por fim, traz à colação Acórdãos dessa Corte Fiscal, reconhecendo ser devedora de parte ICMS apurado, requerendo a improcedência do auto de infração, como medida da mais alta e salutar justiça.

Contestando os argumentos defensuais, a autuante veio às fls. 15/16, afirmando que efetuou um trabalho dentro da legalidade, e que a empresa efetuava a redução da base de cálculo no percentual de 58,83%, e não 41,17% como previsão legal, de forma que os questionamentos trazidos na reclamatória não correspondem à verdade dos fatos.

Quanto ao levantamento da Conta Mercadorias, especialmente mercadorias destinadas ao Ativo Fixo, a reclamante não adquiriu produtos com essa finalidade, como demonstra o Livro Registro de Apuração do ICMS.

Pede, por fim, a manutenção do procedimento fiscal.

Ato contínuo, às fls. 17, consta Retorno para Saneamento, solicitado pela julgadora fiscal, Maria das Graças Donato Oliveira Lima.

Em seguida foi anexado Termo de Infração Continuada, lavrado em 12/12/2003, pelo AFTE Horácio Gomes Frade, e que segundo o fazendário substitui a peça exordial:

Exercício de 1999 – Falta de estorno de crédito – ICMS – R\$ 82,56 – Multa R\$ 165,12;

Exercício de 2000 – Falta de estorno de crédito – ICMS R\$ 1.077,99 – Multa R\$ 2.155,98

Exercício de 2001 – Falta de estorno de crédito – ICMS R\$ 196,55 – Multa R\$ 393,10.

Exercício de 2000 – Conta Mercadorias – ICMS R\$ 6.320,52 – Multa R\$ 12.641,04.

Exercício de 2001 – Conta Mercadorias – ICMS R\$ 5.581,52 – Multa R\$ 11.163,04.

Essa relatoria não constatou nos autos documento comprobatório da ciência do contribuinte ao Termo de Infração Continuada.

Posteriormente, em 19/1/2014, o contribuinte veio aos autos apresentar reclamação ao lançamento do crédito tributário constituído pelo Termo de Infração Continuada, alegando que o fazendário desvirtuou o teor do saneamento solicitado pela julgadora fiscal, modificando o Auto de Infração com infrações inexistentes na peça inicial.

Prolongando-se em suas razões defensuais, às fls. 31/33, o reclamante ratifica os termos da reclamação e pede a improcedência do Termo de Infração Continuada.

Consta à fl. 34, Parecer Fiscal elaborado pelo AFTE, José Jaidir da Silva, informando que o contribuinte solicitou baixa de sua inscrição estadual, tendo recolhido a quantia de R\$ 3.573,90, e que, com os livros auditados pela AFTE, Raquel Pereira, com relação ao uso do ECF nada foi detectado de irregular, manifestando-se favorável ao pedido de baixa.

Às fls. 35/36, compareceu o AFTE Horácio Gomes Frade contra arrazoando os argumentos defensuais, informando que o Termo de Infração Continuada foi lavrado com base nos dados da Ficha Econômica Financeira existente na Secretaria da Receita, pedindo por fim, a improcedência do lançamento.

Conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de processos Fiscais, os autos retornaram mais uma vez pelo saneamento solicitado pela julgadora fiscal, Maria das graças Donato Oliveira Lima, à fl. 38.

Sem informação de reincidência, os autos foram conclusos aquela Casa Julgadora, e encaminhados para apreciação do Coordenador da Corregedoria Fiscal da Secretaria de Estado da Receita, haja vista a comprovação de extravio do processo original.

Em retorno, foram distribuídos ao julgador fiscal, Anísio de Carvalho Costa Neto, que após análise minuciosa, decidiu pela NULIDADE, fundamentando sua decisão conforme explicitado abaixo:

CRÉDITO INDEVIDO – Utilização de crédito em proporção maior que o permitido em lei, resultando na falta de recolhimento do ICMS. CONTA MERCADORIAS – Constatação de lucro bruto em percentual inferior a 30% resultando em infração à legislação em vigor e na constatação de falta de recolhimento do ICMS. RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DAS MULTAS APLICADAS. RECONSTRUÇÃO DO PROCESSO COM SUPRESSÃO DE INÚMEROS DOCUMENTOS ACARRETANDO A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A supressão de documentos do processo original fere de morte a pretensão do Estado em lançar crédito tributário.

Reformadas as sanções aplicadas, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Cientificada da decisão da primeira instância, pelo Edital nº 017/2014- NCCDI/RRJP, publicado no DOE em 25/3/2014, (fl.57), a autuada não se manifestou nos autos.

Remetidos os autos a esta casa, ocorreu sorteio e distribuição dos autos à Conselheira Domênica Coutinho Souza Furtado, que decidiu a matéria em sede de recurso hierárquico dando provimento com a consequente anulação da sentença monocrática, conforme fundamento exposto no Acórdão CRF 493/2015, abaixo transcrito:

EXTRAVIO. RECONSTITUIÇÃO DOS AUTOS. NULIDADE DA SENTENÇA. RECURSO HIERÁRQUICO PROVIDO.

Reputa-se equivocada a sentença de primeiro grau que, ao decidir pela nulidade do auto infracional, não observou que o processo foi objeto de reconstituição processual, tendo em vista a perda do processo original. Constata-se nos autos peças processuais, que fundamentam a acusação posta na peça exordial, bem como as reclamações trazidas quando do lançamento inicial e da lavratura do Termo de Infração Continuada, suficientes para firmar decisão sobre a lide. A decisão que assim se apresenta não observa o requisito da fundamentação de fato e de direito, legalmente estabelecidos para sua formalização válida, devendo, por essa razão, ser declarada nula, para que os autos retornem à instância prima, com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei, após o exame dos questionamentos trazidos pelas partes, se superada a análise dos aspectos formais dos lançamentos de ofício.

Após as notificações de praxe, a repartição preparadora remeteu os autos processuais à GEJUP, sendo distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, para análise e devida decisão.

A julgadora monocrática solicitou, em diligência, a ciência do contribuinte acerca da restauração dos autos, conforme dilação do artigo 35, §4º, I, da Lei nº 10.094/2013. Ciência realizada através do Edital nº 33/2016, publicado em 14 de maio de 2016.

Em 22/8/2016, foi proferida a decisão ao fundamento de ser improcedente a exigência fiscal, diante da ausência de provas e dos documentos extraviados colecionados na pela reclamatória, conforme teor decisório constante às fls. 75 a 89 dos autos.

Cientificada, regularmente, da decisão singular, por Edital publicado em 28/9/2016, foram os autos remetidos, em sede de recurso hierárquico, para esta Corte Colegiada, com distribuição, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

VOTO

A matéria em discussão, já fora objeto de julgamento anterior, tendo, agora, o desfecho monocrático tomado o rumo da improcedência dos lançamentos de ofício que denunciam duas infrações, cujas descrições constam no relatório supra, ao fundamento de ausência de todos os documentos trazidos pela fiscalização e pela reclamante nos autos originais e que foram extraviados, situação que motivou cerceamento de defesa pela ausência de provas da acusação.

Verifica-se que o presente processo trata-se da reconstituição do Processo Administrativo Tributário nº 020135/2004-2, promovido pela Corregedoria Fiscal no âmbito desta Secretaria, por motivo de extravio dos autos originais.

No tocante aos fundamentos que balizaram a decisão de improcedência do feito fiscal, não resta dúvida que a legitimidade processual teve seu devido e regular curso normal comprometido e prejudicado pela carência de materialidade da denúncia, diante da ausência de provas processuais que foram extraviadas e não recuperadas, tanto da parte da fiscalização como da parte do contribuinte, em sua defesa apresentada à época dos fatos processuais.

Sabe-se que no processo administrativo tributário, os autos devem conter toda a documentação do

que foi produzida durante o procedimento de auditoria e feito ao longo da instrução, constituindo instrumento fundamental para a jurisdição. Tanto é assim, que a sua destruição, extravio, inutilização, desaparecimento ou subtração impõe a restauração como matéria de ordem pública.

Prevê o artigo 35, da Lei nº 10.094/2013 (Novo PAT) a restauração processual, incumbindo a Corregedoria Fiscal do feito, conforme se extrai abaixo:

Art. 35. A restauração ou reconstituição de Processo Administrativo Tributário que por qualquer circunstância tenha sido extraviado, destruído ou do qual tiver sido peça subtraída ou adulterada, caberá à Corregedoria Fiscal da Secretaria de Estado da Receita.

§ 1º Na hipótese de o autor do feito possuir cópias dos elementos que embasaram o Auto de Infração serão estas anexadas e utilizadas para suprir os originais.

§ 2º Havendo necessidade de confirmação da validade ou autenticidade da cópia referida no § 1º deste artigo, o chefe da repartição preparadora ou a autoridade julgadora solicitará a realização de diligência visando confirmar, suprir ou reconstituir os elementos pertinentes.

§ 3º Poderão ser inquiridos sobre o processo a ser restaurado ou reconstituído todos os interessados, bem como, servidores, auditores fiscais e demais pessoas encarregadas da instauração, preparo, instrução ou tramitação do mesmo.

§ 4º Tratando-se de processo contencioso:

I - uma vez concluída a restauração ou reconstituição, os interessados serão cientificados da ocorrência, na forma desta Lei, reabrindo-se, se for o caso, o prazo para impugnação ou recurso, para que se manifestem no prazo legal;

II - a manifestação do sujeito passivo poderá consistir na simples apresentação de cópia da impugnação ou recurso, anteriormente formulada.

§ 5º Na impossibilidade da reconstituição, os responsáveis pela destruição, extravio ou adulteração dos autos originais, responderão pelo valor do débito atualizado e acréscimos legais, inclusive multa.

§ 6º Sendo servidor público o responsável pela destruição, extravio ou adulteração dos autos, ficará sujeito, também, a processo disciplinar, e, se comprovado dolo, o fato será comunicado ao Ministério Público para instauração do processo criminal correspondente.

Assim, o processo de restauração só tem realmente início regular quando as partes são intimadas. É fórmula essencial, cuja inobservância gera nulidade absoluta. Suprida aqui através da ciência da autuada, realizada através do Edital nº 33/2016, publicado em 14 de maio de 2016.

Ao debruçarmos às folhas referentes ao processo primitivo, constata-se a falta de todas as provas trazidas aos autos pelo contribuinte em ambas as peças reclamatórias apresentadas, como se pode ver, por exemplo, às fls. 10, no primeiro parágrafo: “(DOC. n.º: 01 a 08)” e, no segundo parágrafo:

“(DOC. n.º: 09 a 19)”, que remetem a inúmeros documentos subtraídos do auto original.

A doutrina é farta de ensinamentos, quando leciona que o processo administrativo é figura indispensável no controle de mérito e da legalidade dos atos administrativos. A atividade fiscalizadora da Administração Tributária nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, desta feita, é garantido ao contribuinte o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, por ventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao judiciário.

Mais ainda, é de conhecimento amplo nos que militam no direito administrativo que o processo administrativo sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. O princípio da verdade material decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais aproximada da realidade dos fatos.

Neste contexto, comungo com a julgadora singular quando proferiu que: *“A prova ocupa lugar importante na garantia dos interesses tutelados, interferindo de forma direta no convencimento do juízo sobre os fatos colacionados nos processos. A demonstração cabal dos fatos trazidos pelas partes permite que o juiz determine a prestação jurisdicional que seja mais adequada a cada caso concreto. A finalidade do julgamento é ter sua decisão embasada em fundamentos legítimos perante a sociedade, satisfazendo a tutela jurisdicional perquirida e restaurando o equilíbrio social perdido com o surgimento de determinada lide”*.

É de se verificar, também, que a jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual muito diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam perquiridas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir um julgamento justo, desprovido de parcialidades.

Pelas considerações tecidas, vejo prudente o decisório primário de improcedência visto que a questão é de se dizer que, tendo a própria Secretaria de Estado da Receita dado causa ao extravio dos autos, considerar procedentes as acusações diante da ausência das provas documentais trazidas pela fiscalização, quanto pela defesa nas peças reclamatórias, viola direito fundamental do contribuinte e provoca lesão da ordem jurídica constituída.

Frise-se ser imprescindível a juntada nos autos daqueles documentos que sejam considerados cruciais para possibilitar ao julgador formar convencimento sobre a querela, como é o caso dos

documentos apresentados na peça reclamatória pela defendente, capazes de elidir as infrações denunciadas na inicial e no Termo de Infração Continuada.

Como bem demonstrou a julgadora monocrática, o procedimento fiscal, que gerou as acusações, perdeu a consistência necessária ante a ausência de provas capazes de estabelecer o elo de efeito e causalidade diante do vazio processual estabelecido, prejudicando a liquidez e certeza do crédito tributário.

Além da precariedade de provas materiais que pudessem embasar os fatos apurados, também se evidencia a lavratura de um Termo de Infração Continuada que buscou substituir as acusações originais, dando mais incerteza e iliquidez ao crédito tributário apurado, razão que compromete a plena legitimidade dos lançamentos originais, pois como bem colocou a nobre julgadora singular, não consta dos autos qualquer documentação fiscal e contábil que tenha apoio em prova material que a sustente, o que leva a sucumbência das acusações, conforme fundamentou a sentença singular.

Seguindo a mesma linha de entendimento, este Conselho assim já se manifestou:

PROVA

Insustentável denúncia de irregularidade, sem fundamentação legal. Prova a cargo do sujeito passivo, invalidando o feito fiscal. Mantida a decisão recorrida.

Recurso Obrigatório Desprovido

Acórdão nº 3.523/96 - Decisão unânime de 20-12-1996

Relator: Cons. Antônio Humberto de Vasconcelos

Dessa forma, verifica-se a falta de repercussão tributária na análise fiscal, motivo que me faz comungar com a decisão singular, que atestou a iliquidez e incerteza do crédito tributário exigido para a denúncia ora em comento, considerando-a improcedente.

Portanto, chancelo a decisão firmada que improcedeu o lançamento indiciário.

Isso exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 2001-000010543-09, lavrado em 31/5/2001, contra a empresa OLIVEIRA IMPORTAÇÃO & EXPORTAÇÃO LTDA., inscrita no CCICMS sob nº 16.107.677-7, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de fevereiro de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator