

PROCESSO - A. I. Nº 269107.0010/99-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GÊMEOS COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/09/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0304-11/07

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ILEGALIDADE. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Havendo, nos autos, provas robustas de que o contribuinte não efetuou as operações que dão lastro à autuação, é de ser acolhida a representação proposta pela Procuradoria Geral do Estado, evitando-se, assim, a perpetuação de uma ilegalidade que remonta ao nascedouro do lançamento de ofício. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, inciso II, parágrafo primeiro, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), aduzindo a existência de ilegalidade flagrante no presente Auto de Infração, através do qual o Fisco pretende a cobrança de ICMS no valor de R\$10.061,50, em razão da falta de recolhimento do imposto referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios (Notas Fiscais nºs 246, 247, 248 e 249 – Data da ocorrência: 31.05.99).

Aduz, a digna representante da PGE/PROFIS, que, conquanto o contribuinte tenha deixado transcorrer *in albis* o prazo de defesa, ensejando a decretação de sua revelia, juntou aos autos a declaração de fl. 99, através da qual informou que encerrou suas atividades em dezembro de 1997, quando teve sua inscrição cancelada, conforme publicação em Diário Oficial.

Ademais, o contribuinte asseverou que a única operação que realizou com a Prefeitura Municipal de Jequié ocorreu no exercício de 1997, tendo em seu poder, intactas, as Notas Fiscais nºs 246, 247, 248 e 249, que supostamente materializam as operações objeto da autuação.

Consigna que, após as informações prestadas pelo contribuinte, determinou-se a realização de diligências, a partir das quais foram juntadas aos autos declaração fornecida pela Prefeitura de Jequié, no sentido de que não manteve nenhuma operação comercial com o autuado durante todo o exercício de 1999 (fl. 105), e as vias originais das notas fiscais objeto da autuação (fls. 106/109), efetivamente não utilizadas.

Em face dessas diligências, foi proferido o Parecer INFIP de fl. 118, segundo o qual não existem nos autos elementos suficientes que comprovem que a empresa autuada foi responsável pelas notas fiscais objeto da autuação.

Aduz que constam dos autos provas bastantes para que se possa sustentar não ter o contribuinte praticado as operações que ensejaram ao Auto de Infração, esclarecendo que não se está diante da clássica hipótese de notas fiscais colhidas no CEFAMT, em que o contribuinte simplesmente nega genericamente a prática da infração, pois, neste caso, além da negativa do contribuinte, há, nos autos, declaração do próprio destinatário da mercadoria, que é pessoa jurídica de direito público, além de terem sido colacionados os originais dos referidos documentos.

Nestes termos, pede a extinção do débito.

O ilustre Procurador Chefe da PGE/PROFIS, no despacho de fl. 127, acolheu a representação apresentada, pedindo a sua apreciação por este Conselho de Fazenda, tendo em vista que o lançamento de ofício não possui lastro probatório necessário à imputação infracional.

VOTO

Como curial, o lançamento de ofício há de estar devidamente embasado nas provas suficientes a determinar, com segurança, o infrator e a infração, como, aliás, dispõe, expressamente o RPAF, *in verbis*:

“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:

(...)

VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;

(...)

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

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;

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

A ausência das provas necessárias para que se possa traduzir em segurança a exação fiscal conduz o lançamento à anulação. É o que diz o referido regulamento:

“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;”.

In casu, o presente Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS supostamente não recolhido, relativo a operações não escrituradas nos livros próprios, materializadas nas Notas Fiscais de nºs 246, 247, 248 e 249 (fls. 07/10), que foram emitidas pela empresa autuada, tendo como destinatária a Prefeitura Municipal de Jequié, todas datadas de 05.05.1999.

Ocorre que, mesmo após ter sido decretada a sua revelia, a empresa autuada compareceu aos autos, declarando, às fl. 99, que encerrou suas atividades desde o ano de 1997 e que a sua única transação com prefeitura ocorreu em 17.09.1997, conforme Nota Fiscal nº 0019, no valor de R\$96,00, que se refere a mercadorias destinadas à Prefeitura de Lauro de Freitas. Sendo assim, afirmou desconhecer as operações objeto da autuação.

Tais alegações robusteceram-se com a juntada aos autos da declaração de fl. 105, emitida pela própria Prefeitura de Jequié, suposta destinatária das mercadorias, na qual informa não ter realizado qualquer operação com o autuado no ano de 1999. Ademais, colacionou-se aos autos as notas fiscais de fls. 106/109, que possuem a mesma numeração daquelas tratadas no Auto de Infração sob exame e não foram utilizadas pelo contribuinte, justamente em razão do encerramento de suas atividades.

Nas circunstâncias, resta evidente que o autuado não realizou as operações consubstanciadas nos documentos fiscais que dão lastro à autuação, não podendo, pois, subsistir a cobrança

engendrada por conduto do presente PAF. Ainda que se entenda de modo diferente, ou seja, mesmo que se conclua pela inexistência de elementos suficientes à descaracterização da infração, é forçoso reconhecer, no mínimo, que o presente auto não possui lastro probatório que autorize o lançamento realizado, como, aliás, concluiu a INFIP, na informação de fl. 118, *in verbis*:

“Diante dos fatos apresentados e após investigações preliminares, não dispomos de elementos suficientes que comprovem que a empresa Gêmeos foi a responsável pela emissão das notas fiscais 249 [rectiu, 246], 247, 248 e 249 objeto do Auto de Infração”.

Por oportuno, recomendo a remessa dos autos à PGE/PROFIS para que sejam extraídas fotocópias dos documentos necessários, enviando-os ao Tribunal de Contas dos Municípios, para que, no exercício de sua competência, averigüe se as referidas despesas foram consideradas pela pessoa jurídica de direito público, nas contas apresentadas.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação, no sentido de que seja EXTINTO o crédito tributário decorrente do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARVOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS