

PROCESSO - A. I. Nº 298636.5559/06-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ELIEL EVANGELISTA DE MENEZES (MERCADINHO MENEZES)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 19/02/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0027-11/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com fundamento no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para decretação de nulidade da autuação por existência de “vício insanável” comprovado, tendo em vista a ausência de elementos suficientes que permitam caracterizar a infração imputada ao sujeito passivo. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face ao Controle da Legalidade, exercido pelo órgão, propondo que o CONSEF declare a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, que foi lavrado em 15/11/2006, com a imputação de falta de recolhimento do ICMS nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, sem que tenha sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Intimado, e transcorrido o prazo legal, o autuado não se manifestou, razão da lavratura do Termo de Revelia (fl. 21) e remessa do PAF para a Procuradoria Fiscal.

Na Representação proposta, os ilustres Procuradores, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos e Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, narram, inicialmente, sobre a competência do órgão para exercer o controle da legalidade no feito e apresentar a presente representação, asseverando que a legislação atribui à Procuradoria Fiscal a competência para opinar no processo administrativo fiscal, inclusive com vistas à inscrição na Dívida Ativa estadual.

Meritoriamente, os Procuradores admitem que o exame do processo não deixa margem a dúvidas acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal, inexistindo nos autos documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que o autuado transportava mercadoria sem o pagamento do ICMS respectivo.

O Auto de Infração foi lavrado no trânsito, contudo não consta da ação fiscal o Termo de Apreensão de Mercadoria, alegando o autuante que não houve acesso ao caminhão transportador, pois o mesmo evadiu-se nas proximidades do Posto Fiscal. Inexistiu o flagrante da falta de recolhimento do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária, existindo, apenas, um flagrante não comprovado.

O auditor fiscal utilizou cópias de notas fiscais obtidas junto ao Posto Fiscal de outra unidade da Federação para fundamentar a presente autuação, mas elas não são suficientes para comprovar que o contribuinte não recolheu o ICMS na primeira repartição fiscal do percurso.

Conclui o Parecer dos Procuradores, aduzindo que o procedimento fiscal encontra-se eivado de vício insanável, pois inexitem nos autos dados que permitam concluir que o sujeito passivo tenha cometido, de fato, a infração que lhe é imputada.

Assim, representam ao CONSEF visando a declaração de nulidade do Auto de Infração em comento.

À fl. 33 dos autos reside o despacho da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS aprovando a Representação, visto que vislumbrado vício insanável a ensejar a nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Cuida o Auto de Infração de exigência do ICMS incidente sobre a operação com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, não tendo sido efetivada a retenção pelo remetente, nem o recolhimento na primeira repartição fazendária do Estado, no trânsito da carga, tendo a presente Representação por objeto a declaração de nulidade do lançamento fiscal.

Após análise das peças processuais, especialmente do Auto de Infração (fls. 01 e 02), do Parecer da PGE/PROFIS (fls. 30 a 33) e da Informação Fiscal prestada pelo autuante (fl. 25), constato que o agente fiscal valeu-se de cópias de Notas Fiscais, obtidas junto ao Posto Fiscal de outra unidade da Federação, para impor a Ação Fiscal em análise, confirmando que não teve acesso à mercadoria.

Nesse contexto, inexistindo o flagrante da situação irregular no trânsito de mercadoria, fato que lhe impossibilitou a lavratura do Termo de Apreensão, peça fundamental para materialização da infração.

Resta, então, evidente que, consoante o art. 28, IV, do RAPF, não foram produzidos documentos ou elementos informativos necessários para a constituição da prova material de infração, sendo insuficientes os fatos acostados pelo autuante para comprovar a falta de recolhimento de ICMS na operação denunciada, denotando acusação de um flagrante não comprovado.

Do exposto, entendo incensurável e, em estrita consonância com as normas legais o entendimento da PGE/PROFIS, sustentando a nulidade do Auto de Infração em comento, na medida em que se encontra caracterizada, no procedimento fiscal sob estudo, a existência de vício insanável.

Concludentemente, Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, a fim de declarar a NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe.

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, 16 de janeiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS