

PROCESSO - A. I. N° 110085.0109/07-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMCIN - COMÉRCIO, INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA. (COMCIN COMÉRCIO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 09/12/2008

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0415-11/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA TERCEIRA INFRAÇÃO. Representação alicerçada no art. 119, II, c/c art. 136, § 2º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, visando à decretação de nulidade da infração 3, fundamentada no fato de que não consta nos autos qualquer intimação dirigida ao autuado de forma a corroborar a ocorrência da infração, o que a inquia de vício insanável comprovado, que contamina a infração 2, cuja ocorrência relaciona-se diretamente ao item objeto da representação analisada. Representação **ACOLHIDA** e, de ofício, decretada a **NULIDADE** da infração 2. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, embasada no artigo 119, inciso II, § 1º, c/c artigo 136, § 2º, todos da Lei n° 3.956/81 (COTEB), em face do Controle da Legalidade exercido pelo Órgão, consoante previsionado no artigo 31-A, inciso I, da Lei n° 8.207/02, com a redação introduzida pela Lei Complementar n° 19/03, visando a declaração da nulidade da infração intitulada como n° 3 do Auto de Infração epigrafado, na qual se exige multa pela seguinte imputação: "*Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado.*"

Consta a imputação da prática de três infrações, inexistindo defesa tempestiva, o que motivou a lavratura do termo de revelia de fl. 45 e o encaminhamento do processo à GECOB para, após saneado, ser inscrito na dívida ativa.

Naquela oportunidade, a GECOB elaborou despacho enviado à INFRAZ VAREJO (fl. 47), para que o fiscal confirmasse qual o valor correto do item 6 da infração 1, já que havia divergência entre o existente no Auto e o constante no Sistema.

Assim, o autuante, à fl. 49, prestou a informação solicitada, explicitando o valor real da infração, o que acarretou a redução do valor total da autuação, seguindo, então, o PAF para a PGE/PROFIS, com a finalidade de se proceder o controle da legalidade, antes da inscrição na dívida ativa.

As Dr.^{as} Maria Helena Cruz Bulcão, Maria Dulce Baleiro Costa e Rosana Maciel Bittencourt Passos apresentaram Parecer aduzindo que apenas a infração 3 é objeto da Representação, dizendo respeito à falta de apresentação dos livros Registro de Entrada de Mercadorias, de Apuração de ICMS, Inventário e Termos de Ocorrências, embora tenha a empresa sido regularmente intimada, o que foi descrito pelo autuante no próprio campo da infração (fls. 2).

Sustentam, inicialmente, a competência da Procuradoria Fiscal para exercer o controle da legalidade, no processo administrativo fiscal, com vistas à inscrição na dívida ativa estadual.

No tocante ao mérito, manifestam que o exame do processo não deixa dúvida acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal, asseverando textualmente que "*inexistem nos autos dados que permitam concluir que a autuação não foi fruto de presunções do fiscal autuante, bem*

assim provas materiais que possuam o condão de sustentar a tese de que o autuado, **regularmente intimada**, deixou de apresentar os livros fiscais, donde se conclui que o procedimento fiscal encontra-se eivado de vício insanável.”

Nesse passo, representam ao CONSEF, para que seja declarado nulo o item 3 do Auto de Infração sob análise.

A Dra. M.^a Olívia T. de Almeida, procuradora designada revisora, em despacho proferido à fl. 57 do feito, acompanhou o Parecer de fls. 54/56, exarado pelas ilustres procuradoras do Estado já identificadas, e confirmou o entendimento de que a falta nos autos de qualquer intimação inquina a autuação de vício e enseja a declaração de nulidade da infração, conforme estabelecido no art. 18 do RPAF/BA.

Finaliza, opinando pela remessa deste PAF ao CONSEF, segundo a regra do § 1º, do art. 119, do COTEB.

O Dr. José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, no próprio despacho de fl. 57 da proceduralidade, apõe o “De acordo”, ratificando os posicionamentos anteriores, no sentido da necessidade de interposição de Representação ao CONSEF.

VOTO

Versa o Auto de Infração sobre a imputação de três infrações ao contribuinte, sendo que, em relação à infração denominada 3, a qual se aplica multa no valor de R\$90,00, por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da falta de apresentação de documentos e livros fiscais, quando regularmente intimado, foi encaminhada Representação ao CONSEF, em face da constatação, pela Procuradoria, de vício insanável, capaz de nulificar a aludida increpação.

Do exame da proceduralidade, fácil é perceber a inexistência de qualquer documento que comprove ter sido o autuado regularmente intimada para apresentação de livros e documentos fiscais, aspecto esse que se apresenta necessário e indispensável, pois, caso ciente, e não atendida a determinação, justificada estaria a imputação rotulada como de nº 3 na espécie concreta.

Com efeito, a análise conjunta do Parecer opinativo da PGE/PROFIS (fls. 54/56), dos documentos acostados ao feito e, sobremodo, do despacho de fl. 57, ratificado pelo procurador assistente, permite, com segurança, se afirmar que não há nos autos qualquer intimação dirigida ao autuado, que embasasse a ocorrência da citada infração, o que implica, indiscutivelmente, em vício insanável, ensejando a declaração de nulidade, de acordo com a regra estabelecida no art. 18 do RPAF/BA.

Neste contexto, inexistindo a “regular intimação”, na forma previsãoada na legislação pertinente ao ICMS, revela-se flagrantemente ilegal a aplicação de multa ao sujeito passivo por descumprimento de determinação de que não teve conhecimento.

Outrossim, a nulidade agora proclamada contamina, também, o item 2 do Auto de Infração sob comento, porquanto nesta infração foi lançado ICMS em decorrência de suposta omissão de saídas de mercadorias contatadas através da falta de registro de documentos fiscais nos livros próprios.

Ora, para que o auditor verificasse que não houve lançamento de notas fiscais nos livros próprios, era necessário intimar o contribuinte a apresentá-los e, ainda proceder ao estudo de seu conteúdo, o que, como visto, não ocorreu.

Ademais, da análise do demonstrativo de fl.25, constata-se que o autuante fez um arbitramento de base de cálculo, sem conceder os créditos devidos ou comprovar a ocorrência de quaisquer das hipóteses autorizadoras constantes do art. 937, do RICMS, que previsiona, *in verbis*:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar

o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

- I** - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;
- II** - omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento;
- III** - lançamento ou registro fictício ou inexato, na escrita contábil ou na fiscal;
- IV** - falta de emissão de documento fiscal a que esteja obrigado o contribuinte, ou emissão em desconformidade com a operação realizada;
- V** - declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias;
- VI** - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, processo mecanizado, máquina registradora, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), inclusive na condição de emissor autônomo, de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;
- VII** - transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea;
- VIII** - utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem;
- IX** - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado.

Parágrafo único. As ações e omissões descritas nos incisos II e III só autorizam o arbitramento da base de cálculo quando a escrituração fiscal ou contábil do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias, ou valor dos serviços prestados, conforme o caso.

Ante o exposto, evitando delongas desnecessárias, por considerar que o vício apontado pela PGE/PROFIS, torna NULA não só a infração de nº 3 do Auto de Infração epigrafado, mas também a de nº 2, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação apresentada, e, de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, que pode e deve ser conhecida por este CONSEF, independentemente de provocação das partes e dos limites da Representação formalizada, até mesmo em atenção aos princípios da celeridade processual e eficiência, cumprindo o ônus de depurar o crédito tributário, decreto a NULIDADE do item 2 da aludida autuação.

Isto posto, devem ser integralmente excluídos da autuação em comento as infrações de nºs 2 e 3, remanescendo o débito no valor de R\$1.050,00, conforme o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DO AUTO DE INFRAÇÃO									
Seq.	Infr.	Código	Grp.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Aliq. (%)	Vlr. Histórico	Multa (%)	Vlr. Julgado-CJF
1	1	02.09.01	P	31/01/2002	09/02/2002	17	25,00	50	25,00
2	1	02.09.01	P	28/02/2002	09/03/2002	17	25,00	50	25,00
3	1	02.09.01	P	31/03/2002	09/04/2002	17	50,00	50	50,00
4	1	02.09.01	P	30/04/2002	09/05/2002	17	50,00	50	50,00
5	1	02.09.01	P	31/05/2002	09/06/2002	17	50,00	50	50,00
6	1	02.09.01	P	30/06/2002	09/07/2002	17	50,00	50	50,00
7	1	02.09.01	P	31/07/2002	09/08/2002	17	100,00	50	100,00
8	1	02.09.01	P	31/08/2002	09/09/2002	17	100,00	50	100,00
9	1	02.09.01	P	30/09/2002	09/10/2002	17	150,00	50	150,00
10	1	02.09.01	P	31/10/2002	09/11/2002	17	150,00	50	150,00
11	1	02.09.01	P	30/11/2002	09/12/2002	17	150,00	50	150,00
12	1	02.09.01	P	31/12/2002	09/01/2003	17	150,00	50	150,00
13	2	05.05.03	P	31/03/2003	09/04/2003	17	155.055,26	70	0,00
14	4	16.04.01	M	31/03/2003	09/04/2003	0	90,00	0	0,00
TOTAL							156.195,26		1.050,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e, de ofício, decretar **NULA** a infração 2 do presente Auto Infracional.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2008.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS