

PROCESSO - A. I. Nº 2068820907/07-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - NCG COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (MIX ALIMENTOS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29/12/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0431-11/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. QUINTA E SEXTA INFRAÇÕES. Representação proposta com base no artigo 119, II, § 1º, c/c art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade das infrações 5 e 6 do Auto de Infração, em virtude de ter havido exigência em duplicidade de penalidade sobre um único fato gerador das obrigações tributárias acessórias imputadas ao contribuinte. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Representação em apreço elaborada pelas is. Procuradoras da PGE/PROFIS, é conduzida a este CONSEF, consignando em seu objeto a presença de irregularidade referente às infrações 5 e 6 do Auto de Infração em comento.

Citam que não tendo o contribuinte apresentado defesa, foi lavrado o Termo de Revelia e em sequência os autos encaminhados à PGE/PROFIS para o exercício de controle da legalidade, previamente à inscrição do débito em Dívida Ativa.

Adentrando à manifestação de competência, destacam caber à PGE/PROFIS opinar no processo administrativo fiscal, procedendo ao controle da legalidade previamente à inscrição em Dívida Ativa, consoante art. 31-A, I, Lei nº 8207/2002, com redação introduzida pela Lei Complementar nº 19/2003.

Por sua vez, o art. 119, § 1º do COTEB, dispõe claramente que a PGE/PROFIS, por intermédio de sua Procuradoria Fiscal representará ao CONSEF para apreciação de vício insanável ou ilegalidade flagrante em lançamento de ofício, situação na qual não será autorizada, e se já efetuada, cancelada, a inscrição na dívida ativa estadual.

Passando a análise do mérito, informam que ao examinarem os autos verificaram que o contribuinte foi intimado por duas vezes para apresentação de livros fiscais (fls. 17/20), e que em virtude da falta de exibição do Livro Registro de Inventário, o autuante aplicou a multa de R\$920,00 com base no art. 42, XIV da Lei nº 7014/96. Citam não constar dos autos declaração nesse sentido por parte do contribuinte, ou de seus prepostos, contador, ou mesmo boletim de ocorrência policial ou publicação em jornal que viessem corporificar o alegado extravio de livro fiscal.

E defluem que, não estando o ilícito fiscal cabalmente demonstrado, a mera existência de indícios não legitimam a punição do contribuinte, pois com base em suposições não se violam direitos. E o art. 112 do CTN reza que a lei tributária deve ser interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte, com referência à natureza ou circunstâncias materiais do fato ou de seus efeitos.

O vício insanável, narram as ilustres procuradoras, é a condição atribuída ao defeito ou falta que atacando o ato, o torna nulo ou inoperante, não restando como suprimir mencionada mazela, tornando impossível a sua repetição.

Aduzem que a anulação de um ato, dentre uma série de regras legais e de princípios gerais de interesse público, ressaltam a de observar-se o princípio do aproveitamento dos atos praticados, no todo ou em parte, evitando-se o retrocesso procedimental por eventual nulidade. E essa foi a intenção contida no art. 18, § 3º do Decreto nº 7629 de 09 de julho de 1999 (RPAF), ao estabelecer que nulidade de um ato só prejudica os posteriores que sejam dele diretamente dependentes ou conseqüentes.

Concluem as ilustres procuradoras que em razão do princípio da especialidade, extraído do direito penal, a incidência de dois tipos infracionais a uma mesma conduta é afastada, impedindo-se o “*bis in idem*”, evitando punição imposta duplamente em face de um mesmo delito. Destacam que a acusação da não apresentação de livro fiscal mediante intimação ensejaria novo procedimento, a salvo de qualquer mácula, e tendente à aplicação da multa prevista na Lei nº 7014/96, em seu art. 42, XX.

Com fulcro no art. 136 § 2º da Lei nº 3956 de 11 de dezembro de 1981 (COTEB) representam a este CONSEF para o fim de ver anulados os itens 5 e 6 do Auto de Infração em testilha.

Em sede de revisão dos pronunciamentos exarados em processos relativos ao controle da legalidade com vistas à inscrição em dívida ativa, a ilustre procuradora Dra. Maria Olívia T. de Almeida acompanha o Parecer de fls. 376/380 dos autos, haja vista as infrações 5 e 6 encontrarem-se maculadas de vício insanável, o que as conduz à nulidade.

Ressalta que o autuante inicia a acusação afirmando extravio de Livro Fiscal, e depois aduz que o contribuinte deixou de apresentar referido livro, sob a alegação de extravio, não havendo nos autos elemento capaz de confirmá-lo.

Realça que o contribuinte foi intimado por duas vezes para a apresentação dos livros fiscais Registro de Inventário e o Registro de Saídas, tendo o autuante inferido em face da não apresentação dos mesmos, tivessem sido extraviados, e em decorrência propondo multa correspondente (art. 42, XIV, Lei nº 7014/96). E como por deixar de atender às duas intimações, a multa aplicada de R\$920,00 (art.42, XX, b da Lei do ICMS), coincidente em termos do valor com a anterior, destaca a procuradora no caso não caber desdobrar as infrações por livro/documento não apresentado, como fez o autuante em relação ao extravio.

A multa aplicável, conforme art. 42 XX da Lei nº 7014/96 é determinada considerando o número de intimações e a reincidência do sujeito passivo, que no caso específico seria de R\$920,00.

Vislumbrando vício sanável somente em outro procedimento fiscal, acolhe a ilustre procuradora os termos do Parecer em exame, e o qual de conformidade ao art. 119, II, § 1º do COTEB, deve ser encaminhado ao CONSEF para fins de ser declarada a nulidade dos itens infracionais nºs 5 e 6 do Auto de Infração em exame, por não guardarem correspondência com os elementos insertos nos autos.

À consideração do procurador assistente da PGE/PROFIS, o Dr. José Augusto Martins Júnior, em Despacho às fl. 383 apõe o Acolhimento por seus próprios fundamentos, do Parecer exarado às fls. 376/380 dos autos, o qual concluiu pela necessidade de Representação ao CONSEF para expurgar do lançamento de ofício em epígrafe, as imputações infracionais descritas nos itens 05 e 06 dos autos, por eivadas de nulidade insanável, decorrente da ausência de lastro probatório para a incidência da penalidade arrostada.

Representa a este CONSEF no sentido de que seja declarada a nulidade das infrações descritas nos itens 5 e 6 do Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

Na apreciação dos fatos apontados pelas ilustres procuradoras da PGE/PROFIS, no exercício que é legalmente concedido do controle da legalidade, com vistas à prevenção de inscrição na Dívida Ativa do Estado, ou cancelamento da mesma no caso de que já tivesse ocorrido, noto que o

móvel da acusação sob o qual foram lançadas as infrações 5 e 6 dos autos em questão, restou nulo por não manter fidelidade com as acusações, pois os mesmos não guardam correspondência com os elementos insertos nos autos, nos exatos termos expostos no relato da Representação em exame.

Entendo não caber tipificar as infrações por quantidades de livro/documento não apresentados, da forma errônea como fez o autuante em relação ao extravio, pois a multa aplicável, é a especificada no art. 42, XX, da Lei nº 7014/96, eis que unicamente se considera o número de intimações e a reincidência do sujeito passivo, a qual no caso em foco atingiria a R\$920,00.

A lavratura do lançamento de ofício acusa afirmativamente do extravio de livro fiscal, aduzindo posteriormente, após, que o autuado não apresentou o mesmo sob a alegação de extravio.

O sujeito passivo fora intimado por duas vezes para a apresentação dos livros Registro de Inventário e o Registro de Saídas e, em face da não apresentação dos mesmos, o agente autuante inferiu tivessem sido extraviados, aplicando a propositura de multa consoante o art. 42, XIV, Lei nº 7014/96, para cada intimação.

Não cabe duplicar a infração, seja por livro/documento, ou frente às duas intimações, como fez o autuante em relação ao extravio inferido pelo mesmo.

Não vejo nos autos elemento fático capaz a confirmar e manter a acusação.

Tendo em consideração a carência absoluta de provas fáticas, indispensáveis à corporificação da acusação ora em análise, o presente lançamento reveste-se de nulidade insanável.

Portanto, ACOLHO em todos seus termos a presente Representação, devendo remanescer o débito total de R\$651.403,26, sendo R\$567.187,05 referente ao imposto e R\$84.216,21 quanto às multas por descumprimento de obrigação acessória.

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, 09 de dezembro de 2008.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE/RELATOR

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

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