

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0161/08-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL CASA DO FERMENTO LTDA. (CASA DO FERMENTO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 06/03/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0009-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja decretada a nulidade do Auto de Infração por conter vício insanável no procedimento fiscal. É nulo o procedimento fiscal onde existe incompatibilidade entre o fato constatado e o cálculo do imposto. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02. Dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe esta Procuradoria Fiscal que seja decretada a nulidade do lançamento fiscal tendo em vista a presença de vício insanável no procedimento fiscal.

Relatou a PGE/PROFIS que o Auto de Infração foi lavrado em 29/07/2008 pela constatação do trânsito de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, tendo sido aplicada multa prevista no art. 42, XIV-A, "a", da Lei nº 7.014/96. Não havendo impugnação ao lançamento fiscal, o processo foi considerado revel e encaminhado à inscrição em Dívida Ativa. Entretanto, ao analisar as peças processuais, aquele Órgão Jurídico constatou que o fato apurado foi o trânsito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal e não venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal, fato esse que conduz à exigência do ICMS e não a aplicação de multa, já que as mercadorias constantes no Termo de Apreensão devem ser consideradas clandestinas. E, prosseguindo, ser exigida a obrigação principal acrescida de multa de 100%, conforme prevê o art. 42, IV, "a", da Lei nº 7.014/96.

Em vista do exposto, entendeu não restarem dúvidas acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal, ante a desconformidade entre a descrição fática e o enquadramento legal.

Ressaltou que vício insanável *"é a qualidade atribuída ao defeito ou à falta que, atacando o ato, o torna nulo e inoperante, não permitindo qualquer remoção ou suprimento da falta ou defeito, ou tornando impossível a sua repetição"*. Entretanto, esta anulação é um ato que obedece a uma série de regras legais, dentre as quais, ressaltou a observância ao princípio do aproveitamento dos atos praticados, em razão *"do que se pode aproveitar o ato no todo, ou em parte, evitando-se o retrocesso procedimental por causa de eventual nulidade"*. Em assim sendo, existe a possibilidade de aproveitamento do competente Termo de Apreensão que materializou o trânsito de mercadorias sem documentação fiscal para renovação, livre de erros, da autuação.

Submeteu o presente Parecer ao crivo da chefia da Procuradora Fiscal.

A procuradora, Dra. Maria Olívia T. de Almeida, ratificou os termos do Parecer jurídico emitido (fl. 20) já que as provas constantes dos autos não guardam relação com a infração apontada. Submeteu seu Parecer ao crivo do Procurador Assistente do Setor Extrajudicial da PROFIS que ratificou todos os fundamentos legais expostos (fl. 21).

VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado nulo o presente Auto de Infração por estar comprovado vício insanável no procedimento fiscal.

O Auto de Infração foi lavrado tendo em vista a fiscalização do trânsito de mercadorias ter encontrado, na posse do sócio da empresa, mercadorias desacompanhadas de nota fiscal. Como acusação identificou que o estabelecimento estava realizando operações sem a emissão do documento fiscal e aplicou ao sujeito passivo uma multa de cunho acessório no valor de R\$690,00, conforme disposições contidas no art. 42, inciso XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96.

No Termo de Apreensão de Mercadorias nº 138322 consta que *“trata-se de operação realizada com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encontradas em trânsito na cidade de Ilhéus no bairro N. Sra. das Vitórias no veículo abaixo citado”*. As mercadorias foram as seguintes: fermento seco e fresco, fubá de milho, coco ralado, aditivo, reforçador e adopan.

Por este relato, o que ficou provado é que as mercadorias se encontravam em trânsito desacompanhadas de documentação fiscal e não que houve operação de comercialização sem emissão de documento fiscal. Ou seja, a multa de cunho acessório aplicada pela autuante se encontra em desacordo com o fato constatado, pois a lei determina que ela é aplicável quando for identificada a realização de operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente e não pelo transporte de mercadorias.

Neste sentido concordo com o opinativo da PGE/PROFIS quando disse que os fatos descritos conduzem à exigência do ICMS, com aplicação da multa de 100%, conforme dispõe o art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, já que a legislação tributária estadual não dar o direito ao contribuinte de comercializar sem nota fiscal. A lei nº 7.014/96 é expressa neste sentido, quando determina:

Art. 40 – Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das prevista no art. 42 desta Lei.

.....

§ 3º. A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

Em assim sendo, somente posso acolher a Representação da Procuradoria Fiscal, quando aponta vício insanável no procedimento fiscal, pois a matéria fática não é condizente com o enquadramento legal aplicado pela autuante.

Voto, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, ressaltando que a Repartição Fiscal deverá verificar a possibilidade da lavratura de novo Auto de Infração a salvo de erros, com o aproveitamento do competente Termo de Apreensão de Mercadorias existente e de nº 138322.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SERA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS