

PROCESSO - A. I. Nº 146.468.0087/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO ITAJUBÁ DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO ITAJUBÁ LTDA.)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/04/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJE Nº 0046-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE PARCIAL DO LANÇAMENTO. INFRAÇÃO TRÊS. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, §1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), por se tratar de exigência de multa referente ao extravio de livros fiscais, com base na falta de apresentação do livro Registro de Inventário, mediante intimação. Ficou comprovada a existência de vício insanável do lançamento de ofício em razão de a infração imputada descrever a ocorrência de um fato e haver sido aplicada penalidade referente a outro ilícito tributário, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação fiscal, proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, II § 1º da Lei nº 3.956/81(COTEB), cujo objetivo é anular a infração 3 do Auto de Infração, a qual acusa o Sujeito Passivo de ter extraviado o seu livro Registro de Inventário.

Segundo a representante da PGE/PROFIS, a infração em questão deve ser anulada pelo fato da mesma apresentar vício insanável, ou seja, não existe lastro probatório suficiente para se demonstrar a ocorrência do alegado extravio do livro fiscal.

Destaca que a autuação contraria o nosso ordenamento jurídico, pois na forma em que a mesma foi elaborada resta evidenciada que foi fruto da presunção da imaginação do fiscal autuante, o que violaria direitos e garantias do contribuinte.

Diz que o presente requerimento encontra-se fundamentado no § 3º do art. 18 do RPAF, que estabelece que a nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou conseqüentes.

Assevera que na hipótese em exame não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado no tocante à infração 3, já que, à vista dos documentos existentes no processo, a referida infração foi imputada a partir de conclusões subjetivas do autuante.

Destaca que no presente caso, a imputação que deveria ser aplicada é aquela prevista no inciso XX do art. 42 da Lei 7.014/96, ou seja, multa pela não apresentação de livros fiscais, ensejando, a realização de novo procedimento fiscal para a aplicação da penalidade correta.

VOTO

A presente representação fiscal, fundada pelo art 119, II § 1º da Lei nº 3.956/81(COTEB), visa anular a infração 3 a qual imputa ao recorrente o extravio de livros e documentos fiscais.

Analizando todo o *in fôlio*, entendo que a presente representação deve prosperar.

Como é de saber notório o lançamento de ofício é um ato vinculado, no qual, o preposto fiscal ao se deparar com um ilícito tributário deve aplicar a penalidade prevista na lei, com fundamento

nos fatos apurados e devidamente comprovados. Ou seja, o auditor fiscal ao imputar de ofício alguma penalidade prevista na legislação tributária deverá descrever o ato ilícito perpetrado e realizar o devido enquadramento legal.

O fiscal autuante apenas estará dispensado de apresentar aos autos as provas do cometimento da infração, nos casos previamente expressos em lei. Sendo isto uma exceção ao nosso ordenamento processual, a qual é possibilitada àqueles casos em que por outros meios não se possa realizar a referida prova.

Razão assiste a ilustre representante da PGE/PROFIS ao afirmar que a presente infração não se encontrava devidamente caracterizada, pois não há nos autos qualquer relato de que o sujeito passivo extraviou o livro solicitado pela fiscalização.

Diante dos elementos de prova contidos nos autos, o que se constata, de fato, é que o sujeito passivo não atendeu as intimações de apresentação do livro Registro de Inventário, expedidas pelo fiscal autuante.

Tal conclusão, pode-se inferir através da descrição dos fatos contida às fls. 02, do Auto de Infração, no qual o auditor fiscal ao fundamentar a aplicação da penalidade exigida na infração 3, asseverou que: *“esta irregularidade deveu-se ao fato da empresa embora regularmente intimada em 28/03/2008 e 26/05/2008 deixar de apresentar a esta fiscalização o livro registro de inventário. Face ao exposto fez-se a exigência da penalidade fixa prevista na legislação tributária”*.

Tendo em vista que a autuação fiscal é vinculada, não poderia o agente estatal descrever a ocorrência de um fato e aplicar a penalidade referente a outro ilícito tributário. O art. 18, inciso IV, alínea “a”, prevê a nulidade do lançamento de ofício quando não estiverem presentes elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Ora, se o sujeito passivo, devidamente intimado, não apresentou os livros requisitados pelo fisco, em hipótese alguma poderia ser-lhe aplicada a penalidade de extravio de livros fiscais, que são infrações diversas no nosso ordenamento jurídico, sob pena de se macular a segurança jurídica e demais princípios do direito.

No caso sub análise não há outra saída a não ser declarar a nulidade da infração em comento, isto porque, além de não existir nenhuma prova de que o autuado extraviou o livro Registro de Inventário, não seria possível alterar o fulcro da acusação fiscal, sob pena de violar o princípio constitucional do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação, para declarar nula a infração 3 da autuação, e alterar para R\$19.534,40 o débito a ser exigido. Recomenda-se à Inspetoria de origem o refazimento da ação fiscal, salvo das falhas aqui apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta. Encaminhem-se os autos à PGE/PROFIS para a adoção dos procedimentos que o caso requer.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS