

PROCESSO - A. I. N° 114155.0145/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FIRMINO JORGE COSTA PEREIRA (RESTAURANTE PANORAMA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 14/05/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0076-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, §1º c/c art. 136, §2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), em face de a autuação apontar o cometimento da infração descrita como “extravio de documentos fiscais”, quando os elementos dos autos revelam a prática de outra infração, devidamente tipificada – a falta de apresentação de livros e documentos fiscais, quando regularmente intimado. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação, proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, II § 1º c/c art. 136, §2º, da Lei nº 3.956/81(COTEB), cujo objetivo é anular o Auto de Infração, o qual acusa o sujeito passivo de ter extraviado documentos fiscais.

Após discorrer sobre a sua competência para ingressar com a presente Representação, a PGE/PROFIS, pugna pela nulidade do Auto de Infração sustentando a tese de que a autuação encontra-se equivocada, uma vez que não se encontra nos autos provas convincentes de que o autuado havia extraviado livros fiscais.

Assevera que diante das provas dos autos, constata-se que o sujeito passivo, embora devidamente intimado, deixou de apresentar, por duas vezes (fls. 12/13), a documentação solicitada pelo auditor fiscal, cuja penalidade a ser aplicada no presente caso é aquela prevista no art. 42, XX, b, da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, conclui a representação aduzindo que o lançamento deve ser julgado nulo, ante a ausência de elementos probatórios da ocorrência nele descrita, ou seja, do extravio de documentos fiscais, havendo, apenas, comprovações da não apresentação dos documentos.

VOTO

A presente representação fiscal, fundada no art. 119, II § 1º c/c art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81(COTEB), visa anular o lançamento de ofício, onde é imputado ao sujeito passivo o extravio de documentos fiscais.

Analizando todo o *in fólio*, 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 realizar o enquadramento legal de acordo com os fatos apurados na fiscalização.

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 elemento de prova capaz

de nos convencer de que o sujeito passivo extraviou os documentos fiscais solicitados pelo autuante.

Diante dos elementos de prova contidos nos autos, o que se constata, de fato, é que o sujeito passivo não atendeu às intimações de apresentação de documento fiscal expedidas pelo autuante.

Tal conclusão, pode-se inferir através da descrição dos fatos contida às fls. 01, do Auto de Infração, no qual o auditor fiscal ao fundamentar a aplicação da penalidade exigida no lançamento, asseverou que: “esta irregularidade deveu-se a falta de apresentação da NFVC nº 001 ao 500, não obstante os termos de intimação expedidos em 24/03/2008 e 08/04/2008, razão pela qual aplicou-se a penalidade fixa na legislação tributária Estadual”.

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 documentos requisitados pelo fisco, em hipótese alguma poderia ser-lhe aplicada à penalidade de extravio de livros fiscais, visto que são infrações com penalidades diversas.

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 documentos fiscais, 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 NULO o Auto de Infração, recomendando 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. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR.DA PGE/PROFIS