

PROCESSO - A. I. Nº 114155.0165/07-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARIA DE FÁTIMA GOMES COUTO (FARMÁCIA ALINE)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05/11/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0328-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. TERCEIRA INFRAÇÃO. Representação com fundamento no art. 119, II, parágrafo 1º, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo a nulidade da infração 3 do PAF tendo em vista a inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/06/2007, exige nas quatro infrações imputadas ao sujeito passivo tributário multas por descumprimento de obrigações acessórias. Entre elas, na infração 3 foi imputada a multa de R\$4.600,00 pelo extravio de documentos fiscais. Consta na descrição dos fatos que a irregularidade decorreu da falta de apresentação ao fisco de documentos fiscais constantes nos termos da AIDF acostada aos autos (notas fiscais modelo 1 de nºs 001 a 750) e NFVC de nºs 001 a 11.000).

O Auto de Infração correu à revelia, sendo encaminhado para inscrição em Dívida Ativa. Quando do controle da legalidade, foi observado equívoco na descrição da infração 3 da autuação fiscal. Relataram as procuradores que constam nos autos duas intimações (fls. 5 e 7) para que a empresa apresentasse à fiscalização as notas fiscais, modelo 1 e NFCV. Entretanto, não consta dos autos qualquer declaração nesse sentido por parte do contribuinte, contador, preposto ou mesmo boletim de ocorrência policial ou publicação em jornal que faça prova do alegado extravio. Em assim sendo, os dados existentes no processo só permitem concluir que a autuação, nos termos postos, foi *“fruto de presunções do fiscal autuante, não sendo juridicamente lógico, pretender que, com base em presunções, se viole direitos”*. Ressalta que o meio de prova supletiva, excepcional, somente é admitido quando um fato não possa ser provado por outros meios, ou quando a lei, expressamente, preveja. Nesta esteira é que o art. 112, do CTN reza que a lei tributária que define infrações ou comine penalidades deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado no que toca à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou dos seus efeitos. Portanto, a mera existência de indícios não tem o condão de legitimar uma punição, nem que se esqueça de que o ilícito fiscal deve estar cabalmente demonstrado.

Pelas razões expostas, conclui a Douta PGE/PROFIS que o procedimento fiscal encontra-se eivado de vício insanável. Definindo o que seja vício insanável e ressaltando que a anulação de um ato obedece a uma série de regras contidas na lei, entre elas, o aproveitamento dos atos praticados, no todo ou em parte, para se evitar o retrocesso procedimental por causa de eventual nulidade, afirma que, na hipótese *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, já que, à vista dos documentos existentes no processo, foi a infração imputada a partir de conclusões subjetivas do autuante.

Como outro erro da autuação, foi salientado que o caso dos autos é a não apresentação de documentos fiscais após regular intimação, que ensejaria, salvo outro entendimento, a realização de novo procedimento fiscal, tendente à aplicação da multa prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96. Neste sentido, observa que outra não é a conclusão que se infere razão do princípio da

especialidade, extraído do direito penal, segundo o qual a incidência de dois tipos infracionais a uma mesma conduta é afastada, ou seja, impede-se que ocorra *bis in idem*, evitando-se que a punição seja duplamente aplicada em face de um mesmo delito.

Essas razões dispendidas foram submetidas ao crivo do Procurador Assistente da PGE/Profis.

O procurador assistente da PGE/PROFIS (fl. 53) acolheu a Representação proposta, uma vez que a conduta infracional imputada na autuação, especificadamente o extravio de documentos, não restou comprovada nos autos.

VOTO

Com base no art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), veio a PGE/PROFIS representar a este CONSEF a fim de que seja decretada a nulidade da infração 3 do presente Auto de Infração tendo em vista vícios formais de procedimento como indicou.

Trata-se, no caso, de cobrança de multa pelo extravio de 750 notas fiscais modelo 1 e 11.000, NFVC, detectado pelo fisco quando da auditoria realizada, sendo exigida a multa de R\$4.600,00 conforme estabelece o art. 915, XIX, do RICMS/BA.

Após análise dos autos, observo que assiste razão às representantes da PGE/PROFIS quanto à declaração de nulidade da infração 3 presente Auto de Infração.

Restou claramente comprovada nos autos a inexistência de dados que permita se concluir com segurança a infração imputada, ou seja, não existe uma declaração da empresa de que os referidos documentos fiscais foram extraviados.

Afora que a infração imputada ao sujeito passivo foi de extravio, porém o fato material que resultou na acusação e na aplicação da multa, conforme expresso pelo autuante no corpo do Auto de Infração, foi a falta de apresentação ao fisco, quando regularmente intimado, dos referidos documentos fiscais.

Assim, a falta de precisão da autuação me conduz a decretar a sua nulidade, tendo em vista a impossibilidade de se identificar com absoluta certeza qual infração foi cometida pelo contribuinte.

Pelo exposto, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS para que seja declarada a NULIDADE do item 3 do Auto de Infração em comento. Recomendo à INFAZ de origem para que, na forma e prazo de lei, providencie, quanto ao referido item, a renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções. Assim, o débito exigido na autuação passará para R\$10.120,00.

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 de incorreções apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS