

PROCESSO - A. I. Nº 114155.0210/08-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AUDIOTEC ELETRÔNICA LTDA. (ELETRÔNICA AUDIOTEC)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/05/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0122-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade da autuação tendo em vista inexistir a prova dos fatos imputados ao contribuinte (extravio e/ou não escrituração de livros e documentos fiscais). Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, com arrimo no quanto disposto no art. 114, II, e § 1º, do RPAF, bem como no art. 119, II e § 1º, do COTEB, tendo por escopo o reconhecimento da ilegalidade das infrações 1 e 2, objeto do presente Auto de Infração.

O lançamento de ofício exige multa no importe de R\$5.060,00, em virtude do extravio de documentos fiscais (infração 1) e da falta de escrituração de Livro Caixa (infração 2).

O contribuinte, apesar de ter sido regularmente intimado, quedou-se inerte em apresentar qualquer peça impugnatória, do que decorreu a lavratura de Termo de Revelia (fl. 38).

À fl. 40, a Gerência de Cobrança/Dívida Ativa, encaminha os presentes autos para a Procuradoria do Estado sugerindo que seja autorizada a alteração da multa formal da infração 1 de R\$ 4.600,00 para R\$ 460,00, *“tendo em vista que à época da autuação a empresa estava enquadrada como Microempresa, conforme Histórico de Condição fl. 39, como prevê o art. 42 inciso XIX b da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02”*.

A Douta PGE/PROFIS, através da Dra. LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO, formula Representação a este CONSEF (fls. 41/42), aduzindo que *“os autos não evidenciam qualquer comprovação de que efetivamente o autuado tenha extraviado os documentos fiscais mencionados, ou de fato deixado de escriturar o Livro Caixa”*.

Salienta que inexistente qualquer declaração ou informação do contribuinte no sentido de haver extraviado documentos, bem como que o autuante *“tampouco informa de onde extraiu tal conclusão”*. Ademais, prossegue, *“não há no feito qualquer indício de que o preposto fiscal tenha chegado a ter acesso ao Livro Caixa do contribuinte, de maneira que pudesse constatar a sua não escrituração”*.

Assinala que o que se percebe dos autos é que o sujeito passivo não teria apresentado à fiscalização *“os documentos e o Livro mencionados na autuação”*, como se depreende das afirmações lançadas pelo próprio autuante quando, ao descrever as infrações imputadas ao contribuinte, informa deverem-se estas à *“falta de apresentação da Nota Fiscal Fatura nº 001 a 500”* (infração 1), e à falta de apresentação do *“referido livro a esta Fiscalização”* (infração 2).

Ressalta que tal fato não teria o condão de autorizar o preposto fiscal a concluir pelo extravio dos documentos ou pela não escrituração do livro Caixa, razão pela qual, sem a apresentação de nenhum outro elemento probatório, questiona que não é possível saber se o contribuinte, de fato, extraviou a documentação encarecida ou simplesmente preferiu não apresentá-la, por lhe ser desfavorável. Outrossim, questiona novamente como poderia o fiscal verificar a não escrituração do livro, se não chegou a ter acesso ao livro Caixa do sujeito passivo sequer apresentado.

Afirma que a única resposta às perguntas acima formuladas é a de que o autuante, em face do não atendimento à intimação, simplesmente presumiu – sem qualquer razão, é de bom alvitre registrar – o extravio de livros e documentos e a não escrituração do Livro Caixa.

Argumenta ser *“Iniludível, portanto, restar contaminada de ilegalidade flagrante a autuação, porque inexistente prova dos fatos imputados ao contribuinte, não sendo dado à fiscalização presumir, como efetivamente presumiu, que, pela só circunstância de determinados livros ou documentos não lhe terem sido exibidos, estes foram extraviados ou não foram escriturados.”*

Observa que a não apresentação de livros e documentos constitui infração diversa e autônoma, que, no presente caso, poderia ter sido lavrada, desde que comprovada a intimação ao contribuinte. Todavia, ressalta que o autuante, possivelmente por não ter providenciado, como devido, a regular intimação do autuado, optou por, equivocadamente, imputar a este a prática de outra infração, não configurada no feito, contaminando a autuação de evidente nulidade.

Ao final, após assinalar que se trata de “vício insanável ou ilegalidade flagrante”, representa ao CONSEF para que seja reconhecida a ilegalidade das infrações 1 e 2.

O ilustre Procurador Assistente profere Despacho nos autos (fl. 43), através do qual acolhe, sem reservas, o Parecer exarado nos autos, no sentido de que seja declarada a nulidade das aludidas infrações, *“uma vez que inexistente nos autos qualquer prova dos fatos imputados no lançamento, especificamente o extravio e a não escrituração de livros e documentos”*.

VOTO

Merece acolhimento a Representação interposta pela PGE/PROFIS.

Isso porque, como corretamente pontuado pelo mencionado órgão jurídico, os autos não evidenciam qualquer comprovação de que o autuado efetivamente tenha extraviado os documentos fiscais mencionados (infração 1) ou de fato deixado de escriturar o livro Caixa (infração 2).

Ora, inegável a nulidade da autuação porque inexistente qualquer prova dos fatos imputados ao contribuinte, não podendo a fiscalização “presumir” que, em razão da não entrega de determinados livros e documentos, estes foram extraviados ou não foram escriturados.

Em verdade, os fatos articulados no instrumento de autuação, quais sejam, não apresentação de livros e documentos, poderiam se constituir em infração diversa e autônoma, desde que ficasse comprovada a prévia e regular intimação do autuado. Contudo, assim não procedeu o autuante.

Ex positis, tendo em vista que inexistente nos fôlios processuais qualquer prova dos fatos imputados no lançamento, especialmente a respeito do extravio e/ou não escrituração de livros e documentos, voto no sentido de ACOLHER a Representação apresentada pela PGE/PROFIS para julgar NULO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

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

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT I