

PROCESSO - A. I. Nº 148593.0141/09-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RAFAEL HERMIDA SIMÕES
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 09/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0159-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO 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. 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 30/06/2009 pela constatação de venda de mercadorias sem a devida emissão dos documentos fiscais correspondentes. Para consubstanciar a autuação foram apensados aos autos a Denúncia Fiscal nº 18.405/09 (fl. 2), o Termo de Ocorrência (fl. 3) e o Termo de Intimação (fl. 4). Que o Termo de Ocorrência noticia que o *“contribuinte foi flagrado efetuando vendas de mercadorias sem possuir talonários fiscais e conseqüentemente, sem a emissão dos mesmos. Contribuinte também se encontra com a sua inscrição estadual inapta”*.

Não houve impugnação ao lançamento fiscal, o processo foi considerado revel e encaminhado à inscrição em Dívida Ativa.

Ao analisar as peças processuais, aquele Órgão Jurídico constatou que os autos revelam a inexistência de documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que a empresa realizava venda de mercadorias sem a emissão da competente documentação fiscal.

Ressalta de que o dispositivo legal no qual se baseia a autuação indica a ideia de flagrante, ou seja, *“o contribuinte sofrerá a multa no caso de ser **identificado** realizando operações sem emissão de documentação fiscal correspondente”*. No caso presente, os fatos narrados pelo autuante não revelam tal flagrante. Eles permitem concluir que a autuação foi fruto de presunções do autuante que, inclusive, não procedeu ao roteiro de auditoria de caixa, mecanismo apto a comprovar a materialização da infração ora em exame.

Afirma de que a Administração poderia, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos, valer-se de outras formas para constatação da prática dos atos que se quer ver provados, pois não é juridicamente lógico pretender que, com base em presunções, se viole direitos. Observa que as presunções podem ser admitidas excepcionalmente, como meio de prova supletiva, quando o fato não possa ser provado por outros meios ou quando a lei especificamente a preveja. E, no caso em exame, dispunha o fisco de formas capazes de comprovar a ausência de documentação fiscal, ou seja, de uma Auditoria de (

efetivamente, fora realizada a venda de mercadoria sem a emissão das notas fiscais respectivas e não presumir, sem qualquer previsão legal que o autorize, a autuação.

Afora tais colocações, indica que o art. 112 do CTN determina *“que a lei tributária que defina infrações ou comine penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado no que toca à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou dos seus efeitos”*.

Assim, *“a mera existência de indícios não tem o condão de legitimar a punição do contribuinte, não se podendo olvidar que o direito fiscal é de interpretação estrita, em razão do que o ilícito fiscal deve estar cabalmente demonstrado”*. Portanto, inexistindo nos autos dados que permitam concluir que a autuação não foi fruto de presunções do fiscal autuante, bem assim provas materiais que sustentem de que a empresa realizou vendas sem a devida emissão de notas/cupons fiscais correspondentes, se conclui que o procedimento fiscal encontra-se eivado de vício insanável.

Não bastassem tais ocorrências, a descrição dos fatos indicados na autuação conduz a uma outra infração, qual seja, a falta de inscrição estadual, punível com multa de R\$460,00, prevista no art. 42, XV, “F”, da Lei nº 7.014/96, o que leva uma total falta de precisão da imputação ora guerreada, pois não se pode identificar com absoluta certeza qual a infração cometida pelo autuado.

Discorrendo sobre vício insanável e do princípio do aproveitamento dos atos praticados, insertos na legislação estadual (art. 18, § 3º, do RPAF/BA), entende de que nem esta possibilidade pode ser considerada para o presente caso, pois *“dos documentos existentes no processo, foi o auto lavrado a partir de conclusões subjetivas do autuante”*.

Representando ao CONSEF para o fim de ser declarado nulo o auto de infração, submeteu o presente Parecer ao crivo da chefia da Procuradora Fiscal.

O procurador assistente ratificou a Representação proposta (fl. 36).

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.

A acusatória foi a aplicação de multa, no valor de R\$690,00, pela venda de mercadoria à consumidor final sem a emissão do documento fiscal.

Através da Denúncia Fiscal nº 18.405/09, a fiscalização estadual recebeu a informação que o autuado não estava emitindo nota fiscal de venda a consumidor (fl. 2). Para averiguar a veracidade da denúncia, vez que, ela, por si só, não pode ser tomada como “verdade absoluta”, preposto fiscal dirigiu-se ao estabelecimento do autuado em 15/06/09. Nesta visita afirmou textualmente que presenciou a saída de mercadorias sem a emissão de cupom/nota fiscal. Em assim sendo intimou o contribuinte a regularizar a sua situação cadastral (inapta) e a providenciar talonários fiscais (fl. 2).

Para provar o ocorrido, lavrou Termo de Ocorrência (fl. 3) nos seguintes termos: *Saída de mercadorias sem emissão da documentação fiscal – cupom/nota fiscal. O contribuinte foi flagrado efetuando vendas de mercadorias sem possuir talonários fiscais e conseqüentemente, sem a emissão dos mesmos. Contribuinte também se encontra com a sua inscrição estadual inapta*. Tal termo foi assinado pelo balconista da empresa.

De igual forma, lavrou Termo de Intimação (fl. 4) dando prazo de 48 horas para que a empresa providenciasse a aquisição de talonários e que regularizasse a sua inscrição estadual.

Diante deste relato, somente posso me alinhar com as colocações da PGE/PROFIS.

Embora o preposto fiscal tenha afirmado ter flagrado o contribuinte realizando vendas sem emissão de documentos fiscais, tal fato não resta, em qualquer momento, provado. Não foi realizada uma auditoria de caixa, por exemplo, método legal para provar o fato imputado.

O fato da não existência de talonários fiscais, necessariamente, não comprova que no momento da fiscalização houve vendas desacobertas de documento fiscal. Pode-se presumir, mas não provar. E as presunções no direito tributário, como bem colocado pela PGE/Profis, são aquelas previstas em lei e, em qualquer hipótese, podem ser chamadas para consubstanciar a infração ora em lide.

Mesmo admitindo a presunção como forma supletiva de provar o fato na ocasião dele ocorrido, esta situação, de igual forma, não pode aqui ser aventada. O autuante possui ferramentas legais para demonstrar a situação, o que não ocorreu.

O único fato provado nos autos é que o autuante, através de intimação, deu prazo de 48 horas para que a empresa providenciasse talonários fiscais e regularizasse sua situação cadastral perante o fisco estadual. E, tal fato, naquele momento não poderia ser alvo de autuação, já que foi o próprio fisco quem concedeu prazo ao contribuinte.

Em assim sendo, somente posso acolher a Representação da Procuradoria Fiscal, quando aponta vício insanável no procedimento fiscal, já que a infração imputada ao sujeito passivo tributário não resta comprovada.

Por fim, a respeito do parcelamento requerido pelo autuado, o entendo não efetivado, pois não foi paga a sua inicial. Inclusive e por esta razão foi ele indeferido.

Voto, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta.

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, 17 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS