

PROCESSO - A. I. Nº 152624.1202/09-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OLIVTAVARES INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSA LTDA.
(ARGAMASSA ESPECIAL)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 25/08/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0234-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. Representação proposta com base no 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. Representação **ACOLHIA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Representação interposta pela PGE/PROFIS a este CONSEF, com fundamento no art. 119, inc. II, §1º, combinado com o art. 136, §2º, da Lei nº 3.956/81, no controle da legalidade, propugna pela nulidade da autuação em comento, vez que inexistem nos autos dados que permitam concluir que autuação não foi fruto de presunções do fiscal autuante, bem assim provas materiais que possuam o condão de sustentar a tese de que o autuado efetuou vendas sem a devida emissão de notas/cupons fiscais correspondentes, donde se conclui que o procedimento fiscal encontra-se eivado de vício insanável.

O Auto de Infração foi lavrado contra OLIVTAVARES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSA LTDA., imputando-lhe a seguinte infração: “*Estabelecimento identificado realizando operações sem a emissão do documento fiscal correspondente*”, com fulcro nos art.142, VII e art.201, I do RICMS/97, exigindo multa no valor de R\$690,00 (seiscentos e noventa reais).

Da lavra dos Termos de Apreensão e de Ocorrências, fls.02 e 03, verifica-se que o depósito das mercadorias apreendidas foi feito junto ao próprio autuado, contudo, no mesmo termo, não há qualquer descrição dos bens apreendidos, muito menos são trazidos aos autos elementos que confirmem as alegações do autuante.

Decorrido o prazo de Lei, o sujeito passivo não apresentou defesa, não realizou qualquer pagamento, nem fez qualquer depósito do quanto lhe exigia o processo administrativo em tela, o que determinou a lavratura do Termo de Revelia contra o autuado. (fl. 09). Como consequência, os autos são encaminhados à DARC/GECOB para as devidas providências, o que resulta na inscrição em dívida ativa do débito constante do PAF, no valor de R\$701,45 (setecentos e um reais e quarenta e cinco centavos), já com acréscimos moratórios, e sujeitos à incidência de correção monetária e acréscimos moratórios ou juros.

Autos enviados à PGE/PROFIS, órgão responsável pelo controle da legalidade, por sua ilustre Procuradora Dra. MARIA DULCE BALEEIRO COSTA, passa a apreciar o presente Processo Administrativo Fiscal, como segue:

De início, a ilustre procuradora informa que da análise dos autos, se desvenda a inexistência de elementos que possam ensejar a convicção de que o autuado realizava venda de mercadorias sem a emissão das respectivas notas fiscais.

Aduz que os dados existentes no PAF levam a crer que a autuação fiscal autuante, vez que não procedeu ao roteiro de auditoria de caixa, não houve verificação da ocorrência dos fatos descritos na autuação. Reitero:

autuante não lançou mão dos mecanismos de que dispõe o fisco para comprovar a materialização da infração

Informa ainda, que no Termo de Apreensão, o Fiscal não faz qualquer descrição das mercadorias que restaram sob guarda do autuado.

Ainda na análise do mérito, assevera a representante da PGE/PROFIS que resta maculada a autuação, considerando a mais absoluta falta de elementos comprobatório da infração, além da ausência de previsão legal que autorize ao fiscal se valer da presunção para autuar o contribuinte.

Por fim, considerando que o Auto de Infração está eivado de vício, representa a PGE/PROFIS a este CONSEF, a fim de que seja declarado nulo o Auto de Infração aduzindo que *“...o vício insanável é a qualidade atribuída ao defeito ou à falta que atacando o ato, o torna nulo e inoperante, não permitindo qualquer remoção ou suprimento da falta ou defeito, ou tornando impossível a sua repetição.”*

Por fim, em despacho exarado à página 22, o ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Junior, acolhe, sem qualquer reserva o Parecer de folhas 17/21.

VOTO

Entendo não restarem quaisquer dúvidas de que merece acolhida a Representação interposta pela DOUTA PGE/PROFIS, senão vejamos:

De fato, o Auto de Infração que reclama multa em razão da venda mercadorias sem a emissão dos competentes documentos fiscais e todos os atos que dele derivaram estão absolutamente comprometidos, a começar pela mais completa falta de elementos que comprovem o delito fiscal, o que, por consequência, afasta completamente a idéia de flagrante de irregularidade na operação de venda de mercadoria. E, como assim foi feita a lavratura do auto, conclui-se que o expediente da presunção, meio supletivo de prova, foi a ferramenta utilizada pelo fiscal, quando poderia e deveria ter procedido ao roteiro de auditoria de caixa, procedimento hábil para a verificação da ocorrência dos fatos descritos da autuação.

Verifica-se também que no Termo de Apreensão não há qualquer referência ou descrição das mercadorias que ficaram sob a guarda do autuado.

Assim, diante do flagrante desrespeito aos direitos do contribuinte, aos princípios que norteiam o direito tributário, a exemplo do art.112 do CTN, do manejo da presunção como primeiro e único meio de prova, deixando de lançar mão de mecanismos aptos à comprovação da infração, voto no sentido de ACOLHER a Representação interposta pela PGE/PROFIS para que seja declarado nulo o Auto de Infração e todos os atos e consequências dele decorrentes.

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, 26 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR