

PROCESSO - A. I. Nº 114155.0204/08-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EH COMERCIAL LTDA. (DROGARIA DROGAMIL)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 24/09/2010

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-12/10

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, c/c o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), com o intuito de que seja decretada a improcedência do Auto de Infração, pois os elementos constantes do mesmo são insuficientes para caracterizar o extravio das notas fiscais alegado pelo autuante. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, lastreada no artigo 119, inciso II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, em razão do exercício do controle da Legalidade exercido pelo órgão, propondo que o CONSEF reconheça a ilegalidade da exigência fiscal, estribada nas seguintes alegações:

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de janeiro de 2009 através de Auditor Fiscal lotado na Inspetoria do Varejo da DAT/METRO, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 4.600,00, a multa fixa, por descumprimento de obrigação acessória sob a alegação por parte do Fisco de “*falta de apresentação da Nota Fiscal ME nº. 001 ao 7.500 e Notas Fiscais Fatura nº. 001 ao 050, não obstante o Termo de Intimação expedido em 22/12/2008, razão pela qual aplicou-se a penalidade prevista na Legislação tributária Estadual*”.

Tal infração foi enquadrada nos artigos 144 e 146 incisos e parágrafos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, e a penalidade a contida no artigo 42, inciso XIX da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Não tendo o sujeito passivo assinado o Auto de Infração, foi encaminhada Intimação para o endereço onde a mesma encontrava-se inscrita no cadastro, a qual foi devolvida pelos Correios, sob a alegação de mudança de endereço (fls. 24 a 26).

Mesma informação foi dada pelos Correios, na devolução de correspondência contendo a Intimação da lavratura do Auto de Infração dirigida à sócia Ana Cristina dos Santos Cardoso, (fls. 28 a 30), uma vez que, de acordo com informação obtida junto ao sistema de cadastro da SEFAZ, a empresa autuado havia solicitado baixa da sua inscrição estadual.

Apenas em 13 de julho de 2009, com a ciência da sócia Magaly Sônia Moura Araújo Flores (fls. 32 e 33), a empresa formalmente tomou conhecimento do Auto de Infração.

Inexistindo pagamento ou interposição de defesa no trintídio legal, a repartição fazendária lavrou o Termo de Revelia em 13 de agosto de 2009 (fl. 34), encaminhando o feito para inscrição em dívida ativa.

A PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, ao analisar o processo, entende que “*os autos não evidenciam qualquer comprovação de que efetivamente o autuado tenha extraviado os documentos fiscais mencionados*”, posicionando-se no sentido de que “*o que se percebe dos autos é que o sujeito passivo conquanto intimado (fl. 07) para a deixou de fazê-lo, permanecendo inerte e não apresentando solicitados*”.

Mais adiante, complementa: “*Tal não autorizaria o preposto fiscal, todavia, a concluir pelo extravio dos documentos. Deveras, sem nenhum outro elemento probatório, como seria possível saber se o contribuinte de fato extraviou a documentação encarecida ou simplesmente preferiu não apresentá-la, por lhe ser desfavorável?*

A única resposta possível às perguntas supra 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 documentos”.

Dessa forma, sob o argumento de que existe “*vício insanável ou legalidade flagrante*”, representa ao CONSEF, a fim de que “*reconheça a ilegalidade da exigência fiscal*”.

Despacho de fl. 43 do procurador assistente da PGE/PROFIS acolhe o Parecer mencionado, fazendo o encaminhamento ao CONSEF para fins de apreciação.

Distribuído para o Conselheiro Álvaro Barreto Vieira, o mesmo deu por instruído o feito, solicitando a inclusão do mesmo em pauta de julgamento (fl. 44); contudo, requerimento atravessado ao processo solicitando parcelamento integral do débito, protocolado em 14 de outubro de 2009, impediu que o processo fosse julgado, de pronto.

Documento de fl. 48 informa que o pedido de parcelamento requerido pela empresa foi indeferido, por desatender à legislação, sendo o fato dado conhecimento ao sujeito passivo, através da intimação de (fl. 52).

Despacho de fl. 57, do relator, encaminha o processo para a PGE/PROFIS, após retirá-lo de pauta, com o fito de dar conhecimento à subscritora da Representação do pedido de parcelamento realizado.

Tendo em vista o encerramento do mandato do relator, foi o processo redistribuído para julgamento.

VOTO

Do exame das peças processuais, bem como da representação proposta pela PGE/PROFIS, extraio as seguintes observações:

Inicialmente, permito-me discordar do despacho do ilustre relator anteriormente designado, quando, à fl. 57 solicita o encaminhamento do feito para a PGE/PROFIS, com o intuito de dar conhecimento à Procuradora responsável pela Representação do pedido de parcelamento, vez que tendo sido o mesmo indeferido, consoante documentação de fls. 48 e 49, descaberia tal remessa, cabendo, pois, analisar a representação, o que faremos a seguir.

Verificando o processo, observo que foram cometidos alguns equívocos. O maior deles foi o fato de o autuante ter lavrado o Auto de Infração respaldado no artigo 146 do RICMS/BA que aborda, especificamente a ocorrência de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, sem que, em momento algum do processo qualquer um desses fatos estivesse comprovado, ou tenha, sequer, sido aventado, muito embora na descrição do fato tenha relatado o seguinte, *verbis*:

Infração 01. Extraviou documentos fiscais. Esta irregularidade deveu-se a falta de apresentação da Nota Fiscal ME Nº. 001 a 0050 e da NFVC Nº. 001 a 7.750 e Notas Fiscais Fatura Nº. 001 ao 050, não obstante o Termo de Intimação expedido em 22/12/2008, razão pela qual aplicou-se a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual.

Caso tenha ocorrido realmente o não atendimento à intimação emitida pelo Fisco, o procedimento seria outro, bem como o enquadramento legal e a penalidade, além do valor eventualmente lançado. Dessa forma, tal fato, se verificado efetivamente estaria caracterizado no artigo 934 do RICMS/BA, e não no dispositivo mencionado pelo ensejaria a aplicação da penalidade prevista no artigo 42, inciso X, pois, da aplicada no lançamento tributário.

Ademais, nota-se no processo a ausência de qualquer manifestação do sujeito passivo no tocante ao extravio, desaparecimento ou perecimento de sua documentação fiscal, até por que estamos diante de um caso de pedido de baixa da inscrição estadual, requerido pelo sujeito passivo, onde o mesmo tem todo o interesse em apresentar a documentação fiscal e ter, ao final do processo, a sua inscrição baixada, desonerando, inclusive, os sócios da situação de irregularidade.

Dessa forma, ainda que não atendida a primeira intimação, deveria o agente fiscal emitir nova intimação, com o fito de ter a mesma atendida, e poder exercer o trabalho fiscal, independentemente da aplicação de penalidade pelo não atendimento da solicitação.

Ao partir para uma presunção de extravio da documentação fiscal, sem qualquer base fática ou legal, o autuante incorreu em equívoco, o que o levou à lavratura do Auto de Infração, sendo este o momento de corrigi-lo.

Em conclusão: o exame das peças processuais deixa evidente que o sujeito passivo, apesar de regularmente intimado, conforme documento de fl. 07, deixou de apresentar ao fisco a documentação solicitada, não havendo no processo qualquer afirmação do contribuinte de que a sua documentação tenha sido extraviada, sofrido sinistro, roubo, perda ou desaparecimento.

Nessas circunstâncias, conforme bem demonstra a Representação da PGE/PROFIS, não há qualquer comprovação do extravio de documentos fiscais, mas sim a falta de apresentação dos mesmos, após regular intimação. Logo, há uma incompatibilidade entre a infração apurada (falta de apresentação de documento fiscal) e a que foi descrita no lançamento (extravio de documento fiscal), acarretando, portanto, a nulidade do Auto de Infração.

Assim, diante do raciocínio exposto pela ilustre Procuradora em sua peça, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS para decretar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe, pela ausência da infração atribuída pela autoridade fiscal ao sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

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

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS