

**AUTOS NS. 1547/200 e 1548/2008**

**AÇÕES CAUTELAR E ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL**

**COMARCA DE LONDRINA**

**8ª VARA CÍVEL**

**Vistos.**

Trata-se de ação de anulação de lançamento tributário, antecedida de medida cautelar inominada, proposta por **Rolatudo Distribuidora Nacional de Rolamentos Ltda** em face do **Estado do Paraná**.

Relata, em síntese, que em 30.5.2003 sofreu autuação pelo Fisco (auto de infração n. 6362575-2), sob a imputação de haver deixado de emitir documentos fiscais em relação a vendas tributadas pelo ICMS ocorridas no período de janeiro a dezembro de 2002. Afirma, contudo, ser inválido o auto de infração, eis que para lavrá-lo o agente tributário louvo-se apenas em informações contidas em um disquete **zip drive** entregue ao Ministério Público por seu ex-funcionário. Argumenta que a autuação não foi precedida de qualquer diligência fiscal que visasse a apurar a certeza da existência dos fatos geradores supostamente omitidos (v.g., levantamento de estoques, inspeção em livros de entrada e saída etc). A par disso, aduz que as informações contidas no disquete repassado ao Ministério Público são inidôneas para fundar a lavratura do auto de infração, haja vista que: a) não foi formalizada por termo a apreensão do disquete; b) o agente fiscal deveria lacrar o disquete com o objetivo de assegurar a sua inviolabilidade, o que não ocorreu; e c) a autora não teria sido intimada para acompanhar, querendo, o ato de extração de informações do disco digital. Pede seja declarada a inexistência da relação jurídica no tocante aos créditos de ICMS materializados no auto de infração n. 6362575-2, anulando-se o lançamento.

Juntou documentos (fls. 17-248).

Nos autos da ação cautelar n. 1547/2008, concedeu-se medida liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário (fls. 258 daquele processo).

Citado, o Estado do Paraná ofereceu resposta na ação principal (fls. 269-288) e na cautelar (fls. 262-287). Em preliminar, salienta que a medida acautelatória é descabida, seja porque ausente o **fumus boni juris**, quer porquanto juridicamente impossível a sua concessão à luz dos arts. 1º da Lei n. 9.494/1997 e 585, § 1º, do CPC, seja por fim porque a suspensão da exigibilidade do crédito pressupõe haja depósito integral e em dinheiro. No mérito, alega, em síntese, que o auto de infração é formal e materialmente válido, pois lavrado em conformidade com as informações contidas no disquete entregue pelo ex-funcionário da autora; que houve diligências empreendidas pela autoridade fiscal junto a clientes desta e em sua contabilidade, que confirmaram a ocorrência dos fatos geradores; que houve garantia da ampla defesa, devendo-se presumir verdadeiros e legítimos os atos praticados pelo Fisco no PAF. Bate-se pela improcedência do pedido e pela revogação da liminar.

Com réplica (fls. 269-288 - autos n. 1548/2008; e fls. 296-320 - autos n. 1547/2008), o Juízo da 4ª Vara Cível, reconhecendo a conexão com a execução fiscal n. 921/2007, determinou a remessa de ambos os processos a esta 8ª Vara Cível (fls. 327v da ação cautelar).

Pugnando as partes pelo antecipado julgamento da lide, o Ministério Público opinou pela procedência do pedido (fls. 310-316).

Converteu-se o julgamento em diligência, a fim de oportunizar à autora a produção da prova pericial (fls. 319-320). Tendo ela demonstrado desinteresse na realização da perícia (fls. 322-325), anunciou-se o julgamento antecipado (fls. 326).

**Relatei. Decido.**

1. Serão julgadas em **simuteneus processus** a ação principal n. 1548/2008 e a cautelar n. 1547/2008 em apenso.

2. As preliminares de carência da ação arguidas pelo Estado do Paraná ao contestar a demanda cautelar não procedem.

A medida liminar era plenamente cabível, certo que os argumentos alegados pela autora - ilegalidade do lançamento materializado no auto de infração n. 6362575-2 - foram reputados plausíveis pela decisão que a concedeu.

É importante notar, a propósito, que o óbice previsto no art. 1º da Lei n. 9.494/1997 não se faz presente. A espécie em julgamento não trata de pedido de reclassificação funcional ou equiparação de servidores; menos ainda se objetiva a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou outorga de adição de vencimentos. São a essas pretensões que se dirige o veto do art. 1º da Lei n. 9.494/1997; não se pode ampliar tal restrição por analogia ou interpretação extensiva a dano do direito constitucional de ação (**odiosa restringenda**).

Também não diviso maltrato à norma do § 1º do art. 585, do CPC. Ali se dispõe que o só ajuizamento de ação questionando débito constante de título executivo não inibe a propositura da execução pelo credor. A regra, porém, não veda e nem poderia vedar - já que a disciplina do crédito tributário foi entregue ao legislador complementar (CF, art. 146, III, letra "b") - a que se suspenda cautelarmente a exigibilidade deste com fundamento no art. 151, V, do CTN (diploma recebido como Lei Complementar pela CF/1988).

Aliás, ao contrário do que aduz o Estado do Paraná, tal suspensão não depende, sempre e necessariamente, de depósito em dinheiro do valor do crédito pelo contribuinte. As hipóteses de suspensão previstas nos incisos do art. 151 do CTN são autônomas. Entender que em todas elas seria mister o prévio e integral depósito da quantia discutida implicaria em tornar ociosos os incisos I, III, IV, V e VI daquele dispositivo.

Nesse sentido o entendimento de Hugo de Brito Machado Segundo: *“Presentes os requisitos que autorizam o deferimento de uma tutela de urgência, é incorreto, em princípio, condicionar esse deferimento à feitura de depósito em dinheiro, ou à prestação de qualquer outra forma de garantia. Em regra, especialmente em se tratando de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, depósito e tutelas urgentes estão previstos em incisos diferentes do art. 151 do CTN, e condicionar o deferimento de liminares ao depósito implica, pura e simplesmente, tornar inexistente a figura de tais provimentos judiciais”* (Processo Tributário, Atlas, 3ª Ed., 2008, pág. 456).

As preliminares, portanto, ficam rejeitadas.

3. No mérito, o pedido é procedente.

Se não vejamos.

3.1. Os autos dão conta de que, após ser demitido pela autora sob a acusação de desvio de bens, o funcionário Isaiás Vaz Vieira gravou em um disquete a relação de supostas operações de venda realizadas sem emissão de nota fiscal, entregando-o ao Ministério Público. Ato contínuo, a Promotoria de Justiça, pelo ofício n. 05/2003, encaminhou cópia do **zip drive** à Delegacia Regional da Receita Estadual para adoção das medidas visando à apuração da eventual infração tributária que lhe fora noticiada.

O auditor fiscal, de posse do disquete, após se certificar informalmente de que as informações nele contidas correspondiam ao software n. 00131-6 que a autora cadastrara junto à Receita Estadual, lavrou o auto de infração que ora se impugna.

É evidente, contudo, a nulidade do lançamento.

Com efeito, o lançamento de ofício - materializado, no caso, no AI - é ato administrativo que deve ser precedido de regular procedimento no qual a autoridade averigue a existência do fato gerador da obrigação, determine a matéria tributável e calcule o montante do tributo devido (CTN, art. 142, caput). Para tanto, dispõe o Fisco de amplos poderes

de investigação e fiscalização que lhe permitem apurar e quantificar as operações mercantis tributáveis (CTN, arts. 194 a 200).

Nesse contexto, o disquete, por si só, não poderia fundar o lançamento (leia-se: lavratura do auto de infração). As informações nele contidas consubstanciavam mera delação da existência do ilícito tributário, que impunha à autoridade lavrar termo de início da fiscalização para averiguar a veracidade da denúncia. Assim é que o Fisco haveria de confrontar os dados do **zip drive** com os registros de estoques, os livros de entrada e saída de mercadorias, os livros da contabilidade (v.g., registro de duplicatas, diário, razão etc) e, se necessário, com os extratos de movimentação bancária.

Nada disso foi feito. Desprezou-se, como se vê, o princípio da verdade real que norteia o procedimento administrativo fiscal. Com a palavra Alberto Xavier:

“Existindo escrituração regular, o Fisco está vinculado à sua adoção como base de prova da base de cálculo primária, podendo socorrer-se de outros meios probatórios para confirmar ou infirmar a sua correspondência com a realidade. Caso constate a inveracidade de um ou mais lançamentos contábeis, deve proceder à sua retificação, recompondo a verdade material do objeto do procedimento e procedendo, se caso disso, ao lançamento de ofício das parcelas tributáveis.

Não pode, porém, o Fisco, na existência de escrituração regular, deixar de cumprir o seu dever de investigação analítica dos fatos concernentes à base de cálculo primária, socorrendo-se direta e imediatamente do mecanismo do arbitramento.

(...).

Tal recurso, já o vimos, só é legítimo se a escrituração não existir, não for apresentada ao Fisco ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou relevar evidentes indícios de fraude” (Do Lançamento, Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 138-139).

E mais adiante arremata Alberto Xavier, ao afirmar que *“o dever de investigação do Fisco só cessa na medida e a partir do limite em que o seu exercício se tornou impossível, em virtude do não exercício ou do exercício insuficiente do dever de colaboração do particular em matéria de escrituração mercantil”* (obra citada, p. 141).

3.2. Certo, objeta o Estado do Paraná que o auditor fiscal adotou três medidas para se certificar quanto à veracidade das informações contidas no disquete, a saber: a) constatou que o **zip drive** era originário do mesmo software cadastrado pela autora junto à Receita Estadual sob n. 00137-6; b) por amostragem, solicitou a alguns clientes da contribuinte que lhe encaminhassem os comprovantes de pagamento das faturas, cujos números dos boletos bancários coincidiam com os números constantes do **zip drive**; e c) solicitou ao contador da autora os mesmos boletos bancários para conferência.

Conclui o contestante, à vista desses fundamentos, pela regularidade da autuação fiscal. Mais ainda, aduz que o ônus de desconstituir a veracidade do que apurado pela Administração Tributária é inteiramente debitado à autora.

Com o devido respeito, assim não me parece.

Em primeiro lugar, porque as diligências descritas nas alíneas “b” e “c”, além de não suprirem a fiscalização que deveria ter sido realizada nos livros e no estoque da autora, **haveriam de preceder o ato de lançamento**. E não ser levadas a efeito após a sua consumação, com o só objetivo de tentar purgar os vícios de origem que o maculavam. Basta ver que o auto de infração foi lavrado em 30.5.2003, e somente ao depois disso foi que o auditor fiscal coletou junto a clientes os boletos de pagamento e intimou a autuada, em 13.4.2004, para manifestação (fls. 165-170).

Ademais, a presunção de legitimidade do ato administrativo não desonera o Fisco de demonstrar, **no ato do lançamento (e não depois dele, repita-se)**, a existência concreta do fato gerador. Daí alertar a doutrina de Adelmo da Silva

Emerenciano que “quando se fala em ônus da prova no campo da tributação, imediatamente surgem vozes a afirmar que, em decorrência da presunção de legitimidade dos atos administrativos, o ônus é integralmente do contribuinte no que tange a demonstrar a inoccorrência do descumprimento da obrigação ou da infração. É absolutamente anacrônico e superado esse entendimento. Se o contribuinte não realizou o pagamento de algum tributo, compete exclusivamente ao fisco demonstrar que o fato jurídico tributário ocorreu” (Procedimentos Fiscalizatórios e a Defesa do Contribuinte, Campinas: Copola, 1995, p. 196).

Chama a atenção ainda a circunstância de a checagem da compatibilidade do **zip drive** com o software cadastrado junto à Receita não ter sido documentada mediante lavratura de termo. De fato, como o disquete entregue pelo denunciante não era documento oficial e sim mero instrumento de delação, cumpria à Administração Tributária, uma vez instaurado o procedimento, obedecer às formalidades necessárias a conferir eficácia probatória àquele material e garantir os direitos do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, registre-se que a própria coleta de informações junto aos clientes da autora se fez de forma um tanto insuficiente. De um universo de mais de três mil lançamentos supostamente referentes a vendas sem emissão de nota fiscal, o Fisco diligenciou a obtenção de apenas vinte boletos de pagamento. Isso representa fração desprezível do montante das operações havidas por suspeitas.

Donde a conclusão de que a Administração tributária não se desincumbiu do ônus de demonstrar, no ato do lançamento, os fatos geradores que teriam sido omitidos pela autora.

4. Do exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados na ação anulatória e na cautelar n. 1547/2008. De conseguinte, decreto a anulação do lançamento consubstanciado no auto de infração n. 6362575-2 (fls. 25-27) e declaro a inexistência da obrigação tributária nele mencionada.

Torno definitiva a medida liminar deferida às fls. 258 dos autos da ação cautelar.

Processos resolvidos com exame de mérito (CPC, art. 269, I).

Pela sucumbência, pagará o réu as custas e despesas de ambos os processos, bem como os honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 10.000,00.

P.R.I.

Londrina, 8 de março de 2010.

**Marcos José Vieira**

**Juiz de Direito**