

**PROCESSO** - A. I. Nº 087461.0006/03-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - JMJ CONSTRUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 21/09/2004

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0232-12/04

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), em razão da existência de vícios no procedimento de intimação ao contribuinte e na descrição do fato gerador do imposto referente à infração 1 da ação fiscal. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS com base no art. 119, § 1º do COTEB para que uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, face ao Controle de Legalidade exercido por aquele órgão, aprecie a referida Representação a fim de que o Auto de Infração em epígrafe seja julgado nulo devendo ser realizado novo lançamento e incluído o autuado em nova programação de fiscalização no tocante ao período de 1998 a 2002.

O Parecer de fls.111/119, elaborado pela Assessoria Técnica da PGE/PROFIS, apresenta-se, em síntese, na forma seguinte:

O Auto de Infração em epígrafe trata de 2 infrações:

INFRAÇÃO 1 ( exercício de 2002):

*"Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

*(....) Total da Infração : R\$ 9.953,78"*

INFRAÇÃO 2 ( exercício de 2003):

*"Deixou de apresentar Livros(s) Fiscal (is), quando regularmente intimado.*

*(....) Total da Infração R\$ 1.380,00."*

Na Infração 2 o autuante cobrou multa relativamente a 5 (cinco) intimações, feitas sucessivamente.

À fl. 98 encontra-se lavrado o Termo de Revelia.

À fl. 100, despacho da SAT/DARC/SECOB solicitando ao autuante esclarecimento referente à infração 2, e se teriam sido feitas por ele 4 ou 5 intimações.

O autuante, em resposta, diz à fl.103 que as intimações foram em número de 6 mas que ele só computou 5 na autuação visto que a primeira havia sido reutilizada.

A SAT/DARC/SECOB, à fl.105, em razão da informação do autuante quanto a questão da 5ª. Intimação, sugere uma Representação ao CONSEF.

Representação ao CONSEF pela exclusão do débito da 5ª e última intimação feita ao contribuinte no valor de R\$ 370,00.

À fl.110 a PGE/PROFIS solicita ao Auditor Fiscal, Dr. Ricardo Rêgo, para analisar e emitir Parecer, inclusive com relação aos demonstrativos fiscais.

O pedido de emissão de Parecer é para que se verifique a legalidade da autuação tanto quanto à infração 01 como também em relação à infração 02 com apreciação dos demonstrativos fiscais.

De referência a infração 1 do Auto de Infração o Sr. Auditor Fiscal aponta duas falhas, salientando a redação confusa do autuante e afirmando, em resumo, que os demonstrativos fiscais elaborados pelo autuante retratam a constatação de omissões de entradas de mercadorias o que não dá origem a fato gerador do imposto ensejando, entretanto, a utilização de crédito fiscal dado o princípio da não cumulatividade.

O entendimento do Sr. Auditor Fiscal pode ser compreendido mediante a exposição de seu raciocínio lógico a seguir transcrito, *ipsis literis* :

1º MOMENTO: O contribuinte vende mercadorias sem emitir nota fiscal (**omissão de saídas**). Com isso, passa a ter recursos financeiros, apesar de não poder declará-los na sua escrita, eis que originados a partir de vendas sem nota fiscal.

2º MOMENTO: Utilizando-se dos recursos financeiros obtidos no momento anterior, o contribuinte, agora, adquire mercadorias. Como tais aquisições foram feitas com recursos não declarados, o contribuinte, da mesma forma, também não pode registrar as respectivas notas fiscais de entrada (**omissões de entradas**). Afinal ele não teria como explicar a origem dos numerários utilizados nestas aquisições.

Segundo o Sr. Auditor Fiscal é a partir deste raciocínio que o Fisco consegue fazer a correlação entre a falta de registro de notas fiscais de entrada (omissão de entradas) e a omissão de saídas de mercadorias (fato gerador do imposto corrido em momento anterior).

Ao se presumir, segundo ainda o Sr. Auditor Fiscal, a omissão de saídas, faz-se uma segunda presunção, qual seja, a de que tais saídas se deram em operações tributáveis, isto é, as saídas omitidas no 1º momento estavam sujeitas à incidência do ICMS.

É nessa linha de raciocínio do Sr. Auditor Fiscal que é possível se vincular a omissão de entradas de mercadorias (**fato constatado pelo autuante** na auditoria de estoques) com a falta de pagamento do ICMS., *o que não foi explicado no Auto de Infração, não tendo o autuante providenciado maiores esclarecimentos.*

Evidencia, ainda, o Sr. Auditor Fiscal uma 2ª falha do Auto de Infração referente à infração 1 quando o autuante não esclarece de forma suficiente o conteúdo do demonstrativo fiscal de fl. 5 por ele denominado de "LEVANTAMENTO QUANTITATIVO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS" Como se infere dos autos o autuante não forneceu explicação sobre o que significariam os números existentes na coluna DIFERENÇA nem qual o seu significado em termos fiscais, tendo, o Sr. Auditor Fiscal à fl. 116 concluído que: não se sabe, nada foi dito quanto a isto, o que evidencia um Auto de Infração inconsistente.

O presente processo mostra que entre as fls. 85 e 94 existem 5 intimações acompanhadas dos respectivos canhotos de envios, em papel de fax.

De acordo com as informações do autuante nos autos teria ele intimado o autuado por 5 vezes, conforme comprovariam os citados canhotos e o contribuinte não teria atendido a nenhuma dessas intimações, razão porque a aplicação de uma multa por cada intimação o que totalizou

um débito de R\$ 1.380,00, tendo, ainda, o autuante pedido a exclusão do débito relacionado à 5ª e última intimação no valor de R\$370,00 explicando que a mesma teria sido atendida dentro do prazo.

Os documentos trazidos pelo autuante ao presente PAF não fazem prova de que o contribuinte possa realmente ter tomado ciência de cada uma das intimações.

Outra falha apontada nas intimações diz respeito à omissão de informação do autuante para o contribuinte quanto a forma e local de atendimento.

Assim, os documentos acostados ao PAF de fls.85/94 não se prestam à finalidade de comprovar a intimação do sujeito passivo, como bem esclarece o Sr. Auditor Fiscal.

A representação constante das fls. 120 a 124 diz que o Auto de Infração contra o autuado decorreu da apuração de irregularidades referentes à omissão de entradas de mercadorias, com a consequente falta de recolhimento do ICMS bem como relativas à não apresentação de livros e documentos fiscais quando regularmente intimado (fls. 1 a 4).

A representação acolhe os equívocos na realização do procedimento fiscalizatório apontados pela Assessoria Técnica da PGE/PROFIS, reconhecendo que, efetivamente, não foi acostado ao presente PAF nenhum documento capaz de atestar o recebimento das intimações pelo autuado.

A Ilustre procuradora manifesta-se também quanto ao fato de que a legislação não prevê a intimação do sujeito passivo por meio de fac-simile, ressaltando as disposições contidas no art. 108 do Decreto nº 7.629 de 09.07.1999 onde se encontram especificadas, *numerus clausus*, as formas de intimação.

A representação conclui *"que as irregularidades presentes no Auto de Infração não são passíveis de correção, o que enseja a nulidade do ato praticado, devendo ser declarado NULO o Auto de Infração de fls. 1 e 2, com a consequente renovação da ação fiscal"*.

## VOTO

Examinados os autos restam comprovadas diversas irregularidades no Auto de Infração que não são passíveis de correção como falhas no processo intimatório e no próprio teor da intimação ensejando a nulidade do ato praticado e que foram devidamente apontadas na presente Representação. Assim, voto pelo ACOLHIMENTO para declarar a NULIDADE do Auto de Infração e consequentemente a renovação da ação fiscal.

## 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, 30 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS