

**PROCESSO** - A.I. Nº 02993562/93  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - FARMÁCIA GRACE LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - SETRIF/SEAIF/ILHÉUS  
**INTERNET** - 10.08.04

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0251-11/04

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA AUTUAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. Representação proposta pela PGE/PROFIS nos termos do art. 119, II § 1º do COTEB (Lei nº 3.956/81) alterada pelas Leis nºs 7438/99 e 8534/02, fundamentada no fato de a documentação acostada aos autos não ser capaz de comprovar a irregularidade fiscal apontada pelo autuante. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 29/01/1993, para exigir o ICMS, no valor histórico de Cr\$1.289.337,41, por omissão de saída de mercadorias caracterizada por suprimimento efetuado ao caixa de origem não comprovada, constatado pelos pagamentos efetuados e detectado através do fluxo de caixa, que segue anexado ao Auto de Infração.

Houve citação pessoal frustrada. A Empresa de Correios e Telégrafos – ECT informa que a firma faliu. Em segunda citação pessoal, a ECT informa que houve mudança de estabelecimento, ensejando, portanto, a necessidade de citação do contribuinte autuado por edital, que não se manifestou no prazo legal, sendo lavrado Termo de Revelia, juntado aos autos do presente PAF à fl. 23.

Deste modo, houve a inscrição em Dívida Ativa e o conseqüente ajuizamento de Execução Fiscal.

Contudo, no banco de dados da Secretaria da Fazenda consta que a inscrição do referido contribuinte no Estado está cancelada. A mesma informação é prestada pela JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DA BAHIA - JUCEB.

Às fls. 41 e 42 do presente PAF, o representante da Procuradoria do Estado em Ilhéus proferiu Parecer, opinando pela nulidade da autuação, requerendo a remessa dos autos à CODAT para análise e representação ao CONSEF ou adoção das medidas que julgar cabíveis.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, houve a conversão da apreciação em diligência, encaminhando-se os autos à assessoria técnica da PGE/PROFIS, a fim de que fossem apreciados os argumentos trazidos no referido Parecer de fls. 41 e 42. Objetivou-se com tal diligência, a prestação da informação, à luz da documentação acostada aos autos, se de fato é possível afirmar que as infrações, objeto da autuação, efetivamente não se encontraram devidamente demonstradas.

O Auditor Fiscal, incumbido da realização da diligência, concluiu pela evidência de que a documentação trazida aos autos, pela autuante, não é suficiente para impor certeza à irregularidade apontada no Auto de Infração. Segundo o mesmo, não consta nos autos intimação ao sujeito passivo, pedindo que ele comprove a origem dos recursos objeto do suprimimento, o que descaracteriza o cometimento de uma possível infração fiscal.

O assessor técnico da PGE/PROFIS, ainda alerta para o fato da existência de segunda infração de caráter acessório.

Por fim, no exercício do controle da legalidade, houve Representação ao CONSEF com o propósito de que seja reconhecida a nulidade parcial do presente Auto de Infração, sendo reconhecido o vício que o macula, haja vista a ausência de comprovação documental da infração supostamente praticada pelo contribuinte.

Diante de tudo o que foi exposto, passo ao voto.

#### **VOTO VENCIDO**

Foram suscitados vários pontos no Parecer do representante da Procuradoria do Estado de Ilhéus a respeito da carência de documentação fiscal e contábil, comprobatória do cometimento da infração fiscal, demonstrada pelo Auto de Infração em comento.

Corroborando com o entendimento do Auditor Fiscal que procedeu à diligência, não estão presentes um dos requisitos mínimos para se considerar que a acusação tem fundamento de existir, que é a cópia da escrita contábil da empresa, onde se possa visualizar a existência de lançamentos desta natureza, que, no caso em foco, é suprimimento de conta caixa, lançamento de natureza devedora.

Resta-se, então, evidenciado que a documentação trazida aos autos pelo autuante não é satisfatória para impor certeza à irregularidade apontada no Auto de Infração.

Assim sendo, ACOLHO da Representação da PGE/PROFIS, reconhecendo a nulidade do presente Auto de Infração, haja vista o vício que o macula no tocante à ausência de comprovação documental da infração supostamente praticada pelo Contribuinte.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo dos fundamentos aduzidos pelo diligente que exarou o Parecer PROFIS nº 22/04, quando afirmou que para sustentar a acusação fiscal de suprimimento de caixa de origem não comprovada, deveriam estar presentes cópias da escrita contábil da empresa, onde se constatasse a existência de lançamentos dessa natureza e a intimação ao sujeito passivo para que o mesmo comprovasse a origem dos recursos.

E, ainda, ressalva que considera presente o primeiro elemento, concluindo que a ausência de qualquer um destes requisitos cria uma incerteza quanto à ocorrência da infração.

Entendo que a infração 1, está demonstrada às fls. 4 a 6 dos autos, e respaldada na legislação vigente à época, Lei nº 4825/89, que no art. 2º, § 5º, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem pagamento do imposto na hipótese de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimimento de caixa de origem não comprovada, ou manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entradas de mercadorias ou de pagamentos não contabilizados, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção.

E, relativo ao segundo requisito, não existe a previsão legal no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal que obrigue ao preposto fiscal ao constatar no curso da ação fiscal, qualquer irregularidade praticada pelo contribuinte, que importe em falta de pagamento de imposto (descumprimento de obrigação principal) ou por descumprimento de obrigação acessória, intime ou cientifique o fato para que o sujeito passivo apresente as provas do não cometimento da infração, *in casu*, a origem dos recursos que deram aporte ao caixa.

Portanto, no presente caso, o fato de não ter se localizado o autuado, após a adoção das formas de intimação previstas no art. 108 do RPAF vigente, embora torne ineficaz o procedimento fiscal, uma vez que será suspenso o curso da ação executiva, nos termos da Lei nº 6830/80 (art. 40),

entendo não é caso de nulidade parcial do Auto de Infração como exarado no parecer às fls. 49 e 50 dos autos que embasam a presente representação.

Pelo exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação nos termos em que foi proposta.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Rosa Maria dos Santos Galvão, Marcos Rogério Lyrio Pimenta e Nelson Teixeira Brandão.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATORA/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS