

A. I. N° - 0377007-4/96  
AUTUADO - CERNE CERÂMICAS REUNIDAS LTDA.  
AUTUANTE - MARIA CONSUELO BARROS  
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 04.08.04

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0283/01-04**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Parte do débito foi objeto de denúncia espontânea anterior à ação fiscal, tendo sido paga a parcela inicial do parcelamento, e havia Consulta pendente de decisão sobre matéria objeto do lançamento tributário em apreço. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/9/1996, apura os seguintes fatos:

1. divergência entre os valores do imposto [ICMS] recolhidos pelo contribuinte e os escriturados no livro de apuração;
2. utilização indevida de crédito fiscal [de ICMS] relativo a produtos destinados a uso, consumo e ativo fixo da empresa;
3. utilização de crédito fiscal [de ICMS] em valores superiores aos constantes nos documentos de arrecadação do imposto.

O autuado apresentou defesa argüindo a nulidade do Auto de Infração, porque este foi lavrado na repartição, quando deveria ser lavrado no estabelecimento da empresa, impossibilitando assim o contribuinte de acompanhar o trabalho fiscal, causando cerceamento de sua defesa. Diz que no julgamento do Auto de Infração nº 02720950/91 o CONSEF se posicionou de acordo com a tese acima exposta, por considerar que a norma regulamentar não é inócuia e deve ser cumprida. Aduz que a decisão naquele caso mostra que o ato jurídico praticado com preterição de solenidade prevista em lei é nulo, conforme prevê o art. 145, IV, do Código Civil [1916], sendo este o destino dos atos e termos processuais que dependam de forma expressamente prevista em lei, consoante se deduz da leitura do art. 154 do referido diploma legal.

O autuado pede ainda a nulidade no que diz respeito especificamente aos itens 1º e 3º do Auto de Infração, tendo em vista que, no dia 28/8/96, antes, portanto, do início da ação fiscal, protocolou na INFRAZ Simões Filho uma denúncia espontânea de débito, alcançando justamente o tributo novamente cobrado nos referidos itens, conforme cópia anexa. Argumenta que, tendo feito a denúncia espontânea anteriormente ao procedimento fiscal, sua empresa não poderia ser autuada. O autuado aduz que, na oportunidade da autuação, estava aguardando a liberação do DAE para pagamento dos 10% iniciais, sendo então surpreendido com a ação fiscal. Requer o direito de pagar o tributo sem multa, com fundamento no art. 399, § 3º, do RICMS/89. Observa que a jurisprudência do CONSEF lhe dá amparo nesse sentido, a exemplo do que ocorreu no julgamento do Auto de Infração nº 02739066/91, tendo a PROFAZ emitido parecer caracterizando a espontaneidade do contribuinte, muito embora o mesmo só tivesse comprovado a ineficácia da autuação após o início da ação fiscal. Cita ainda como exemplo da impossibilidade de autuação

sobre parcela objeto de denúncia espontânea a Resolução nº 3487/96, da 4<sup>a</sup> Câmara, cuja ementa transcreve. Pede que sejam anulados os lançamentos dos itens 1º e 3º.

Também requer a nulidade do item 2º do Auto de Infração, porque a empresa havia protocolado, em 12/11/93, uma Consulta sobre a matéria objeto da autuação, conforme Protocolo nº 741365/93. Diz que, em 8/7/94, ao ser cientificada do resultado da Consulta, a empresa impetrou recurso voluntário, através do Processo nº 744596/94. Argumenta que o recurso, de acordo com a lei e a jurisprudência, suspende a exigibilidade do crédito. Nesse sentido, transcreve as ementas de 6 Resoluções do CONSEF. Pede que, por estar a matéria pendente de decisão final em processo de Consulta, o lançamento seja anulado.

Quanto ao mérito, que diz abordar apenas em respeito aos princípios da eventualidade e da concentração da defesa, mas sem abrir mão das preliminares suscitadas, o autuado diz que a autuação também é improcedente. Alega que foram glosados créditos fiscais relativos a insumos. Fala da jurisprudência do STF e do STJ e da jurisprudência administrativa acerca da matéria. Cita doutrina. Tece considerações fundadas no princípio da não-cumulatividade.

Conclui pedindo a nulidade do Auto de Infração ou a declaração da sua improcedência.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação dizendo que a Secretaria da Fazenda, agindo no interesse do Departamento de Administração Tributária (*sic*), deflagrou uma operação especial que implicou a intimação de diversos contribuintes que apresentavam indícios de sonegação fiscal, e esta empresa constava na relação. Diz que ela, como auditora fiscal, foi designada para aquela operação, para fazer o atendimento personalizado aos representantes das empresas intimadas, o que foi feito nas dependências da inspetoria, de modo que, quando foi o caso, também ali foram realizadas as autuações. Observa que, de acordo com o dispositivo a que se apegou a defesa para pedir a anulação do procedimento, o Auto de Infração é lavrado no estabelecimento do infrator ou em outro local onde se tenha verificado ou apurado a infração. Como as infrações foram verificadas na inspetoria, ali o Auto de Infração foi lavrado, não havendo cerceamento de defesa, inclusive porque o sujeito passivo teve 30 dias para defender-se. Seguem-se considerações acerca do regulamento subseqüente, o de 1997, relativamente ao início do procedimento fiscal, assinalando que, desde 31/7/96 a empresa se encontrava sob ação fiscal, fato que exclui a espontaneidade do sujeito passivo. Observa que os documentos foram arrecadados em 28/8/96. Aduz que a denúncia espontânea exclui a espontaneidade é quando se faz acompanhar do pagamento do imposto devido e seus acréscimos. Conclui dizendo que mantém os lançamentos dos itens 1º e 3º em todos os seus termos e valores.

Com relação ao item 2º, a auditora considera que a irresignação do autuado é inócuia, em face do art. 76, IV, do RPAF/81, pois não produz efeitos a Consulta formulada quando contraria literalmente disposição de lei., e no caso vertente foi contrariada a regra do art. 97, I e II, do RICMS/89. Considera haver completa discrepância entre a jurisprudência apresentada e o caso concreto em exame. Declara manter igualmente o lançamento do item 2º.

A PROFAZ emitiu parecer opinando pela procedência do Auto de Infração.

Feita a distribuição do processo no CONSEF, o ilustre Relator (de então), Dr. Alexandre Lisboa, determinou que os autos retornassem à repartição de origem a fim de que fosse anexada comprovação de recebimento, por parte do autuado, da intimação constante à fl. 5, recomendando que, depois, o processo fosse enviado à PROFAZ para anexar cópia da resposta do recurso voluntário interposto através do Processo nº 744596.

A diligência foi cumprida apenas parcialmente: a PROFAZ emitiu parecer dizendo ser desnecessária a prova do recebimento, pela empresa, da intimação à fl. 5, diante do Termo de

Arrecadação de Livros e Documentos que deu início à ação fiscal, pois, assim, o sujeito passivo teve ciência do início do procedimento. Com relação ao recurso interposto à decisão da Consulta, o representante da PROFAZ diz acompanhar o que foi dito pela autuante, nos termos do parecer anteriormente proferido nos autos, pois não gera efeitos a Consulta formulada em desacordo com os requisitos legais para sua admissibilidade, e o mesmo entendimento é extensivo ao referido recurso.

O novo Relator, Dr. Helcônio Almeida, determinou uma segunda diligência, remetendo o processo à repartição de origem, para que fosse atendida a diligência à fl. 196, e para que fosse informado o andamento do Processo nº 791601/96, e se encaminhasse afinal à PROFAZ para complementar a diligência à fl. 196.

A auditora declarou o seguinte: a intimação à fl. 5 foi devolvida em 12/9/96 à repartição por preposto da empresa, e isso não foi contestado nos autos; o documento é público e autêntico; tal intimação havia sido distribuída pelos Correios, sendo que a esse tipo de intimação circular, emitida por computador, não se vincula o aviso de recebimento (AR); o endereço da correspondência está correto; trata-se de empresa há pelo menos três anos em funcionamento no mesmo local; os roteiros de entrega de correspondências são sempre executados pelos mesmos profissionais, que conhecem bem cada área de entrega; é público e notório que os Correios não entregam qualquer correspondência a destinatário diverso do sobrescrito no envelope, ainda mais quando tal destinatário é empresa comercial tradicional, conhecida e perfeitamente individualizada; também é público e notório que uma correspondência sobrescrita não demora mais que 72 horas para ser entregue a seu destinatário, ainda mais dentro do mesmo Estado e dentro do mesmo município; nos termos do RPAF/81, aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativos fiscais as normas do CPC, e este, nos arts. 334, I e IV, e 335, prevê que não dependem de prova os fatos notórios e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, e que em falta de normas jurídicas particulares o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece; contraria o senso comum considerar que uma correspondência corretamente endereçada, destinada a empresa comercial, tradicional e conhecida, comprovadamente postada em 31/7/96, não tivesse sido entregue ao destinatário até 28/8/96; o autuado pretende fazer crer na coincidência da formalização da denúncia espontânea antes do recebimento da intimação; após a denúncia espontânea, ainda que fruto de um procedimento incompleto e incorreto, pois não recolheu a parcela inicial, o contribuinte recebeu a intimação e apresentou-se à repartição; os indícios de sonegação fiscal são anteriores a 31/7/96, daí ter sido deflagrada a aludida operação fiscal de que resultou esta autuação; merece especial relevo o parecer da PROFAZ. A auditora conclui sua explanação sugerindo:

1. o encaminhamento dos autos ao setor competente da INFRAZ Simões Filho, para informar o andamento do Processo nº 791601/96, relativo à denúncia espontânea;
2. o encaminhamento à PROFAZ, para anexação da resposta ao recurso voluntário impetrado através do Processo nº 744596/94;
3. o retorno dos autos ao órgão julgador.

O Inspetor Fazendário declarou que, realmente, em 28/8/96, a empresa protocolou pedido de parcelamento de débito tributário em que parte do débito denunciado também integra o presente Auto de Infração, sendo que a parcela inicial de 10% foi paga em 30/6/97.

Mais uma vez o processo foi remetido em diligência pelo Relator, Dr. Helcônio Almeida, para dar cumprimento ao despacho à fl. 200, segunda parte.

A PROFAZ/SEJUR determinou que a GEASS informasse sobre o recurso voluntário interposto no processo de Consulta. Foi informado que a empresa apresentou recurso impugnando a resposta à Consulta formulada, porém a competência para apreciar o recurso é da Câmara Superior do CONSEF.

Redistribuídos os autos pela terceira vez, o nobre Relator, Dr. Carlos Fábio Cabral Ferreira (possivelmente da Câmara Superior), fez ver que o que se objetiva neste processo é o primeiro julgamento do Auto de Infração, cuja competência é das Juntas de Julgamento. Assinala o ilustre Conselheiro que, para que isto seja possível, é necessário que:

1. seja anexada resposta ao recurso voluntário nº 744526 ou 744596 (considera não suficientemente claro o algarismo da dezena – fl. 160), interposto contra decisão de Consulta administrativa do sujeito passivo, formulada anteriormente, conforme cópia juntada à defesa, às fls. 160/188; caso contrário, informar o seu andamento;
2. seja informada a data em que o autuado foi cientificado da resposta à Consulta citada no item anterior;

Ainda no despacho do Sr. Conselheiro Carlos Cabral, é assinalado que o parecer da PROFAZ às fls. 208-209 considerou que os autos se referem a recurso voluntário, e, por isso, remeteu o processo, equivocadamente, para julgamento pela Câmara Superior do CONSEF, porém o recurso voluntário contra a decisão de Consulta é objeto de outro processo, citado acima. Concluiu determinando que o processo fosse diligenciado no sentido de se atender ao que vem sendo reiteradamente solicitado, conforme despachos às fls. 196, 200, 207 e 207-verso, e sem atendimento até então.

Remetido o processo à Supervisão de Processos da INFAZ Simões Filho, o Supervisor emitiu despacho retornando os autos à Coordenação de Cobrança, para “melhor verificação” dos assuntos tratados nas diligências solicitadas, uma vez que estas se atêm exclusivamente a assuntos de natureza administrativa, inerentes, por conseguinte, ao órgão preparador daquela inspetoria. Em despacho adicional, o Supervisor de Processos informa que o presente processo, recebido pelo seu setor em 7/4/00, não se encontra “transitado” para o aludido setor através do sistema de controle interno de processos, razão pela qual a devolução foi feita também sem tramitação.

Um agente de tributos da Carteira de Cobranças, que não se identificou, declara no verso da fl. 212 que recebeu o processo em 27/02/2004. Como o algarismo “4” saiu rasurado, ele repetiu em seguida: 217/02/2004. O mesmo servidor, em despacho à fl. 220, submeteu o processo à apreciação do Inspetor Fazendário, informando que em sua Carteira de Cobrança não existem elementos suficientes para atender à diligência às fls. 211 e 212.

O Inspetor Fazendário de Simões Filho, Dr. Ademilson Barnabé da Silva, informou que, de acordo com informação da Carteira de Cobrança, não há elementos suficientes para atender à diligência às fls. 211 e 212, que diz respeito à solicitação para que fosse anexada resposta do recurso voluntário nº 744526 contra decisão de Consulta administrativa anteriormente formulada pelo sujeito passivo, ou, caso contrário, à informação quanto ao andamento do processo, e à solicitação para que seja informada a data em que o autuado foi cientificado da resposta à Consulta. O Inspetor declara que foram envidados todos os esforços para localização do retorno do referido processo de recurso voluntário àquela unidade, sem lograr êxito. Diz que chegou a solicitar ao contribuinte, através de intimação, que fosse apresentado o seu livro de ocorrências, na expectativa de que se pudesse encontrar o registro de entrega ou ciência da resposta ao recurso, porém também essa tentativa foi frustrada. Acrescenta que manteve, por fim, contato

pessoal com os atuais sócios da empresa e com sua contadora à época, sendo informado que até aquela data não tinham recebido nenhuma resposta do referido recurso voluntário. Diz supor que o processo ainda se encontra na PROFAZ, atual PROFIS, a quem cabe provar, através de protocolo, a data da entrega e o nome do servidor que recebeu o processo, para que se possa imputar responsabilidade. Aduz que cópia do recurso voluntário se encontra anexada ao processo.

## VOTO

Este processo contém coisas estranhas. O ilustre Inspetor Fazendário de Simões Filho chega a falar em imputação de responsabilidades. Limitar-me-ei a falar apenas do que é da minha competência: julgar o procedimento administrativo relacionado ao lançamento do crédito tributário em discussão.

A defesa suscitou três preliminares: uma genérica, acerca do procedimento fiscal como um todo, outra relativa aos itens 1º e 3º, e outra relativa ao item 2º.

Rejeito a primeira preliminar, que questiona a legalidade do Auto de Infração por ter sido lavrado na repartição fiscal, e não no estabelecimento do autuado. A legislação da época do procedimento, como a atual, prevê que o Auto de Infração seja lavrado no estabelecimento do sujeito passivo ou no local onde a infração for constatada ou apurada. Se a constatação se deu no recinto da repartição, é legal a autuação ali efetuada.

Quanto aos itens 1º e 3º, depois de muitas idas e vindas do processo, foi declarado pelo Inspetor Fazendário da época, Dr. Cosme Alves dos Santos, que realmente o sujeito passivo havia feito uma denúncia espontânea em 28/8/96 – antes, portanto, do presente Auto de Infração, que é de 16/9/96 – envolvendo débitos lançados no presente Auto de Infração. Foi determinado que a auditora fiscal juntasse prova de que o sujeito passivo havia sido intimado do início da ação fiscal antes da apresentação da denúncia espontânea. A solicitação não foi atendida. Sendo assim, são nulos os lançamentos dos itens 1º e 3º do Auto de Infração.

Com relação ao item 2º, está provado que, antes da ação fiscal, o sujeito passivo havia formulado Consulta à fazenda estadual sobre a matéria. Ao receber a resposta, não se conformou com o resultado, e deu entrada em recurso voluntário.

### Cadê o recurso?

Foram determinadas várias diligências – fls. 196, 200, 207, 207-verso –, junto à PROFAZ, junto à INFRAZ Simões Filho, e não se localiza o recurso. Segundo o Inspetor Fazendário, no livro de ocorrências da empresa não constam informações sobre o tal instrumento. Declarou ainda o ilustre Inspetor que manteve contato pessoal com os atuais sócios da empresa e com sua contadora à época, sendo informado que até aquela data não tinham recebido nenhuma resposta do referido recurso voluntário.

Enfim, se a empresa fez Consulta à fazenda estadual acerca da matéria objeto da autuação e a resposta à Consulta está pendente de decisão, não pode o sujeito passivo ser autuado. É também nulo o lançamento do 2º item.

Noto que o presente Auto de Infração envolve fatos ocorridos em 1995 e 1996. Foi lavrado em 16/9/96. Destaco esta data, por dois motivos: primeiro, porque não é normal que um Auto de Infração lavrado em 1996 somente agora esteja sendo julgado; segundo, porque, após vários atos datados de 1997 e 1998, às fls. 194/199, consta um despacho à fl. 200 datado de 1996. De maio de 1998 até janeiro de 1999, o processo esteve na Inspetoria aguardando a mera juntada de um papel. Houve problemas de tramitação, acusados pelo Supervisor de Processos da INFRAZ Simões Filho

(fl. 212). Ainda no âmbito da Inspetoria, noto que o processo ficou lá retido de abril de 2000 a fevereiro de 2004 (fl. 212-212-verso).

Esses aspectos podem não ter relevância, mas não custa nada apontá-los.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que, antes de nova ação fiscal, se o interessado sanar alguma irregularidade porventura existente, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **0377007-4/96**, lavrado contra **CERNE CERÂMICAS REUNIDAS LTDA**.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA