

**PROCESSO** - A. I. Nº 210613.0301/05-8  
**RECORRENTE** - ELMIR MENDES DA COSTA (COMERCIAL COSTA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0018-05/06  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 13/11/2006

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0365-11/06

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. O autuante ao deixar de fornecer ao autuado os demonstrativos elaborados e as notas fiscais coletadas no CFAMT, cerceou o seu direito de defesa. Retornem-se os autos à Primeira Instância para entrega dos documentos acima mencionados, com a reabertura do prazo de defesa. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão JJF nº 0018-05/06, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$36.096,46 em decorrência da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de suprimentos de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 2001 a 2003.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu rejeitar o pedido de diligência fiscal por entender que o PAF continha os elementos de prova necessários ao seu convencimento.

No mérito, o órgão julgador manteve a autuação referente aos exercícios de 2001 e 2002, por ter sido acatada pelo autuado.

Em relação ao exercício de 2003, entendeu que:

1. os recibos de empréstimos feitos pelo sócio e apresentados pelo contribuinte, desacompanhados de documentos fiscais e contábeis que comprovassem a efetiva entrada dos numerários, tais como a declaração do Imposto de Renda e os contratos firmados, não se prestavam a elidir a presunção legal de realização de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal;
2. os documentos referentes à venda de imóveis, tidos pelo autuado como prova da capacidade financeira do sócio para realizar os referidos empréstimos, além de não comprovarem o ingresso do numerário no caixa da empresa, totalizaram apenas R\$37.000,00, montante insuficiente para fazer frente ao valor supostamente emprestado pelo sócio à empresa (R\$161.000,00);
3. restaram comprovados os pagamentos não contabilizados pelo autuado pelas cópias dos documentos fiscais juntados aos autos.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 1075 a 1082), o sujeito passivo inicialmente pede a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, pelas razões a seguir elencadas:

1. não lhe foram fornecidas cópias das notas fiscais indicadas pelo autuante como “*não lançadas e não contabilizadas*”, entre outros documentos não constantes de sua escrita fiscal;

2. a desclassificação de sua escrita foi absolutamente injustificada, abusiva e arbitrária, *“já que não havia motivos para se afastar a presunção de legitimidade e veracidade dos registros contidos na escrita”* e o autuante dispunha de todos os meios para aferir o movimento operacional da empresa.

No mérito, alega que a constatação de ingresso de recursos financeiros não pode significar que todas as receitas obtidas sejam decorrentes de operações de venda de mercadorias, mas podem ser também oriundas de empréstimos ou financiamentos obtidos, venda de veículos ou outros bens, locação de imóveis, pagamento de vales tomados por funcionários etc.

Argumenta, ainda, que opera com produtos isentos e com a tributação já antecipada, operações que deveriam ter sido deduzidas do valor tributável pelo ICMS, bem como os créditos fiscais a que tem direito.

Por fim, diz que está anexando as declarações do Imposto de Renda do titular do estabelecimento, referentes aos anos-base de 2000 a 2004 e requer a reforma da Decisão recorrida, com a conseqüente nulidade do Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS opina pela necessidade de realização de diligência para que sejam fornecidas ao contribuinte as cópias das notas fiscais de entrada coletadas no CFAMT, as quais serviram de suporte à autuação fiscal, evitando-se, assim, o risco de futura alegação de cerceamento ao direito de defesa, com a conseqüente declaração de nulidade dos atos praticados.

O PAF foi incluído em pauta suplementar e esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela desnecessidade de realização da diligência sugerida pela PGE/PROFIS, haja vista que a entrega dos documentos fiscais e dos demonstrativos que embasaram o lançamento, neste momento processual, implicaria a supressão de instância, não podendo ser corrigido o vício por esta Câmara de Julgamento Fiscal.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Manuela Tapioca de Rezende Maia, apresentou o seu Parecer (fls. 1109 a 1113) opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, o qual foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho (fl. 1114), fundamentada nos argumentos a seguir apresentados:

Em relação às infrações 1 e 2 (constatação de suprimentos de caixa por meio de notas fiscais de entradas obtidas no CFAMT) diz que não há nos autos nenhum comprovante de recebimento da documentação em que se baseou o autuante, sendo procedente a alegação recursal, de que há vício insanável contaminando o presente PAF, o que contraria as disposições do artigo 46, do RPAF/99.

Quanto às infrações 3, 4 e 5, afirma que não assiste razão ao contribuinte, haja vista que, *“embora os recursos estejam contabilizados nos livros fiscais do recorrente, não consta dos autos nenhuma movimentação bancária que comprove a transferência desses recursos do patrimônio do sócio para o da empresa”*, não logrando, o autuado, descaracterizar a presunção legal estabelecida no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96.

Conclui dizendo que deve ser declarada a nulidade parcial do lançamento, *“mais precisamente em relação aos itens 1 e 2 do demonstrativo de débito constante do Auto de Infração, relativos, respectivamente, aos exercícios de 2001 e 2002”*. Entende, contudo, que *“no que tange aos itens 3, 4 e 5, deve ser confirmada em segunda instância a Decisão da 5ª JF”*.

O Parecer foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho (fl. 1114)

## VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio da constatação de suprimentos de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 2001 a 2003.

Examinando os documentos acostados ao PAF, verifico que foi apurada a irregularidade apontada em razão dos seguintes fatos:

1. nos exercícios de 2001 e 2002, os suprimentos de caixa foram detectados por falta de contabilização de notas fiscais de aquisição de mercadorias coletadas no sistema CFAMT da Secretaria da Fazenda, conforme os documentos de fls. 153 a 1038;
2. no exercício de 2003, os suprimentos de caixa foram apurados por meio de empréstimos supostamente concedidos pelo sócio sem a comprovação de sua origem.

Constato, ainda, que o autuado não recebeu fotocópia de nenhum dos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 5 a 18), muito menos das notas fiscais obtidas no CFAMT (fls. 153 a 1038), o que, sem sombra de dúvida, cerceou o seu direito de defesa. Entretanto, tal vício formal deveria ter sido saneado pela instância de julgamento inferior, reabrindo-se, ainda, o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, o que não foi feito. Entendo que não cabe, neste momento, a retificação do equívoco processual, sob pena de supressão de instância com novo prejuízo para o contribuinte.

Cabe ressaltar que houve um equívoco da representante da PGE/PROFIS, ao se referir à existência de cinco infrações neste Auto de Infração. Na realidade, somente uma infração foi apontada e, dessa forma, não há que se falar em nulidade parcial, como sugerido no Parecer opinativo da Procuradoria Fiscal.

Sendo assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, apresentado pelo autuado, para ANULAR a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para que, em diligência à Inspeção de origem, determine a entrega ao autuado de fotocópias dos demonstrativos de apuração da infração, além das notas fiscais de entradas (fls. 5 a 18 e 153 a 1038), reabrindo-se o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para que o autuado se manifeste, com posterior apresentação da informação fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 210613.0301/05-8, lavrado contra **ELMIR MENDES DA COSTA (COMERCIAL COSTA)**, determinando-se o retorno dos autos à Primeira Instância para que, em diligência à Inspeção de origem, determine a entrega ao autuado de fotocópias dos documentos de fls. 5 a 18 e 153 a 1038, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS