

**PROCESSO** - A. I. Nº 156743.0002/06-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - REGINALD MELEN (UMA COMERCIAL DE BEBIDAS)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFACIL ILHÉUS  
**INTERNET** - 12/09/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/08

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com fundamento no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade da autuação por existência de “vício insanável” comprovado, tendo em vista haver sido aplicado para apuração do imposto, método impróprio ao ramo mercantil do contribuinte, posto que comercializa mercadorias sujeitas à substituição tributária. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, lastreada nos artigos 119, II, c/c 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face o Controle da Legalidade, exercido pelo órgão, propondo que o CONSEF declare a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/07/2006, com a imputação de falta de recolhimento do ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa.

Intimado, transcorreu o prazo legal e o autuado não se manifestou, razão da lavratura do Termo de Revelia (fl. 36) e remessa do PAF para inscrição do débito na Dívida Ativa.

Autorização advinda da PGE/PROFIS (fl. 42), os autos foram remetidos à INFACIL de origem para as providências inerentes ao lançamento na Dívida Ativa. Nessa oportunidade, foram anexadas ao feito a Defesa do autuado (fl. 45) e a Informação Fiscal (fls. 48/49), provocando, portanto, o retorno dos autos à PGE/PROFIS para a devida manifestação, em razão das ponderações constantes nas aludidas peças.

Na Representação proposta, os ilustres procuradores, Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, Dr. José Olavo Senna e Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, abordam, inicialmente, a intempestividade da defesa, confirmando a revelia administrativa, não sendo aceitas as teses do autuado.

Porém, considerando a competência do Órgão para exercer o controle da legalidade na procedimentalidade e os argumentos trazidos pelo autuante na informação de fls. 48/49, decidem os procuradores oferecer a presente representação, asseverando que a legislação atribui à Procuradoria Fiscal a competência para opinar no Processo Administrativo Fiscal, inclusive com vistas à inscrição na dívida ativa estadual.

Meritoriamente, os procuradores admitem que o exame do processo conduz ao entendimento de que o método aplicado nessa ação fiscal não se coaduna com a atividade do autuado, ou seja, apurou saldo credor de caixa quando o autuado é empresa de comercialização de bebidas, totalmente sujeita ao regime de substituição tributária, fato admitido pelo próprio autuante.

Configura-se, assim, a hipótese prevista no art. 114, II, do RPAF, ou seja, existência de vício insanável, provocando a representação ao CONSEF para apreciar a Nulidade da autuação.

Aduzem os ilustres procuradores que, na informação fiscal, o autuante reconhece a possibilidade de apurar possíveis diferenças de recolhimento do ICMS do autuado, no regime SimBahia, exercícios de 2001 a 2005, apresentando, às fls. 51 a 63, peças de novo procedimento fiscal.

O Parecer é concluído no sentido de que, para colocar o presente PAF dentro da ordem, são necessárias as seguintes providências:

*“- Sejam desentrenhadas as fls. 51 a 63 para a formação do novo PAF sob número já a ele atribuído, qual seja n. 156743.0005/06-05, e que o mesmo seja remetido à INFRAZ Ilhéus para intimação do autuado e reabertura do prazo de defesa e seguimento dos trâmites regulamentares.*

*- Em relação ao presente Auto de Infração, entendemos presente a hipótese compreendida no art. 11, II do RPAF/Ba, vício insanável, conforme demonstrado, em virtude do que esta PROFIS propõe Representação ao E. CONSEF, a fim de que seja julgado Nulo o acima referido Auto de Infração e que consequentemente se proceda ao cancelamento da sua inscrição em Dívida Ativa.”*

A Representação foi ratificada pela procuradora revisora (fl. 69), com a recomendação de que se desse continuidade à nova autuação (fls. 51/53), com a finalidade de cobrar possível diferença de ICMS, concernente ao regime simplificado de apuração do imposto.

O procurador assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, à fl. 70, proferiu despacho na linha de acolher todos os termos do Parecer exarado pela douta procuradora, Dra. Sylvia Amoêdo, colacionado às fls. 66/68 dos autos, com a interposição de Representação ao CONSEF, visando a declaração de nulidade do Auto de Infração em comento, pela improriedade do método de apuração do imposto.

## VOTO

Cuida o Auto de Infração de exigência do ICMS incidente sobre a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sendo a imputação apurada através da auditoria de saldo credor de caixa, enquanto a presente Representação tem por objeto a declaração de nulidade do lançamento fiscal.

Após cuidadosa análise das peças processuais, especialmente do Auto de Infração (fls. 01 e 02), do Parecer da PGE/PROFIS (fls. 66 a 68) e da Informação Fiscal prestada pelo autuante (fls. 48/49) acompanhada dos documentos de fls. 50 a 63, constato que o Agente Fiscal se valeu, na ação fiscal, de método de auditoria inadequado com a atividade comercial do autuado, qual seja, a comercialização de bebidas, com imposto pago por antecipação.

Tal fato é confirmado, nos autos, pelo próprio autuante à fl. 48, quando admite inclusive que tentou junto ao inspetor fazendário cancelar o Auto de Infração e renovar o procedimento fiscal mediante nova ordem de serviço, o que não foi possível, haja vista que o mesmo já se encontrava lançado no sistema SIGAT.

Resta evidente, nesse contexto, que, consoante o art. 114, II, do RAPF, existe vício insanável na ação fiscal capaz de embasar a nulidade do Auto de Infração.

Do exposto, entendo incensurável e em estrita consonância com as normas legais o entendimento da PGE/PROFIS, sustentando a nulidade do Auto de Infração em comento, na medida em que se encontra caracterizada, no procedimento fiscal sob estudo, a existência de vício insanável.

Concludentemente, Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, a fim de declarar a NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta. Renovação do procedimento fiscal mediante nova ordem de serviço.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS