

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0065/11-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AIRLET EQUIPAMENTOS DE AR COMPRIMIDO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0108-03/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 31/10/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0319-12/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO RELATIVAMENTE A MATÉRIA OBJETO DE AUTO DE INFRAÇÃO ANTERIOR, PENDENTE DE DECISÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. Nos termos do art. 145 do CTN, o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo ou de Recurso de ofício, ou ainda por iniciativa de ofício da autoridade administrativa, neste último caso se, por exemplo, comprovadamente, no mesmo lançamento tiver havido dolo, fraude ou simulação, ou quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior, ou quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que exonerou totalmente o Sujeito Passivo.

O lançamento de ofício foi lavrado em 29/09/2011, para exigir o ICMS no valor de R\$42.305,04, em decorrência de 2 infrações, cujas acusações são as seguintes:

***Infração 1.** falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), levando-se em conta, no cálculo do imposto, a diferença de maior valor monetário, a das saídas, sendo lançado tributo no valor de R\$ 35.707,08, com multa de 70%;*

***Infração 2.** falta de recolhimento de ICMS constatada em face da existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, lançando-se o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas [apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado – 2006], sendo lançado tributo no valor de R\$ 6.597,96, com multa de 70%.*

A 3ª JJF decidiu, por unanimidade, julgar nulo o Auto de Infração, a partir do voto proferido pelo ilustre relator de primeira instância, cujo teor transcrevo abaixo:

VOTO

(...)

O autuado alegou e provou que os exercícios de 2005 e 2006 já haviam sido fiscalizados, tendo sido lavrado o

Auto de Infração nº 206825.0051/10-9 (fls. 108/111), de modo que a matéria se encontrava pendente de julgamento, pois o Auto de Infração anterior era referente aos mesmos exercícios (2005 e 2006) e sobre os mesmos itens.

O fiscal autuante, na informação prestada, confirma a existência do Auto anterior, e, quanto ao presente Auto, limita-se a sugerir que seja designado fiscal estranho ao feito para esclarecer os fatos. Com efeito, praticamente toda a informação fiscal é referente à especificação de fatos e procedimentos ocorridos antes mesmo da lavratura do Auto de Infração anterior, tendo naquela ocasião o contribuinte sido intimado duas vezes para corrigir os seus arquivos magnéticos, e os corrigiu, sendo com base nos arquivos corrigidos que a autoridade fiscal procedeu ao lançamento (AI nº 206825.0051/10-9).

O Auto anterior (fls. 108/111) é composto de 3 itens. E, de fato, o item 2º cuida dos mesmos fatos objeto do presente Auto de Infração, tendo naquele Auto, como no presente, sido adotado o mesmo roteiro de fiscalização, sendo apuradas omissões tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias nos exercícios de 2005 e 2006, cobrando-se o imposto, naquele Auto e neste, em ambos os exercícios, sobre as diferenças de maior expressão monetária apuradas em cada exercício.

O fiscal autuante alega que o Auto de Infração anterior foi julgado improcedente.

A fim de pôr ordem nos fatos, cumpre observar que na data em que foi lavrado o presente Auto de Infração, 29.9.11, o Auto de Infração anterior ainda se encontrava pendente de julgamento – ele somente viria a ser julgado improcedente pela 1ª Junta em 5.12.11, conforme Acórdão JJF 0319-01/11, e houve Recurso de Ofício, encontrando-se ainda pendente de Decisão.

E, mesmo que não tivesse havido Recurso e o processo anterior já tivesse transitado em julgado, ainda assim não poderia ser lavrado novo Auto de Infração relativamente ao mesmo fato, pois tal medida implica ofensa ao princípio da segurança jurídica. Somente será possível a renovação do procedimento caso o Auto de Infração nº 206825.0051/10-9 venha a ser declarado nulo por vícios formais na Segunda Instância deste Conselho.

Nos termos do art. 145 do CTN, o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo ou de Recurso de ofício, ou ainda por iniciativa de ofício da autoridade administrativa, neste último caso se, por exemplo, comprovadamente, no mesmo lançamento tiver havido dolo, fraude ou simulação, ou quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior, ou quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Por essas razões, o presente Auto de Infração é juridicamente inválido, por desatenção ao devido procedimento legal.

Deixo de representar no sentido de que se proceda a nova ação fiscal porque é preciso aguardar o julgamento definitivo do Auto de Infração nº 206825.0051/10-9.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 3ª JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de julgamento Fiscal para reapreciação da Decisão proferida.

Regularmente notificados da Decisão de primeiro grau, autuante e autuado quedaram-se silentes.

Presente à assentada de julgamento, em 15/10/2012, a advogada do recorrente, Dra. Lívia Magalhães – OAB 17.007, registrou que recebeu telefonema de pessoa que se dizia funcionário da SEFAZ, que lhe propôs desconto para pagamento à vista do quanto supostamente estaria sendo exigido do recorrente.

Foi requerido por este Conselheiro que a ilustre advogada do recorrente dirigisse expediente à Presidência deste CONSEF com relato detalhado do episódio relatado em mesa.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 3ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0108-03/12 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação às infrações 1 e 2, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

Auto de Infração lavrado em 29/09/2011, exige ICMS que monta em R\$42.305,04, entretanto, a 3ª JJF, decide por exonerar totalmente o contribuinte do quanto lhe é exigido.

O Recurso que se aprecia cinge-se a duas infrações que acusam o Sujeito Passivo de falta de

recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração - apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias nos exercícios de 2005 e 2006 -, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, levando-se em conta para o cálculo do imposto, em ambos os exercícios, a diferença de maior valor monetário – o das omissões de saídas e de entradas, respectivamente.

Da análise dos autos, vejo que reparo algum merece a Decisão recorrida.

O fato é que restou provado que o Sujeito Passivo já havia sido fiscalizado nos mesmos exercícios autuados e pelos mesmos fatos, no Auto de Infração sub exame, período para o qual foi lavrado outro Auto sob número 206825.0051/10-9 - informação confirmada pelo próprio autuante. Há que se ressaltar que à época da lavratura do presente Auto de Infração, o primeiro Auto ainda não havia sido julgado, sequer em primeira instância.

A conclusão a que se chega é que o fisco, através do autuante, investiu contra o contribuinte para exigir imposto sobre um mesmo suposto fato gerador de ICMS em duas oportunidades – por via da lavratura de dois autos de infração. Quanto a esta circunstancia, não há discussão. Foi perpetrada uma ilegalidade flagrante por parte do agente do fisco.

No âmbito do processo administrativo, tem-se que tramitam dois processos contra um mesmo Sujeito Passivo, nos quais lhe são imputadas às mesmas infrações sobre um mesmo período de fiscalização, configurando a litispendência, em razão da coexistência, no mesmo órgão julgador, de duas demandas iguais e sobre o mesmo objeto, tendo como partes a Fazenda Pública Estadual e a Empresa Airlet Equipamentos de Ar Comprimido Ltda.

O Código de processo Civil em seu art. 267, V, estatui que “*extingue-se o processo, sem resolução de mérito: ... quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada*”. Nessa toada, o que se observa dos autos é que a situação de fato é idêntica à situação prevista no CPC, que veda expressamente a coexistência de demanda idênticas.

De outra banda, vê-se ofendido princípio elementar de direito que determina que não pode um mesmo Sujeito Passivo ser processado ou condenado duas vezes pelo mesmo fato – definição mais rasa do “*non bis in idem*”.

Isto posto, acompanho a Decisão dos eminentes julgadores de primeiro grau, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo incólume a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0065/11-8**, lavrado contra **AIRLET EQUIPAMENTOS DE AR COMPRIMIDO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS