

**A. I. N°** - 206825.0065/11-8  
**AUTUADO** - AIRLET EQUIPAMENTOS DE AR COMPRIMIDO LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 23/05/2012

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0108-03/12**

**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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.9.11, acusa dois fatos:

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%;
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%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 78/100) alegando que os exercícios de 2005 e 2006, que são os períodos auditados, já haviam sido fiscalizados, tendo inclusive sido lavrado o Auto de Infração n° 206825.0051/10-9, cuja cópia anexou à petição. Faz ver que no momento em que se iniciou a nova fiscalização daqueles mesmos exercícios (2005 e 2006) o Auto de Infração anterior se encontrava em diligência solicitada pelo CONSEF e a empresa já havia respondido ao que lhe cabia, pois a diligência era apenas para que o fiscal refizesse a planilha, deixando de existir omissão de entradas e passando a haver omissão de saídas. Argumenta que há evidente

pendência daquele processo, estando as partes – a Fazenda e a empresa autuada – aguardando o julgamento, sendo que, nesse ínterim, recebeu um telegrama determinando a entrega de toda a documentação, que foi entregue, apesar de considerar que a autoridade fiscal não poderia àquela altura do processo solicitar correção de elementos que haviam sido objeto de Auto de Infração decorrente de fiscalização dos mesmos exercícios (2005 e 2006) e sobre os mesmos itens, já que o Auto ainda se encontrava pendente de julgamento, tendo a nova exigência sido feita sob ameaças de punição, conforme cópia do telegrama, anexa.

Fala das providências adotadas quando da fiscalização anterior para correção de erros que haviam sido apontados pelo fisco.

Requer que o presente Auto seja julgado em conjunto com o Auto de Infração nº 206825.0051/10-9, em curso na 1ª Junta.

Protesta ser impossível a lavratura de Auto de Infração sobre fato objeto de outro Auto em curso de julgamento, que à época se encontrava na Inspetoria em diligência, tendo o autuante feito novo levantamento em cumprimento à diligência, e a empresa combateu o novo levantamento, demonstrando desacertos. Argumenta que, tendo o autuante exercido de forma ampla o seu poder fiscalizatório, somente poderia reiniciar o procedimento para apurar os mesmos fatos se houvesse indícios de fraude, dolo ou simulação, haja vista que o crédito tributário constituído mediante a lavratura de Auto de Infração somente poderá ser modificado em virtude de impugnação, recurso de ofício ou em situações excepcionais que não se enquadram neste caso, nos termos dos arts. 145 e 149 do CTN.

Alega que no caso do item 1º já houve decadência do direito do fisco de proceder ao lançamento. Cita jurisprudência. Assinala as regras dos arts. 173 e 156, V, do CTN.

Especifica os itens do Auto de Infração nº 206825.0051/10-9 que foram impugnados. Tece considerações acerca do histórico fiscal de sua empresa. Apela para a observância do princípio da razoabilidade. Insiste em que a autuação foi feita em relação a matéria já alcançada pela decadência. Reclama de cerceamento de defesa.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou que, no mérito, seja julgado improcedente. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 185/187) dizendo que o autuado em sua defesa repete argumentações já apresentadas por ocasião da defesa referente ao Auto de Infração nº 206825.0051/10-9.

Informa que por ocasião da fiscalização anterior o contribuinte havia sido intimado para corrigir inconsistências nos seus arquivos magnéticos até o dia 14.4.10 e entregar livros e documentos em 15.4.10, tendo o contribuinte registrado mudanças nos arquivos em 17.3.10, e com base nessas informações foram desenvolvidas as atividades fiscais, encontrando-se diferenças referentes aos levantamentos quantitativos dos estoques de mercadorias. Aduz que em 10.6.10 foram devolvidos todos os livros e documentos fiscais ao contribuinte, que foi intimado para verificar as diferenças encontradas e corrigir seus arquivos magnéticos até 8.7.10, e em 17.6.10 novas alterações nos arquivos magnéticos foram efetuadas pelo contribuinte, tendo sido com base, “agora”, nessas novas informações que em 24.8.10 foi lavrado o Auto de Infração [anterior], o qual foi julgado improcedente.

Prossegue informando que na nova auditoria o contribuinte foi novamente intimado em 23.7.11 para até o dia 25.8.11 corrigir os seus arquivos magnéticos, tendo os arquivos sido modificados em 11.8.11, e com base neles foram efetuados os procedimentos legais, resultando no Auto de Infração ora em análise.

O autuante conclui sua informação sugerindo que seja determinado que fiscal estranho ao feito apure a cobrança com base nos dados apontados ou configure o fato gerador para a cobrança da multa referente aos arquivos magnéticos, conforme preceitua o § 6º do art. 708-B do RICMS.

## VOTO

Este Auto de Infração é composto de 2 lançamentos, que dizem respeito a falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, em face da apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias nos exercícios de 2005 e 2006, fato esse 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, no item 1º, e o das omissões de entradas, no item 2º.

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 JF 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.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0065/11-8**, lavrado contra **AIRLET EQUIPAMENTOS DE AR COMPRIMIDO LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA