

**PROCESSO** - A. I. Nº 298575.0041/06-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SADIA S.A.  
**RECORRIDOS** - SADIA S.A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0035-03/07  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 10/08/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0288-12/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO APRESENTADA PELO SUJEITO PASSIVO ACERCA DE NOVOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar manifestação tempestiva do contribuinte acerca de novos demonstrativos apresentados quando da informação fiscal prestada pelo autuante. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. O processo deve retornar à primeira instância para nova Decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntários apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir R\$873.407,42 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$1.260,46, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004. Valor do débito: R\$377.050,49.
2. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004. Valor do débito: R\$5.763,58.
3. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. R\$11.478,93.
4. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas destinadas a empresas na condição de regime normal de apuração com alíquota indevida de 7%. Valor do débito: R\$458.826,18.
5. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte. Valor do débito: R\$19.474,67.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa: R\$1.260,46.

7. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do débito: R\$238,79.
8. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor do débito: R\$574,78.

O autuado apresentou impugnação (fls. 1924 a 1940), alegando que não há qualquer fundamento em relação a uma parte da autuação, e informa que já recolheu o débito correspondente às infrações 3, 4, 5, 6, 7 e 8, impugnando as infrações 1 e 2. Preliminarmente, comenta sobre o arbitramento da base de cálculo do ICMS, alegando que não há qualquer descrição fática na autuação fiscal que identifique situação de fraude, nem vício que torne imprestável a escrituração efetuada pela empresa, salientando que todas as saídas de mercadorias foram devidamente escrituradas, e por isso, o deficiente entende que “*não pode o Fisco adotar procedimento de arbitrar a base de cálculo por comodidade ou dificuldade em apurar eventual omissão de saídas tributáveis*”. Diz que o arbitramento somente deve ser aplicado quando a fiscalização não conseguir realizar seus trabalhos em razão da ausência de livros ou de escrituração; o arbitramento é medida excepcional, que somente se justifica em caso de absoluta impossibilidade de o Fisco apurar o tributo devido. No mérito, o deficiente alega que “*em que pese à existência de pequena diferença entre os registros de entradas e saídas das mercadorias, na medida em que alguns produtos são registrados em quilogramas e outros em quantidade de caixas comercializáveis*”, esse procedimento não acarreta recolhimento a menos do imposto. Diz que é perfeitamente possível apurar a quantidade de caixas e o respectivo peso por meio do rastreamento do produto pelo seu código de registro, e assim, certificar que as mercadorias que entraram e saíram do estoque foram às mesmas. Informa que para eliminar quaisquer controvérsias, elaborou duas planilhas com os dados constantes nos documentos fiscais, ficando demonstrado que as divergências não acarretaram o recolhimento a menos do imposto. Comenta sobre o princípio da verdade material, e acrescenta que, para comprovar a improcedência da autuação, junta aos autos, por amostragem, cópias de notas fiscais e do livro Registro de Inventário, além de planilhas referentes às entradas e saídas de mercadorias. Diz que há necessidade de prova pericial contábil para a perfeita compreensão dos fatos através de conhecimentos técnicos específicos, analisarem os documentos contábeis da empresa. Salienta que a capitulação do Auto de Infração foi efetuada com equívoco, por entender que a redação do art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 prevê a necessidade de atos fraudulentos para desconsiderar a escrita fiscal do contribuinte, além disso, houve equívoco do autuante ao considerar que houve mais saídas do que entradas no estabelecimento, porque considerou erroneamente serem produtos diferentes as margarinas e o creme vegetal. Os produtos são os mesmos, havendo apenas mudança de denominação, isto é, a margarina que tinha o código 436062 passou a denominar-se creme vegetal com o código 39403, tratando-se do mesmo produto. Diz que as planilhas acostadas aos autos comprovam que o produto 39403 (creme vegetal) teve movimentação no período de 01/01/2003 a 31/03/2003, e o produto 436062 (margarina) teve movimentação no período de 01/03/2003 a 31/12/2003, mas a fiscalização considerou como sendo duas movimentações distintas, e a transferência de código de um produto para outro não é feita via nota fiscal, mas por meio de movimento de estoque no sistema. Cita ensinamentos de Antônio da Silva Cabral, e assegura que ao contrário do que apurou a autuante, não houve diferenças entre as entradas e saídas de mercadorias, e a pequena diferença apurada, que é bem inferior ao apontado pela fiscalização, decorreu apenas do trânsito de mercadorias, ou seja, a pequena diferença de 438 caixas pode se referir a mercadorias estragadas ou extraviadas. Indica como assistente técnico o Sr. Waldemir Raimundo, e apresenta à fl. 1939 os quesitos a serem respondidos na perícia solicitada. Por fim, o deficiente protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, requer que todas e quaisquer intimações sejam dirigidas ao escritório do subscritor da peça defen, e pede a improcedência das infrações 1 e 2.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 2486 a 2489 dos autos, diz que não procede a alegação do autuado de que foi realizado arbitramento da base de cálculo do ICMS. Em relação às

infrações 1 e 2, informa que todos os documentos fiscais foram considerados no levantamento quantitativo de estoques, sendo fornecidas ao autuado cópias dos demonstrativos das entradas e saídas apuradas no período, relativamente a cada espécie de mercadoria. Apresenta o entendimento de que não se justifica converter todo o levantamento de unidade caixa para quilograma, uma vez que a empresa comercializa com unidade de caixa, estando às notas fiscais anexadas pela defesa na mencionada unidade de caixa. Diz que o autuado utiliza quilograma somente no inventário e nas notas fiscais de entradas, sendo efetuadas pela empresa as conversões necessárias, conforme e-mail da fiscalização com os funcionários do autuado, André Luis Silva e David Santana. Assim, a autuante entende que não procede a alegação defensiva de que as diferenças apuradas são decorrentes da quantidade em quilograma dos produtos.

Em relação às planilhas acostadas aos autos pelo defensor, a autuante diz que reconhece que no levantamento fiscal foram considerados separadamente os produtos com os códigos diferentes, uma vez que essa informação não foi prestada pela empresa durante a ação fiscal. Assegura que é possível fazer a correspondência das mercadorias que tiveram os códigos alterados durante o exercício de 2003, tendo sido constatada outra mercadoria na mesma situação, código 39390 “Creme vegetal com sal Deline 500 g” que foi alterada para o código 436054 “Margarina Deline com sal 250 g”. Por isso, foi corrigido o levantamento fiscal, conforme demonstrativo à fl. 2490. Salienta que não é necessário realizar prova pericial contábil, tendo em vista que a auditoria realizada obedeceu a todos os procedimentos legalmente estabelecidos, sendo elaborados demonstrativos que identificam as infrações apuradas. Apresenta respostas aos quesitos formulados nas razões defensivas, e assegura que foram analisados os livros e documentos fiscais; o defensor não apontou nenhum erro no presente lançamento, com exceção da mercadoria que teve alteração do código e descrição. Finaliza, pedindo a procedência parcial do Auto de Infração, no valor total de R\$838.784,97.

O contribuinte foi cientificado da informação fiscal prestada pela autuante, fls. 2486 a 2494, cuja ciência está comprovada na própria intimação à fl. 2495 dos autos. Decorrido o prazo regulamentar, de dez dias, o contribuinte não apresentou qualquer manifestação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

*“Inicialmente, em relação à preliminar apresentada pelo defensor sob a alegação de que foi efetuado arbitramento da base de cálculo, observo que a exigência contida nas infrações 01 e 02, impugnadas pelo autuado, são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, procedimento fiscal que não constitui arbitramento, foi realizado com base nos livros e documentos fiscais do autuado, e a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente a cada irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para decretar nulidade da autuação fiscal.”*

*Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista dos demonstrativos elaborados pela autuante e acostados aos autos. Ademais, a autuante acatou a comprovação apresentada pelo defensor e refez o levantamento fiscal, apurando novo valor do imposto exigido, que não foi contestado pelo autuado, após regularmente intimado (fl. 2495).*

*No mérito, a primeira infração se refere à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004 (demonstrativos às fls. 22 e 24).*

*O defensor alega que a autuante não considerou a mudança de denominação de mercadorias, isto é, a margarina que tinha o código 436062 passou a denominar-se creme vegetal com o código 39403, tratando-se do mesmo produto. Por isso, acostou aos autos*

*planilhas para comprovar que o produto 39403 (creme vegetal) teve movimentação no período de 01/01/2003 a 31/03/2003, e o produto 436062 (margarina) teve movimentação no período de 01/03/2003 a 31/12/2003, mas a fiscalização considerou como sendo duas movimentações distintas.*

*A autuante acata a alegação defensiva apresentada pelo defendantem em relação aos cálculos, tendo em vista que, na informação fiscal, reconheceu que no levantamento fiscal foram considerados separadamente os produtos com os códigos diferentes, assegurando que é possível fazer a correspondência das mercadorias que tiveram os códigos alterados durante o exercício de 2003, tendo sido constatado outra mercadoria na mesma situação, código 39390 “Creme vegetal com sal deline 500 g” que foi alterada para o código 436054 “Margarina Deline com sal 250 g”. Por isso, foi corrigiu o levantamento fiscal, conforme demonstrativo à fl. 2490.*

*Quanto à alegação do defendantem de que alguns produtos são registrados em quilogramas e outros em quantidade de caixas, a autuante esclareceu na informação fiscal, que a empresa comercializa com unidade de caixa, estando as notas fiscais anexadas pela defesa na unidade de caixa; que o autuado utiliza quilograma somente no inventário e nas notas fiscais de entradas, sendo efetuadas pela empresa as conversões necessárias, conforme e-mail da fiscalização com os funcionários do sujeito passivo.*

*Vale ressaltar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 2495), em relação à informação fiscal, e respectivo demonstrativo elaborado pela autuante, sendo concedido o prazo de dez dias, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendantem.*

*Considerando que foi constatada omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.*

*Acatando os novos cálculos efetuados pela autuante concluo que o valor da primeira infração, referente ao exercício de 2003, fica alterado para R\$127.394,10 (fl. 2490), permanecendo inalterado o valor correspondente ao exercício de 2004. Infração subsistente em parte.*

*Referente à multa indicada no Auto de Infração, constato que a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, tendo sido indicado corretamente o percentual de 70%, de acordo com o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.*

*A infração 02 trata da falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004 (demonstrativos às fls. 25 e 27).*

*Embora o autuado também tenha impugnado esta infração, não apresentou qualquer documento ou demonstrativo para contrapor o levantamento fiscal, o que constitui simples negativa do cometimento da irregularidade apurada. Portanto, concluo que é devido o imposto por falta de retenção, apurado em relação à omissão de saídas de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Mantida a exigência fiscal.*

*De acordo com as razões de defesa, o autuado impugnou somente as infrações 01 e 02, tendo informado que efetuou o recolhimento do imposto apurado nas demais infrações. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.*

*Por fim, o defendantem requereu que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao representante do autuado, subscritor da peça defensiva. Entretanto, de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, inexistindo qualquer nulidade no procedimento, em caso de falta de intimação ao defensor do autuado.*

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos”.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	341.167,58	-
02	PROCEDENTE	5.763,58	-
03	PROCEDENTE	11.478,93	-
04	PROCEDENTE	458.826,18	-
05	PROCEDENTE	19.474,67	-
06	PROCEDENTE	-	1.260,46
07	PROCEDENTE	238,79	-
08	PROCEDENTE	574,78	-
TOTAL	-	837.524,51	1.260,46

A JJF recorreu de ofício da Decisão.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente informando inicialmente “que apresentou impugnação aos itens 1 e 2 do Auto de Infração, alegando em sede preliminar que (I) não há qualquer fundamento para o arbitramento da base de cálculo do ICMS e desconsideração das notas fiscais e escrituração fiscal idôneas exibidas pela empresa autuado, ainda (II) comprovou, através de planilhas convertendo os valores de caixa para quilogramas, que não existem diferenças decorrentes da unidade de medida adotada que possam acarretar recolhimento a menor de ICMS, (III) pleiteou a realização de prova pericial, com fundamento, inclusive no princípio da verdade material, além de (IV) juntar guias de pagamento dos itens 3, 4, 5, 6, 7 e 8, requerendo a improcedência de parte da autuação”.

A seguir, após transcrever a íntegra da ementa da Decisão da JJF, acrescenta que, conforme será provado em sede preliminar, o referido julgamento deverá ser anulado, isto, porque os julgadores *a quo* não tiveram oportunidade de apreciar a manifestação do recorrente protocolada em 10/01/07, em razão da mesma não ter sido juntada aos autos, influindo definitivamente no julgamento da lide, consubstanciando-se em flagrante violação do seu direito de defesa. Cita James Marins, transcrevendo: “O direito de ser ouvido revela-se como uma das mais importantes manifestações do princípio da ampla defesa”.

Prosseguindo, transcreve trechos do Acórdão da JJF:

“(...) Ademais, a autuante acatou a comprovação apresentada pelo defendente e refez o levantamento fiscal, apurando novo valor do imposto exigido, que não foi contestado pelo autuado, após regularmente intimado (fl. 2495).

(...)

Vale ressaltar, que foi expedida intimação ao autuado fl. 24950, em relação à informação fiscal, e respectivo demonstrativo elaborado pela autuante, sendo concedido o prazo de dez dias, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente”.

Diz não haver dado causa à falta de apreciação de sua manifestação, motivo pelo qual tem direito de ver conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter formal e material, o que enseja, no presente caso, a anulação do julgamento como forma de assegurar ao recorrente o direito à ampla defesa e contraditório.

Alega ainda que na autuação fiscal não há qualquer descrição fática a identificar situação de fraude, tampouco vício que torne imprestável a escrituração efetuada, de modo a não permitir a utilização daquela escrita fiscal e compará-la com os arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte; todas as saídas foram escrituradas (doc.12 da impugnação), bem como emitidas as notas fiscais (doc. 10), de forma que não houve vício ou fraude cometida pelo contribuinte, não havendo qualquer fundamentação fática ou legal, não é permitida a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS pela fiscalização; bastaria o agente fiscal comparar os livros de inventário e notas fiscais com o arquivo magnético para concluir pela não existência de qualquer diferença, em vez de simplesmente desconsiderar toda a escrituração efetuada nos parâmetros legais. Concluído, diz que tendo em vista que os livros e documentos acostados aos autos, por amostragem, permitem a correta apuração do quanto devido, o arbitramento da base de cálculo do ICMS é totalmente indevido e, em consequência, o Auto de Infração é insubsistente.

No mérito, pugna pela necessidade de verificação da conversão dos valores de “caixas” para “quilos”, vez que em cada uma das caixas dos produtos é visível e obrigatória a indicação da quantidade em quilograma do produto, bastando a fiscalização atentar para o fato de que cada uma tem, em regra, 6 Kg de mercadoria. Acrescenta que, para evitar quaisquer controvérsias relacionadas ao suposto recolhimento a menor do imposto, anexou à sua defesa duas planilhas devidamente respaldadas em documentos fiscais que acobertam os dados constantes das mesmas, demonstrando que tais divergências não acarretaram o recolhimento a menor do imposto, fato este em nenhum momento contestado pelo fisco em suas informações ou no acórdão recorrido. Reitera que, ao não averiguar os fatos realmente ocorridos ao não reconhecer os livros fiscais e comerciais, assim com a documentação e justificativas apresentadas, o fisco está deixando de atender a necessidade de apuração da verdade material, desobedecendo a um dos princípios reguladores do processo administrativo fiscal.

Requer a realização de prova pericial necessária à perfeita compreensão dos fatos, mediante análise específica dos documentos contábeis e auditoria de estoque com base nas planilhas de entrada e saída de produtos, com o objetivo de demonstrar que não houve prejuízo ao fisco estadual. Destaca, ainda, que não foi considerado que os códigos 436062 e 39403 referem-se ao mesmo produto, conforme consta de trecho da informação fiscal que transcreve, destacando, textualmente: “Reconheço que no levantamento forma considerados cada código separadamente, pois esta informação não foi feita pela empresa durante a ação fiscal. Embora tenha havido uma cooperação entre o autuado e fiscalização, e como, houve alteração não só do código mas também da descrição, não foi possível identificar o ocorrido”. Salienta que a transferência de um código para outro não é feito via nota fiscal, mas via movimento de estoque, direto via sistema, sendo esta mais uma razão fundamental para a realização da perícia.

Finalmente, conclui, diante de todo o exposto, do reconhecimento pelo fiscal e do demonstrativo cabal de que o levantamento realizado não possui a confiabilidade técnica necessária, a prova pericial é de suma importância, reiterando que já apresentou na impugnação os quesitos e o assistente técnico, ressaltando que a resposta do fiscal autuante apenas ratifica o entendimento de que o mesmo desconsiderou a escrita fiscal, conforme se observa no início da resposta ao quesito 01, *in verbis*: “Para o roteiro não foram utilizados Livros de Registro de Entradas e Saídas (...).”

Requer, diante do exposto, sejam canceladas as infrações 3 a 8, por pagamento, e julgado improcedente o procedimento fiscal com relação às infrações 1 e 2, ante as ilegalidades apontadas, determinando-se, nos termos requeridos na impugnação, a produção de prova pericial, e, posteriormente, o cancelamento do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, com a fundamentação que se segue.

- a única questão nova trazida aos autos, parece, foi a preliminar de nulidade suscitada em função do incidente referente à apresentação ou não da Manifestação da Defesa (Réplica) em relação à Informação Fiscal, na oportunidade do Julgamento da JJF;
- partindo da premissa de que somente agora, na oportunidade do Recurso Voluntário ter sido colacionado aos autos por erro da Secretaria da Fazenda, o primeiro ponto a se considerar é o fato de o contribuinte ter logrado êxito na apresentação da peça ainda no curso do PAF; em virtude dos princípios da informalidade, instrumentalidade e da oficialidade do processo, todos em suporte da verdade material, em se presumindo que houve culpa por parte da Administração, não há que se falar em preclusão;
- da leitura atenciosa do material não foi identificada qualquer nova argumentação que se fizesse relevante ao deslinde da questão e que não tivesse sido antes apresentada no curso do processo, acrescido ao fato de a Manifestação não conter novos documentos ou qualquer outra forma de comprovação dos fatos, que pudesse merecer uma análise diferenciada por parte da JJF;

- em assim sendo, a primeira conclusão lógica a que se chega é a de ativessem os julgadores de Primeira Instância conhecimento do material enfocado em nada alteraria o seu entendimento, e consequentemente o seu voto; em segundo lugar, porem não menos relevante, é que o material foi analisado pelo procurador que subscreve esse Parecer, ainda no curso do PAF, sem que em nada agregasse às suas conclusões e será necessariamente analisada ao menos como documento anexo ao Recurso Voluntário pelo Relator e demais Conselheiros da JJJ, com prerrogativas de alegações constantes nos autos que poderiam ser utilizadas para reformar contra ou a favor do contribuinte a Decisão da JJJ, qualquer que tivesse sido o seu conteúdo;
- em consonância com os princípios do PAF anteriormente citados, o recorrente não sofrerá qualquer prejuízo em sua defesa que seja decorrente da inversão de ordem da apresentação das suas manifestações, quer pelos motivos processuais apresentados, quer pelo material que continha a peça em questão;
- no mérito, com relação à infração 1, mais combatida, é produto de auditoria sistematizada por roteiro específico (levantamento quantitativo de estoque), e por se tratar de entradas e saídas de mercadorias efetuadas sem a emissão da respectiva documentação fiscal, resta caracterizada a sonegação do ICMS devido nas operações; por se tratar de matéria de fato, diante da defesa e da documentação apresentada, o próprio Auditor Autuante revisou seu lançamento e o redimensionou parcialmente, acatando toda a documentação comprobatória que servisse para a redução da infração;
- o relator do PAF na JJJ cuidou de esclarecer todas as dúvidas e de analisar toda as alegações apresentadas pelo recorrente, concluindo pela correção do novo levantamento de estoque e manteve os valores indicados pelo autuante como sendo ICMS efetivamente devido;
- no Recurso Voluntário interposto, o contribuinte apenas repete as alegações da Impugnação não acrescentando nenhum documento novo ou novas provas que pudesse elidir a infração;
- por se tratar exclusivamente de comprovação material, partindo-se da premissa de que os trabalhos de saneamento foram feitos de maneira coerente e consistente, não há o que se modificar em relação à Decisão de JJJ, já que o recorrente em seu Recurso Voluntário apenas insiste na procedência das argumentações já apresentadas anteriormente.

Na assentada de julgamento, na sessão realizada em 08.08.07 a representante da PGE/PROFIS solicitou e lhe foi concedida vista dos autos.

À fl. 2560 foi juntado despacho da lavra do procurador do Estado - Procurador Assistente, Dr. José Augusto Martins Junior, a seguir transcreto:

*"Nos termos da nomeação contida no Decreto do Senhor Governador do Estado, publicado no DOE em 01 de fevereiro de 2007, bem como em face do art. 46, II, da Lei nº 8.207/2002, venho, com a devida vénia, DISCORDAR do Parecer exarado pelo ilustre Procurador do Estado Dr. João Sampaio Rego Neto, devidamente colacionado às fls. 2553/2555 dos autos, firmado no sentido do IMPROVIMENTO do RECURSO VOLUNTÁRIO ofertado pelo autuado, pois, compulsando os autos, especificamente a intimação de fls. 2495, registro de protocolo de fls. 2530 e termo de juntada de fls. 2543, verificou-se prima face que a réplica manejada pelo sujeito passivo contra a Informação Fiscal de fls. 2486/2489, não foi tempestivamente juntada aos autos antes da Decisão prolatada pela 3ª JJJ (fls. 2499/2503) e, por consequência, não apreciada pela Decisão de base, restando claro a evidente violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, quiçá, ao duplo grau de jurisdição.*

*Em face do exposto, OPINO pela NULIDADE da Decisão prolatada pela 3ª JJJ, retornando-se o presente processo à primeira instância administrativa para que seja apreciada a manifestação não juntada tempestivamente aos autos e, outrossim, toda a matéria de fundo do lançamento de ofício epigrafado, sob pena de violação flagrante aos princípios do contraditório e da ampla defesa".*

## VOTO

Verifica-se no processo que a empresa autuada, atendendo intimação da Secretaria do CONSEF, fl. 2495, datada em 29/12/06, apresentou em 10/01/07, fl. 2543, portanto no prazo legal de 10 dias, a sua MANIFESTAÇÃO de fl. 2544/2550, sobre a Informação do Fiscal de fls. 2486/2494. Na citada fl 2543 consta um carimbo atestando a juntada da MANIFESTAÇÃO no dia 30/03/07. Trata-se evidentemente de erro da Administração, que motivou a argüição por parte do autuado, em sede de Recurso Voluntário, cerceamento do seu direito de defesa e consequente nulidade da Decisão de Primeira Instância, vez que, por essa razão, a JJF não tomou conhecimento da referida MANIFESTAÇÃO.

Inicialmente, peço vênia para discordar da afirmativa do ilustre procurador fiscal, Dr. João Sampaio Rego Neto, de fls. 2553/2555, de que tivessem os julgadores de Primeira Instância conhecimento do material enfocado, em nada alteraria o seu entendimento e, consequentemente, o seu voto. Primeiro, porque se trata de juízo de valor com base em hipótese; segundo, em contrapartida àquela assertiva, sem dúvida, os julgadores consideraram que o fato de o autuado não haver se manifestado sobre a Informação Fiscal, apesar de regularmente intimada, significa a tácita concordância com as alegações da autuante, refletindo certamente sobre sua Decisão.

Tais reflexões têm apenas objetivo de demonstrar a essencialidade da submissão da MANIFESTAÇÃO apresentada pelo autuado à análise da JJF, para que seja avaliada segundo os seus próprios critérios e entendimento, que poderão coincidir ou não com os da procuradoria.

Está evidenciado tratar-se de supressão de instância, decorrente de erro da administração fiscal, implicando em flagrante cerceamento de direito do autuado, ao deliberar a JJF sem conhecimento e devida avaliação dos argumentos expedidos pelo autuado para contestar a informação do fiscal autuante.

Em face do exposto, e acompanhando o entendimento do Dr. José Augusto Martins Junior, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à JJF para novo julgamento, ficando, em consequência, PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 298575.0041/06-1, lavrado contra **SADIA S.A.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPRES. DA PGE/PROFIS