

**PROCESSO** - A.I.Nº 232943.0002/09-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - WT CONGELADOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0365-01/09  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 25/08/2010

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0230-12/10**

**EMENTA:** **ICMS.** **1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A comprovação de que as mercadorias não se encontravam subordinadas ao regime de substituição tributária elide a autuação. Infração descaracterizada. **2.** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. Não foram trazidos aos autos nem disponibilizados ao sujeito passivo os elementos de prova em favor do lançamento, que se referem às notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT. Infração nula. **3.** ENTRADAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados pelo autuado elide parcialmente a acusação. Infração parcialmente caracterizada. **4.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. OMISSÃO DE DADOS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências nos arquivos magnéticos, deve ser apresentada uma nova intimação para correção das inconsistências, sendo fornecida ao contribuinte listagem diagnóstica e relatório detalhado das ausências para que sejam realizadas as devidas correções no prazo de 30 dias. Não tendo sido intimado o sujeito passivo de forma específica para proceder à correção dos dados inconsistentes verificados nos arquivos magnéticos, impõe-se a nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Infração nula. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, à luz do que preceitua o art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, em face da referida Decisão pela mesma proferida através do Acórdão JJF n 0365-01.09 que, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o presente Auto de Infração.

O presente lançamento de ofício imputa ao contribuinte o irregularidades:

- 1 deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$112.413,53, acrescido da multa de 60%;
- 2 deixou de recolher o ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$640.384,07, acrescido da multa de 70%;
- 3 deixou de recolher o ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$69.410,11, acrescido da multa de 60%;
- 4 deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006 e de janeiro a dezembro de 2007, sendo aplicada a multa de 1%, que representou o valor de R\$825.557,14.

Após apresentação de peça defensiva por parte do autuado (fls. 169 a 175) e informação fiscal por parte do autuante (fls. 302 a 304), tendo em vista a apresentação de novos documentos (fls. 305 a 311), o processo foi encaminhado à GETRA – Gerência de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, visando a juntada aos autos das cópias das notas fiscais arroladas na infração 2. Na resposta ao pedido, o titular daquela gerência informou que, em razão do término do contrato com a empresa responsável pelo gerenciamento do AGNF – Arquivo Geral de Notas Fiscais, os serviços de resgate das notas fiscais do Sistema CFAMT se encontravam temporariamente indisponíveis. Acrescentou que já houve um processo de licitação visando à contratação de nova empresa, cujo resultado foi publicado no Diário Oficial de 26/06/2009, conforme Aviso de Licitação que transcreveu. Afirmou que tão logo os serviços de resgate de notas fiscais sejam restabelecidos, as solicitações serão atendidas.

Através do Acórdão JF n. 0365-01.09, a 1ª Junta de Julgamento decidiu, por unanimidade, pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

*“Através do presente lançamento foi consignado que o sujeito passivo teria incorrido em quatro infrações à legislação do ICMS. Verifico que o contribuinte suscitou a nulidade da infração 02, que correspondeu à falta de recolhimento do imposto, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, argumentando que ocorreu um cerceamento do seu direito de defesa, desde quando não lhe foram disponibilizadas as cópias das notas fiscais de entrada que alicerçaram o levantamento.*

*Constatando, através da análise dos demonstrativos e demais documentos acostados às fls. 16 a 46, que essa exigência se encontra amparada nas relações das notas fiscais coletadas por meio do CFAMT – Sistema de Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito, sem que tivessem sido trazidas ao processo e, consequentemente, sem terem sido fornecidas ao contribuinte, as cópias reprográficas das respectivas notas fiscais. Ao prestar a sua informação fiscal, o autuante declarou que as cópias das notas fiscais não tinham sido tempestivamente anexadas devido à indisponibilidade temporária do CFAMT à época da lavratura do Auto de Infração, tendo juntado pedido formulado à GETRA/SEFAZ requerendo as notas fiscais em questão.*

*A despeito de ter adotado essa providência, o setor competente informou que os serviços de resgate de notas fiscais do mencionado sistema se encontravam indisponíveis, devido à contratação de nova empresa responsável pelo controle do Arquivo Geral de Notas Fiscais. Deste modo, dada a impossibilidade, ao menos temporária, de se trazer aos autos as provas documentais que dariam sustentação a esta imputação, entendo que o lançamento não pode prosperar, uma vez que não foram carreadas ao processo e nem foram entregues ao contribuinte as cópias das aludidas notas fiscais. Assim, a teor do art. 21 do RPAF/99, sugiro à autoridade competente que verifique a possibilidade de determinar a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, a fim de apurar os valores a serem exigidos do impugnante.*

*Na infração 04 a acusação se referiu à falta de fornecimento de arquivos magnéticos e que o preposto fiscal deixara de observar o disposto.*

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

*RICMS, aduzindo que nessa situação cabia ao autuante fornecer-lhe uma listagem diagnóstica indicando as irregularidades encontradas nos arquivos, concedendo o prazo de 30 (trinta) dias para providenciar as alterações pertinentes.*

*Na informação fiscal, o autuante declarou expressamente: 'Apesar de devidamente intimado a fazê-lo (fls. 13), o autuado não apresentou arquivos magnéticos obrigatórios (Registros 50 e 54 relativos às suas saídas, bem como o Registro 74 relativo aos Inventários), conforme se verifica nas cópias dos Recibos de Entrega de Arquivos Magnéticos anexos ao PAF (fls. 83 a 85)'.*

*Ora, apesar de a acusação se referir à falta de entrega dos arquivos magnéticos, a afirmação do Auditor Fiscal, juntamente com a análise da intimação e das Relações dos Arquivos Recepcionados (fls. 128 a 146), me convencem que efetivamente os arquivos foram entregues pelo contribuinte, porém com inconsistências. Isto porque, enquanto o Termo de Intimação de fl. 13 foi entregue ao autuado em 12/01/2009, as citadas relações indicam as datas de 09/01/2009 e 24/03/2009.*

*Concluo que o presente processo contém falhas procedimentais insanáveis praticadas pela fiscalização, que acarretam a nulidade da autuação. Observo que de acordo com o disposto no caput do art. 708-B do RICMS/97 o prazo previsto para que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos é de 05 (cinco) dias. Após o recebimento dos arquivos magnéticos, constatando inconsistência nos mesmos, devido à ausência de registros, o autuante lavrou o Auto de Infração, sem, entretanto, intimar o contribuinte, apresentando-lhe uma listagem diagnóstica e os relatórios detalhados das ausências, contrariando a previsão contida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/97, o que possibilitaria que o contribuinte realizasse as necessárias correções. Para um melhor entendimento, transcrevo os dispositivos regulamentares aqui citados.*  
(...)

*Portanto, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado sem observância dos requisitos estabelecidos na legislação tributária, inclusive quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, haja vista que a única intimação foi efetuada solicitando a apresentação dos arquivos, concluo que ocorreu inobservância ao devido processo legal por parte do autuante, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo, fato que conduz à nulidade do lançamento. Consigno que esta linha de entendimento se encontra, também, em conformidade com as diretrizes verificadas na Orientação Técnica nº. 003/2005, da GEAFI/SAT/SEFAZ.*

*Desta forma, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/99 esta infração é nula, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 21 do RPAF/99.*

*A infração 01 decorreu da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97. Ao atacar esta imposição fiscal, o contribuinte arguiu que as diferenças indicadas pelo autuante na verdade correspondiam à entrada de mercadorias não compreendidas na substituição tributária, em relação às quais havia efetuado o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial.*

*Com base nos demonstrativos e nas cópias reprográficas das notas fiscais e dos comprovantes de recolhimento do imposto restou comprovado que assiste razão ao impugnante, fato, inclusive, atestado pelo autuante. Tendo em vista as provas acostadas às fls. 188 a 244, concluo que a infração 01 restou totalmente descaracterizada.*

*A exigência tributária correspondente à infração 03 se originou da apuração da falta de recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Neste caso, apesar de ter questionado o fato de o autuante ter efetuado o levantamento com base nas entradas das mercadorias no estabelecimento, o contribuinte reconheceu que ao errar a classificação dos produtos nas entradas, também teria incorrido no mesmo equívoco nas saídas dos produtos.*

*Entretanto, trouxe aos autos a comprovação de que uma parcela das notas fiscais objeto da autuação tinha sido registrada de forma correta, isto é, devidamente tributada. Observo que de acordo com os documentos juntados às fls. 255 a 298 (demonstrativo e cópias reprográficas das notas fiscais e do livro Registro de Entradas), as alegações do sujeito passivo se encontram comprovadas. Observo que o autuante aquiesceu com as razões defensivas, sugerindo a manutenção parcial do lançamento (...).*

*Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, restando improcedente a infração 01, nulas as infrações 02 e 04 e parcialmente caracterizada a infração 03."*

Às fls. 336 a 339 dos autos foram juntados extratos emitidos através do Sistema SIGAT, indicando que o valor de R\$44.320,89 foi integralmente pago através de procedimento de débito já finalizado.

## VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

No que tange à infração 2, agiu com acerto o a quo ao julgar nula a aludida infração, tendo em vista que não foram disponibilizadas em favor do autuado as cópias reprográficas das notas fiscais de entrada que lastrearam o levantamento fiscal, fato posteriormente confirmado pelo próprio autuante com espeque em informação prestada pela GETRA/SEFAZ.

Assim, nula se apresenta a referida infração, sugerindo-se à autoridade competente a possibilidade de renovação da ação fiscal, desta feita a salvo de falhas, a fim de apurar os valores a serem exigidos do autuado.

A infração 4, de igual forma, também se encontra inquinada de nulidade.

Restou demonstrado nos fólios processuais que os arquivos magnéticos foram entregues pelo contribuinte, ainda que com inconsistências. Caberia ao autuante, antes de lavrar o presente Auto de Infração, intimar o autuado para corrigir os equívocos então existentes, estes através da entrega de listagem diagnóstico e relatórios detalhados das ausências, o que efetivamente não aconteceu, em manifesto vilipêndio ao quanto disposto no art. 708-B, parágrafos terceiro e quinto, do RICMS-97 e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Nula, portanto, a referida infração, à luz do quanto disposto no art. 18, inciso II, do RPAF/99, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 21 do RPAF/99.

A improcedência da infração 1, declarada pela 1ª Junta de Julgamento, também não merece qualquer reproche. A tese defensiva foi devidamente comprovada através da colação aos autos de documentos (fls. 188 a 244), tendo sido, inclusive, acatada pelo autuante.

Por fim, quanto à infração 3, a Decisão recorrida não merece reforma, visto que foi carreada aos cadernos processuais a demonstração de que uma parte das notas fiscais que deram azo à autuação foram registradas corretamente (fls. 255 a 298 - demonstrativo e cópias reprográficas das notas fiscais e do livro Registro de Entradas), com o que também concordou o autuante.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado para manter inalterada a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

## 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232943.0002/09-0, lavrado contra **WT CONGELADOS LTDA.**, no valor de **R\$44.320,89**, devendo ser cientificado o recorrido desta Decisão e encaminhados os autos à repartição fiscal de origem para fim de homologação dos valores pagos e posterior arquivamento do processo. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, visando apurar os débitos a serem exigidos no que concerne às infrações 2 e 4, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR