

PROCESSO - A. I. N.º 380214.0011/09-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MC COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS FRIGORIFICADOS LTDA. (FRIGOBOM)
RECORRIDOS - MC COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS FRIGORIFICADOS LTDA. (FRIGOBOM) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0294-04/11
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 27/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0059-13/13

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A apreciação válida da alegação defensiva não se resume a negar a existência de inconsistências nos arquivos magnéticos, carecendo a JJF de justificar, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento na citada Decisão, de forma a não ensejar consequências jurídicas advindas do resultado da diligência fiscal ordenada e não atendida. Acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0294-04/11, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determinava à época o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 745.789,81, em razão de treze irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 545.751,00, nos exercícios de 2004 a 2008, na qualidade de responsável solidário, referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no Cadastro da SEFAZ, inerente a tributo diferido nas aquisições de gado bovino remetido para abate no Matadouro Municipal de Itabuna, que não atende à legislação sanitária estadual nem federal, nos termos do art. 125, III, “a”, item 6, c/c arts. 347, I e 348, § 1º, I do RICMS/BA;

INFRAÇÃO 2 - Recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 8.026,12, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, com fundamento no art. 353 do RICMS/97;

INFRAÇÃO 3 - Recolhimento a menor do imposto exigido por antecipação parcial, no valor de R\$ 5.320,83, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização;

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do tributo, no valor de R\$ 19.571,29, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, inerentes aos exercícios de 2004 a 2008;

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, no valor de R\$ 794,75, na condição de responsável pelo pagamento do imposto diferido, inerente à aquisição de partes resultantes do abate de suíno de contribuinte não inscrito no Cadastro de ICMS, destacando o tributo no documento fiscal como responsável solidário e não efetuando o recolhimento (nota fiscal nº 7382, de 19/09/2005, fl. 166);

INFRAÇÃO 6 - Multa de 10% sobre o valor das operações, na quantia de R\$ 2.066,90, por ter dado entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 7 - Multa de 1% sobre o valor das operações, na quantia de R\$ 157,29, por ter dado entrada de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 8 - Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 930,45, em virtude de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e os escriturados no Registro de Apuração do ICMS;

INFRAÇÃO 9 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 128.420,85, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 2004 a 2008, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis;

INFRAÇÃO 10 – Multa de R\$ 50,00 em razão de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício de 2004;

INFRAÇÃO 11 - Falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 4.959,84, 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 na escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 2004 a 2008;

INFRAÇÃO 12 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 23.355,99, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, sendo exigido o tributo sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas -, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou o pagamento das mesmas com Recursos provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2004);

INFRAÇÃO 13 - Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, no valor de R\$ 6.384,50, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, inerente ao mês de dezembro de 2008.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 715.280,80, diante dos seguintes entendimentos:

Rejeitar os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e nas diversas manifestações do contribuinte quando das conversões do PAF em diligências, do que diz inexistir dados inconsistentes, inversão de critério jurídico, muito menos exigência de tributo em duplicidade.

Afirma que a fiscalização da qual resultou o presente lançamento de ofício foi desenvolvida com base em livros e documentos fiscais, legalmente intimados no dia 2 de abril de 2009 (fl. 25), e as informações em meio magnético serviram como elementos subsidiários dos trabalhos de auditoria.

No mérito, quanto à infração 1, relativa à falta de recolhimento, na qualidade de responsável solidário, do imposto referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não

inscrito, a JJF aduz que o art. 347, I, RICMS/BA, estatui que o imposto deve ser lançado uma vez ocorrido o momento previsto como termo final do diferimento. Já o inciso II do § 8º do mesmo artigo, com expressa referência ao art. 125, III, “a”, item 6.1, estabelece necessária comunicação da Secretaria da Agricultura à SEFAZ quando o abatedouro deixar de observar as disposições relativas à legislação sanitária. Assim, os documentos que a sociedade empresária denominou de Guias de Trânsito Animal não possuem força legal para afastar a incidência do imposto, uma vez que foram constatados os fatos previstos na hipótese de incidência.

Salienta o órgão julgador que foi formulado consulta ao coordenador regional da Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia, vinculada à Secretaria da Agricultura, solicitando informação sobre se o Matadouro Municipal de Itabuna atendia ou não aos requisitos sanitários, previstos nas legislações estadual e federal, obtendo como resposta da autoridade da SEAGRI que o referido Matadouro, localizado no Distrito de Ferradas, não se encontrava registrado em nenhum órgão de inspeção (fls. 771/772).

Assim, concluiu a JJF que está cristalinamente demonstrada a responsabilidade do sujeito passivo pelo pagamento do tributo ora exigido, pois o imposto diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final, na condição de substituto tributário. Mantém a infração 1.

Quanto às infrações 2 e 3, que são relacionadas, respectivamente, ao recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária e parcial (fls. 56 a 127), tendo o autuado tentado afastar a cobrança do imposto sob a alegação de que as saídas foram regularmente escrituradas e tributadas, a Decisão é de que o contribuinte não conseguiu comprovar documentalmente tal fato, uma vez que, atinente à infração 2, não comprovou o pagamento do imposto nas saídas de mercadorias cuja fase de tributação foi encerrada nas entradas, visto que não trouxe ao processo qualquer elemento que demonstrasse o pagamento do tributo, seja nas entradas, seja nas saídas. No que tange à infração 3, nenhum recolhimento além daqueles já considerados às fls. 86 a 127 foi comprovado. Mantém as infrações 2 e 3.

Em relação à infração 4, a qual se refere a falta de recolhimento do tributo por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (fls. 140 a 175), tendo o defendente afirmado existirem operações regularmente tributadas, a Decisão da JJF fundamentou-se na informação de fls. 1.187/1.188, na qual a infração em exame foi reduzida de R\$ 19.571,29 para R\$ 19.424,61. Mantém em parte a infração 4.

Inerente à infração 5, relativa à falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento do imposto diferido, tendo o defendente alegado que as planilhas juntadas às fls. 162 a 164 do PAF não demonstram a origem das mercadorias, tornando impraticável identificar a condição tributária, a JJF concluiu que não lhe assiste razão, pois a acusação trata da Nota Fiscal nº 07382, de 19/09/2005, à fl. 742, emitida pela próprio autuado. Mantém a infração 5.

No tocante à infração 6, a qual exige a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (fls. 167/168), tendo o autuado juntado cópia do livro Registro de Entradas (fls. 971 a 973) que comprova o efetivo registro das Notas Fiscais nºs 317.850, 253.532 e 41.531, o que levou o autuante a reduzir o valor devido de R\$ 2.066,90 para R\$ 1.495,46, conforme levantamento de fls. 1.053 e 1.054. Mantém em parte a infração 6.

Já a infração 7, cuja multa de 1% incide sobre as entradas de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (fls. 167/168), a Decisão da JJF foi de desconsiderar a alegação defensiva de que o demonstrativo fiscal não indicou os remetentes das mercadorias, pois no referido levantamento estão discriminadas as notas fiscais, com os seus respectivos números, CNPJ dos emissores, datas, meses, anos, estados de origem e situações (tributável ou não tributável). Mantém a infração 7.

Quanto à infração 8, a qual diz respeito ao recolhimento a menos em virtude de divergências entre os valores lançados no Registro de Entradas e os escriturados no Registro de Apuração do ICMS (fl. 641), a Decisão da JJF é de que não há qualquer contradição nos termos da autuação fiscal, nem mesmo impropriedade terminológica na sua descrição, como quis argumentar o defendente, cujos números não foram especificamente impugnados. Mantém a infração 8.

No que concerne à infração 9, a qual exige o imposto decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, a JJF constatou que nos relatórios das omissões de saídas foram incluídos itens enquadrados no regime de substituição tributária. Assim, converteu o PAF em diligência, solicitando o expurgo das mercadorias com fase de tributação encerrada, cuja revisão, à fl. 1.188, alterou o valor exigido para R\$ 103.539,80. Mantém em parte infração 9.

Em relação à infração 10, na qual se exige a multa de R\$ 50,00 em razão da omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, tendo o autuado alegado que os relatórios de saídas de mercadorias através de ECF só contemplaram as operações dos meses de dezembro de cada ano, assim como inconsistência das informações em meio magnético, a JJF aduz que já foram apreciadas nos parágrafos acima e não acolhidas. Mantém a infração 10.

Inerente à infração 11, na qual se exige a falta de retenção 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, apurado através de levantamento quantitativo de estoques, a Decisão da JJF é de que, com fundamento no art. 4º, III da Portaria nº 445/1998, no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à incidência do imposto, ou seja, com fase de tributação encerrada, a exemplo de macarrão, biscoito e iogurte, entre outros (fl. 311), deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, sob entendimento de que os produtos foram codificados com o código 3 nas citadas folhas, o que pressupõe o pagamento por antecipação tributária, que inclusive foi objeto de exigência na infração 2 (costela suína salgada, fls. 56 a 258). Assim, converteu a obrigação principal em acessória, no valor de R\$ 50,00.

Quanto à infração 12, a qual exige o imposto apurado pela constatação de diferenças de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, tendo o autuado argumentado que a mesma atenta contra disposições do art. 13, inc. II, “a”, “b” e “c” da Portaria nº 445/1998, “*que disciplina procedimentos aplicáveis aos casos de omissões de entradas em valores superiores aos de omissões de saídas*”, entendeu a JJF ser tal afirmação de cunho meramente genérico, ao não apontar especificamente o suposto erro cometido na auditoria e não indicar o motivo exato que o levou a entender que o trabalho de fiscalização agride a Portaria no citado artigo. Conclui que a simples negativa do cometimento do ilícito não desonera o sujeito passivo do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF). Mantém a infração 12.

Em relação à infração 13, inerente à falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo o autuado, relativamente ao mês de dezembro/08, afirmado que a apuração da conta corrente normal do ICMS indica saldo credor no valor de R\$ 26.779,06, não restando recolhimento a efetuar, a Decisão da JJF foi de que a razão encontra-se com o autuante, pois o mesmo contemplou as irregularidades na apuração do imposto, com o intuito de alcançar o saldo correto, que não é aquele apontado pelo contribuinte de R\$ 26.779,06. Os ilícitos apurados, crédito indevido (fls. 26/49), diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao consumo (fls. 128/136) e diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao ativo fixo (fls. 137/139), foram lançados na auditoria da conta corrente do ICMS, chegando-se ao valor devido de R\$ 6.384,50. Mantém a infração 13.

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 1.237 a 1.256 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações preliminares para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, conforme a seguir:

Que o autuante pautou-se e fundamentou seus relatórios e demonstrativos, exclusivamente, em dados obtidos a partir de arquivos magnéticos SINTEGRA, cujos arquivos ele próprio classificou como imprestáveis para fiscalização, conforme ação fiscal anterior, sendo falsa a informação do autuante, à fl. 1.044, de que *“os trabalhos de fiscalização que resultaram na presente lide, foram realizados após o saneamento devidamente certificado das informações contidas nos arquivos magnéticos”*, uma vez que o autuante não expediu nenhuma intimação específica para correção dos arquivos anteriores, nem o autuado enviou novos arquivos em substituição, do que salienta que, na informação fiscal do processo anterior, o autuante afirma que o aplicativo “SAFA” estaria sujeito a problemas operacionais, *“ficando de fora as vendas com ECF (cupom fiscal)”*, que na prática, representam a maioria de operações diárias efetuadas pelo autuado. Assim, comprova-se que o autuante utilizou-se de arquivos com erros e omissões.

Aduz que o Relator da Decisão recorrida, por seu turno, além de não observar a falsidade de informações acima descrita, também não observou que estão ausentes no processo os requisitos fundamentais de justificativa circunstanciada pelo autuante e autorização pelo Inspetor Fazendário para respaldar a segunda ação fiscal e, mais ainda, lavratura de novo Auto de Infração, desacompanhada de cópia do Auto de Infração anterior.

Afirma que o Relator deixou de considerar que foi o autuante, e não outra autoridade competente para tal, quem asseverou: *“...gado bovino remetido para abate no Matadouro Municipal de Itabuna, que não atende à legislação sanitária estadual nem federal...”*, num presente flagrante de ilegalidade e ofensa à norma originária, já que o autuante não tem competência administrativa funcional para “declarar” se o citado estabelecimento reúne, ou não, as condições estabelecidas na legislação sanitária.

Salienta que os documentos de fls. 771 e 772 somente foram juntados aos autos após a ação fiscal e não juntou o laudo de inspeção realizada no frigorífico, por órgão competente, para atestar suas reais condições; foi emitido por autoridade não competente; não informa quais as condições sanitárias que não foram atendidas. Assim, por essas razões, devem ser descartados do processo, tendo em vista que: o ofício GT 127/09, oriundo da ADAB, refere-se à empresa: FRIGOITA, enquanto que a empresa que informa sobre Inspeção Veterinária no período considerado é a: FRIMASUL FRIGORÍFICO MATADOURO SUL DA BAHIA LTDA.

Diz que causa estranheza que a ADAB, Coordenação de Itabuna, é exatamente o órgão que sempre emitiu as GTA (guias de Trânsito Animal), de gado destinado ao abate no dito frigorífico, constando inclusive carimbos de veterinários responsáveis por inspeção de gado. Portanto, se o mesmo não reunisse condições sanitárias adequadas, não seria cabível imaginar que as autoridades sanitárias da ADAB estariam sendo coniventes com práticas irregulares, o que não se deve admitir sequer por hipótese.

Ressalta que a citada consulta e Ofício em resposta ocorreram entre 29/06/2009 a 15/07/2009, portanto, em período posterior ao fiscalizado e não teria o condão de regular procedimentos passados, pois seu conteúdo não faz qualquer referência a fatos e atos do período fiscalizado (2004 a 2008), do que acrescenta que o atual Coordenador, que assina o ofício, sequer exercia a função à época dos fatos.

Ainda pede a revisão da Ementa da Decisão recorrida, a qual informa “Partes Resultantes do Abate de Gado Suíno”, quando o Auto de Infração refere-se tão somente ao abate de gado bovino.

No mérito, em relação à primeira infração, reitera que se encontra prejudicada a discussão, face às irregularidades que inquinam de nulidade o processo, concluindo que cabe tão somente a apreciação superficial, já exposta na defesa, e equivocadamente desconsiderada pela relatoria. Destaca que não foi comprovada nem juntada qualquer informação da SEAGRI de que o abatedor

em questão deixou de cumprir disposições relativas à legislação sanitária no período objeto da ação fiscal, tendo inclusive autorizado, através da ADAB, subordinada a esta, emissão de centenas de GTA, remetendo gado bovino para abate no matadouro que, por razões óbvias desqualifica as “suposições infundadas” da fiscalização. Conclui que o imposto cobrado de faz inexigível em razão do regime de diferimento e da dispensa de lançamento e pagamento comprovados através da legislação aplicável à matéria.

Em relação às demais infrações (2 a 13), o recorrente diz que reitera os argumentos já expostos na inicial e manifestações posteriores, do que insiste na necessidade de perícia que analise efetivamente a documentação material em lugar de seus arquivos do SINTEGRA, reconhecidamente incorretos e imprestáveis pelo próprio autuante, uma vez que nas diligências efetuadas não foram produzidas provas materiais e respostas objetivas aos quesitos formulados pelo autuado, sendo flagrante a inconsistência de dados constantes das planilhas juntadas ao Auto de Infração, pelo autuante e diligentes, que se limitaram apenas a manter os levantamentos baseados nos arquivos SINTEGRA “imprestáveis”.

Observa que, em relação às infrações 9 a 12, os resultados constantes nos Relatórios do autuante pautaram-se nos dados dos arquivos magnéticos, operados via aplicativo SAFA, o que já foi bastante combatido nos itens anteriores. Salienta que, antes de ocorrer o julgamento, procedeu a um levantamento detalhado de operações, a partir do exame de documentação fiscal (notas fiscais e cupons fiscais) e chegou a resultados totalmente diversos daqueles apontados pelo autuante, do que junta planilhas (fls. 1.263 a 1.280), tendo apurado, na infração 9, o ICMS de: R\$ 1.585,64, para o exercício de 2004; R\$ 3.705,11, para o exercício de 2005; R\$ 3.005,76, para o exercício de 2006; R\$ 1.939,87, para o exercício de 2007, e R\$ 3.135,80, para o exercício de 2008, o que perfaz o valor de R\$ 13.372,18 para a infração 9.

Já a infração 10, permanece a multa de R\$ 50,00, pelas omissões de saídas de mercadorias substituídas, isentas e com redução de base de cálculo em 100%. Em consequência, não reconhece os débitos na infração 11, já que a substituição tributária de mercadorias ocorreu nas entradas e o próprio autuante procedeu a cobrança de valores supostamente não recolhidos pelo autuado (infração 2), além de que, pelas omissões de saídas de mercadorias substituídas, já foram penalizada com a multa aplicada na infração 10.

Quanto à infração 12, reitera que atenta contra disposições do art. 13, II, “a”, “b”, e “c”, da Portaria 445/98 que disciplina procedimentos aplicáveis aos casos de omissões de entradas em valores superiores aos de omissões de saídas, com reflexo direto na exigência contida na infração 9. Assim, reconhece apenas o valor do ICMS de R\$ 4.005,41, referente ao exercício de 2008, cuja base de cálculo corresponde à diferença a maior entre as omissões de entradas e as omissões de saídas.

Em relação à infração 13, o recorrente reitera a necessidade de revisão em razão de existir saldo credor, no valor de R\$ 26.779,06, não restando recolhimento a efetuar.

Inerente às infrações 2 e 3, insiste na necessidade de perícia, sob a alegação de que o autuante incluiu na relação de notas fiscais para a exigência de antecipação parcial (infração 2), notas fiscais que também foram incluídas na substituição total na entrada (infração 3), a exemplo das Notas Fiscais nº 275207, 276205, 442156 e muitas outras. Também, em relação à infração 2, alega que o autuante incluiu na cobrança da antecipação parcial valores relativos a mercadorias com alíquota de 7% nas operações internas, a exemplo das Notas Fiscais de nº 275053, 33905, 286060, 34332, 288676, 288677 e outras. Assim, o recorrente sustenta que, por absoluta falta de fundamentação e cerceamento ao contraditório e ampla defesa, a exigência deve ser rechaçada.

Por fim, requer perícia e a nulidade do Auto de Infração para realização de nova ação fiscal, por estranho ao feito e, ultrapassadas as arguições de nulidade, pugna pela improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 1.286 a 1.289 dos autos, a Procuradoria Geral do Estado aduz que, em suas razões recursais, o contribuinte insiste nas mesmas questões articuladas em suas peças defensivas anteriores: nulidade ou improcedência do Auto de Infração por ausência dos fatos geradores identificados no procedimento fiscal; ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório; insubsistência do lançamento em face da inconsistência dos dados constantes nos arquivos magnéticos; utilização de arquivos magnéticos inseguros como única base da autuação; falta de inclusão de operações com ECF na auditoria levada a efeito pelo autuante.

Assim, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, a PGE/PROFIS considera presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido, pois, compulsando os autos, verifica-se à saciedade que todos os argumentos defensivos gravitam em torno da imperfeição dos arquivos magnéticos e, em que pese a importância da matéria, a Decisão proferida pela JJF omitiu-se quanto à apreciação específica da imprestabilidade dos arquivos magnéticos, uma vez que o voto lavrado pelo relator, à fl. 1.216, aborda o tema em duas oportunidades, ora transcritas: *“não há dados inconsistentes”... “A fiscalização da qual resultou o presente lançamento de ofício foi desenvolvida com base em livros e documentos fiscais, legalmente intimados no dia 02 de abril de 2009 (fl. 25), e as informações em meio magnético serviram como elementos subsidiários dos trabalhos de auditoria”*.

Sustenta o opinativo que a Decisão da JJF carece de motivação e fundamentação, porquanto adentra no mérito das treze infrações fiscais identificadas no Auto de Infração, sem antes enfrentar a arguição de imprestabilidade dos arquivos magnéticos, pois, no entender da PGE/PROFIS, é lógico que a apreciação válida da arguição defensiva não se resume a negar a existência de inconsistências nos arquivos. Aduz que a atividade do julgador deverá ser exaustivamente investigada e com base nas provas materiais dos autos valorar a questão posta pelo sujeito passivo e decidir justificando, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Registra que, conforme comprova o documento de fl. 1.076, o relator, ciente da importância do tema para a lide, converteu o processo em diligência fiscal para que o autuante comprovasse o saneamento das informações dos arquivos magnéticos, com a certificação respectiva, tendo este, por sua vez, à fl. 1.078, declarado expressamente a impossibilidade de cumprir a diligência requerida, em razão da perda do disco rígido e da sua transferência para a IFEP Serviços, ao tempo em que sugere a intimação da impugnante para apresentação dos cupons fiscais que entenda ausentes nos demonstrativos fiscais.

Aduz que, efetivamente, a Decisão da JJF é totalmente omissa quanto às consequências jurídicas advindas do resultado da diligência fiscal ordenada, à fl. 1.076, com o escopo de que fossem apresentadas provas de que as inconsistências de informações dos arquivos magnéticos teriam sido sanadas. Assinala, ainda, que, a extensão da autuação e a quantidade de documentos fiscais manuseados em quatro volumes, permite concluir que a fiscalização da qual resultou o presente lançamento de ofício está lastreada fundamentalmente nos arquivos magnéticos. Assim, não tem dúvida de afirmar o caráter essencial e não meramente subsidiário dos dados magnéticos.

Assim, a PGE/PROFIS corrobora com o recorrente quanto à ocorrência de cerceamento de defesa provocado pela falta de apreciação da imprestabilidade dos arquivos magnéticos, pois defende que a Decisão da JJF padece de nulidade absoluta e insanável em decorrência da falta de fundamentação, haja vista que a Decisão é silente e não pontua a motivação para a rejeição de inconsistências dos arquivos magnéticos, do que entende que deve ser reconhecida a nulidade prevista no art. 18, II, do RPAF/99, com a consequente declaração de nulidade da Decisão recorrida, em razão do comprometimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte dos débitos originalmente exigidos, conforme previsto, à época, no art. 169, inciso I, alínea “a-1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo

contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância para que seja declarado nulo ou a improcedente o Auto de Infração.

Preliminarmente, manifesto plena anuência ao teor do Parecer da PGE/PROFIS, no sentido de que a Decisão recorrida carece de motivação e fundamentação, pois, conforme documento à fl. 1.076 dos autos, uma vez determinada pela JJF a conversão do PAF em diligência fiscal para que o autuante juntasse provas, preferencialmente originadas dos sistemas de informática da SEFAZ, de sua afirmação, quando da informação fiscal, de que as inconsistências de informações dos arquivos magnéticos foram sanadas, inclusive com a respectiva certificação, como também comprovar que todas as operações com ECF praticadas pelo contribuinte foram contempladas na auditoria, conforme também afirmara, e não tendo o preposto fiscal atendido a necessidade do órgão julgador, conforme razões expendidas à fl. 1.078 dos autos, deveria a Decisão justificar o motivo do seu convencimento de considerar válidos os arquivos magnéticos, de forma a justificar a supressão da diligência anteriormente requerida, sob pena de caracterizar violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois a simples declaração de que *“A fiscalização da qual resultou o presente lançamento de ofício foi desenvolvida com base em livros e documentos fiscais, legalmente intimados no dia 02 de abril de 2009 (fl. 25), e as informações em meio magnético serviram como elementos subsidiários dos trabalhos de auditoria.”*, não são conclusivas, diante da própria necessidade anterior do colegiado em determinar a diligência como meio de comprovar a regularidade dos arquivos magnéticos.

Neste contexto, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS de que a apreciação válida da arguição defensiva não se resume a negar a existência de inconsistências nos arquivos, carecendo a JJF de justificar, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento na citada Decisão, de forma a não ensejar consequências jurídicas advindas do resultado da diligência fiscal ordenada e não atendida.

Diante do exposto, voto PREJUDICADO o Recurso de Ofício interposto e PROVIDO o Recurso Voluntário para decretar a nulidade da Decisão recorrida, por ter sido proferida sem a devida fundamentação e, em consequência, com preterição do direito de defesa, conforme previsto no art. 18, incisos II e III, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **380214.0011/09-2**, lavrado contra **MC COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS FRIGORIFICADOS LTDA. (FRIGOBOM)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR- REPR. DA PGE/PROFIS