

**PROCESSO** - A. I. Nº 232943.0005/11-1  
**RECORRENTE** - MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0282-01/12  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 17.09.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0356-13/13

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. Intimação sobre resultado da diligência fiscal nula. Vício de nulidade que contaminou a decisão recorrida, em razão da ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal. Anulada a decisão e retorno dos autos à Primeira Instância para realização de nova intimação para manifestação sobre o resultado da diligência. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2011, exige ICMS no valor de R\$140.943,85, acrescido da multa de 70%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício.

Em primeira instância foi afastada a argüição de nulidade em razão da clareza da infração e do infrator descritos no auto de infração; foi indeferido o pedido de realização de perícia com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99; e, no mérito, assim concluíram os Ilustres Julgadores da JJF:

*No mérito, observo que o Auto de Infração em exame diz respeito ao refazimento da ação fiscal que originou o Auto de Infração 232943.0008/09-9, lavrado em 24/08/2009, julgado nulo por este CONSEF, com a recomendação de que fosse feito o procedimento fiscal. A razão dessa nulidade foi a inadequação do tipo de levantamento quantitativo de estoque realizado, pois o autuado era uma indústria e, no entanto, foi desenvolvida uma ação fiscal como se tratasse de um estabelecimento comercial.*

*Verifico que no refazimento da ação fiscal, conforme as intimações de fls. 04 e 05, o autuante solicitou que o autuado, além dos livros e documentos fiscais, apresentasse a relação dos produtos fabricados, os relatórios de produção e consumo, bem como informações acerca do processo fabril, das perdas e dos rendimentos observados na industrialização dos seus produtos.*

*Noto que os demonstrativos acostados ao processo mostram que o autuante efetuou as conversões das unidades dos produtos abarcados pelo levantamento quantitativo de estoques, considerando as perdas informadas pelo próprio contribuinte.*

*No intuito de melhor esclarecer o levantamento quantitativo levado a efeito pelo autuante, o processo foi convertido em diligência à INFAZ Itabuna, tendo o autuante informado os critérios utilizados, inclusive juntado aos autos demonstrativo do preço médio dos produtos que apresentaram omissão (fls. 100/101) e demonstrativo com a totalização das entradas de milho em grãos e amendoim (fls. 102 a 115), além de ter esclarecido que no processo fabril do autuado não havia adição de insumos.*

*Observo que o autuado foi cientificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou, permitindo-me inferir que o seu silêncio significa um acolhimento, tácito, da diligência realizada.*

*Conforme o demonstrativo de fls. 11/12, no levantamento quantitativo de estoque foi apurada omissão de entradas dos produtos, milho em grãos e amendoim.*

*Consoante consignado acima, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, a fim de que o autuante prestasse esclarecimentos sobre o levantamento realizado, em face de o autuado ter apresentado*

*razões que não foram objetivamente apreciadas na informação fiscal. O autuante esclareceu de forma satisfatória a metodologia utilizada, cujo resultado acato integralmente.*

*Desse modo, no que tange à omissão de entradas de milho em grãos a exigência fiscal subsiste, pois, conforme o demonstrativo de fl. 09, foram processados 2.859.791 kg, contudo, o total efetivamente aplicado no processo produtivo foi de 3.757.765 kg, o que deixa evidenciada uma omissão de entrada de 897,974 kg ou 14.966 sacos com 60 kg cada, que multiplicado pelo valor unitário de R\$ 35,00, resulta na base de cálculo de R\$523.810,00, que à alíquota de 17%, resulta no valor do ICMS devido de R\$36.666,70 (conforme demonstrativo de fl. 08).*

*No que tange ao amendoim, também procede a exigência fiscal, haja vista que, conforme o demonstrativo de fl. 10, o estoque inicial foi de 768,000 sendo processados 4.409,000 kg, contudo, o total efetivamente aplicado no processo produtivo foi de 7.640.000 e o estoque final de 390,000, que deixa evidenciada uma omissão de entrada de 2.853,000 sacos com 50 kg cada, que multiplicado pelo valor unitário de R\$215,00, resulta em uma base de cálculo de R\$613.395,00, que à alíquota de 17%, gera o ICMS devido de R\$104.277,15 (conforme demonstrativo de fl. 08).*

*Quanto à argumentação defensiva de que não foi considerada a redução de base de cálculo, certamente não se sustenta, haja vista que a imputação diz respeito à operações realizadas sem a emissão de documentação fiscal e, portanto, sem o alegado benefício fiscal.*

*Diante do exposto, é devido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.*

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Alega que a decisão de primeira instância foi fundamentada em diligência cujo resultado o Recorrente não foi devidamente intimado para se manifestar, uma vez que a intimação foi realizada no endereço do sócio da empresa (Danilo Gama Matos), que faleceu em 28/02/2011, conforme certidão de óbito apresentada pelo Recorrente.

Alega cerceamento do direito de defesa e requer que seja anulada a decisão recorrida, para que seja realizada novamente a intimação para manifestação a respeito da conclusão da diligência fiscal, com a apresentação dos respectivos documentos e demonstrativos que a fundamentaram, os quais não foram recebidos pelo Recorrente.

Em Parecer de fls. 162/165, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins de Sento-Sé, ratificado pela procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Observa que as duas intimações acerca do resultado da diligência não lograram cientificar o Recorrente, uma vez que a intimação de fl. 126, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo e o seu endereço, não logrou cientificar o sujeito passivo em razão das informações apostas pelos Correios (caixa fechada; não procurado), além disso, a segunda intimação (fl. 128) foi realizada em 2012 no endereço da residência do sócio da empresa que havia falecido desde 2011.

Entende que a decisão é nula, por cerceamento do direito à ampla defesa, contraditório e devido processo legal, pois, a intimação para se manifestar sobre o resultado da diligência não foi realizada de modo válido.

## VOTO

Observo que a diligência fiscal determinada pela primeira instância é de fundamental importância para se analisar o mérito da questão e buscar atender ao princípio da verdade material. Frise-se que a decisão recorrida foi fundamentada, primordialmente, no resultado da diligência fiscal, o qual foi acatado integralmente pela Ilustre 1ª JF.

Acontece que a 1ª JF considerou que o Recorrente concordou tacitamente com o resultado da diligência fiscal, pois, após ser intimado do seu resultado, não se manifestou. Veja-se trecho da decisão recorrida:

*Observo que o autuado foi cientificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou, permitindo-me inferir que o seu silêncio significa um acolhimento, tácito, da diligência realizada.*

Contudo, conforme demonstrado no Recurso Voluntário, a intimação para se manifestar sobre o resultado da diligência fiscal foi efetiva na residência do sócio da empresa já falecido acerca de um ano antes, em 2011.

Frise-se que a própria PGE/PROFIS concorda com as alegações recursais e reconhece a nulidade da intimação realizada. Chama a atenção para o fato de que a primeira tentativa de intimação não foi concretizada em razão de problemas operacionais dos Correios e que a segunda intimação é nula, pois realizada em nome de sócio da empresa já falecido.

Face ao exposto, entendo que razão assiste ao Recorrente. De fato, o Recorrente foi impedido de se manifestar sobre o resultado da diligência fiscal, a qual fundamentou a decisão recorrida.

A intimação sobre o resultado da diligência fiscal foi nula, pois, foi endereçada para sócio da empresa já falecido.

Deve-se notar que, no presente caso, a diligência fiscal é necessária ao atendimento da verdade material e, para tanto, é imprescindível assegurar e garantir que o Recorrente participe da realização da diligência, podendo se manifestar sobre as conclusões do Diligente e motivando, acaso necessário, nova manifestação do Diligente e emissão de novo Parecer. Se o Recorrente não tiver a chance de se manifestar sobre a diligência, não se pode garantir que a busca da verdade material foi realizada com sucesso.

Ademais, os princípios do direito à ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal determinam que as partes do processo tem direito a ter acesso a todos os documentos e informações contidos nos autos, bem como que lhes é assegurado o direito de se manifestar, dentro do prazo processual concedido, sobre os mesmos, ainda mais quando se trata de documento essencial à análise do mérito da causa e que foi o principal fundamento da decisão de primeira instância, como foi no presente caso.

Diante do exposto, entendo que a nulidade da intimação sobre o resultado da diligência fiscal, contaminou a decisão recorrida também com o mesmo vício, em razão da ofensa aos princípios do direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a intimação sobre o resultado da diligência fiscal e NULA a decisão recorrida, devendo retornar os autos à primeira instância e ser realizada novamente a intimação do Recorrente, para que este tome ciência do resultado da diligência fiscal e de todos os documentos e demonstrativos que a fundamentaram, dando-lhe prazo para se manifestar.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 232943.0005/11-1, lavrado contra **MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS)**, devendo retornar os autos à Primeira Instância e ser realizada novamente a intimação do Recorrente, para que este tome ciência do resultado da diligência fiscal e de todos os documentos e demonstrativos que a fundamentaram, dando-lhe prazo para se manifestar.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS