

PROCESSO	- A. I. N° 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	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 17.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 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 refeito 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 INFRAZ 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 científicar o Recorrente, uma vez que a intimação de fl. 126, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo e o seu endereço, não logrou científicoar 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 JJF.

Acontece que a 1ª JJF 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 3^a 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 BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS