

**PRCESSO** - A. I. Nº 206981.0402/11-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - SIENA ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0055-04/14  
**ORIGEM** - INFAC INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 09/07/2014

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0165-11/14

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. O conjunto probatório constante nos autos não permite que se declare a nulidade das infrações 2 e 3. Necessidade do retorno dos autos à primeira instância para que sejam sanadas as eventuais irregularidades nas referidas infrações. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, o qual exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 227.592,69, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 – Fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais, limitando-se a penalidade ao percentual de 1% do valor das operações de saída (divergentes) em cada período. Trata-se de diferenças das entradas e saídas, constatadas no confronto entre os arquivos magnéticos e as declarações mensais de apuração do imposto (DMA). Multa de R\$ 10.540,65, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. R\$ 23.330,54 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação ou no exterior, relacionadas no Anexo 88, RICMS/1997. R\$ 193.721,50 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Em Primeira Instância, assim concluíram os Ilustres Julgadores da 4ª JJF:

*O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, LIV, CF/1988, enquanto os do contraditório e da ampla defesa constam do inciso LV do mesmo artigo.*

*Segundo Alexandre Moraes (1999, p.112):*

*“o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos Recursos, à Decisão imutável, à revisão criminal)”.*

*A ampla defesa e o contraditório são as bases do devido processo legal. A primeira consiste em assegurar que o autuado tenha condições de trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer o que entende ser a verdade. Já o segundo é a própria exteriorização da ampla defesa. A todo ato produzido pelo fisco caberá igual direito de oposição por parte do impugnante, bem como de trazer a versão que melhor lhe aprouver ou fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela do auditor.*

*Apesar da conduta irregular do sujeito passivo, ao encerrar as suas atividades sem prévia comunicação às autoridades competentes, em razão de que sugiro que cópias integrais dos presentes autos sejam encaminhadas*

à INFIP (*Inspeção Fiscal de Inteligência e Pesquisa*), tenho que o ato administrativo em enfoque é nulo, o que afirmo com base nos princípios acima alinhavados e no que passarei a expor.

Inicialmente, cabe ressaltar que nos casos de dolo, fraude ou simulação não ocorrerá homologação tácita e nem o crédito tributário restará extinto ao expirar o prazo de cinco anos contados do fato gerador ou do primeiro dia do exercício seguinte, sem que a Administração Fazendária tenha se manifestado. Nesses casos, então, não há que se falar em lançamento por homologação.

Tendo em vista a sugestão acima, de informação à INFIP, caso reste demonstrado que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, a Fazenda Pública efetuará o lançamento de ofício em substituição ao que ocorre por homologação e não haverá o fenômeno em tela (decadência), relativamente aos atos supostamente ilícitos.

Muito bem, quanto à infração 01, assinala-se que o art. 569, §5º do RICMS/1997 contém norma de natureza imperativa e processual (com o perdão da redundância), ao estatuir que na intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, o que não verifico à fl. 09, pois ali não há data, intimação, muito menos comprovante de entrega ao fiscalizado das informações divergentes.

A data e a intimação são importantes não só devido aos princípios citados.

Segundo o item 6.1 da Orientação Técnica OTE-DPF-3005, na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidades do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para a apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Com respeito às outras duas imputações, em relação às quais o defendente afirmou desconhecer as operações de entrada, tendo ingressado no mérito, nas suas palavras, por mera atenção ao “princípio da eventualidade”, não foram colacionadas ao processo sequer as vias dos fornecedores, as quais não seriam suficientes para comprovar os fatos, mas ao menos serviriam como indícios, no sentido de converter o feito em diligência para que os mesmos apresentassem comprovantes de pagamento, canhotos, conhecimentos de transporte e demais provas das transações.

Veja-se que o autuante teve oportunidades de fazer isso quando da fiscalização e da informação fiscal, mas não o fez.

Tenho que, ainda que tivesse engendrado esforços no sentido de trazer ao PAF ao menos as vias das notas, não conseguia, pois mais de cinco anos já se passaram das datas dos fatos geradores, pelo que os remetentes não mais têm a obrigação de manter em arquivo a documentação correlata (notas fiscais, comprovantes de pagamento, canhotos, conhecimentos de transporte, correspondências, extratos etc.).

A fiscalização incorreu em nulidade ao efetuar procedimento de auditoria à margem dos livros do contribuinte, e, em decorrência disso, ao não conseguir enfrentar as argumentações defensivas de forma minuciosa, fundamentada, clara e precisa, em explícita desobediência ao art. 127, §6º, RPAF/1999. Há vício insanável, em razão de a autuação ter dado ensejo a ato administrativo sem a explicitação clara, pormenorizada e compreensível dos motivos, situação que atinge o devido processo legal e o direito à ampla defesa e se subsume na hipótese do art. 18, II, RPAF/1999.

Em verdade, como se trata de estabelecimento que fechou, encerrou as atividades, havendo a necessidade de chancelar a baixa da inscrição estadual, as auditorias em análise não se prestam a este fim, porquanto não possuem a profundidade que caracteriza, por exemplo, roteiros de caixa ou de levantamento quantitativo de estoques, em razão de que concluo que a INFIP deve investigar em detalhes a situação, sob pena de o Estado validar situação na qual o crédito reclamado é menor do que o efetivamente devido.

Ficam prejudicados os pedidos de diligência, produção de provas, reabertura de prazo de defesa etc.

Em face do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Em virtude da redução do crédito tributário ter sido superior ao limite previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, foi interposto Recurso de Ofício.

## VOTO

A Decisão de Primeira Instância declarou a Nulidade do presente Auto de Infração, em síntese, por conta do cerceamento do direito de defesa em todas as três infrações e da não observância do art. 569, §5º do RICMS/1997, no que se refere à infração 1.

Quanto às infrações 2 e 3, há de se observar que as infrações decorrem de aquisições interestaduais de mercadorias. Às fls. 10-18 o Agente Fiscal Autuante apresenta levantamentos indicando os números das notas fiscais. Entendeu a primeira instância que tais provas não seriam suficientes porque tais demonstrativos não foram sequer acompanhados das “*vias dos fornecedores, as quais não seriam suficientes para comprovar os fatos, mas ao menos serviriam como indícios, no sentido de converter o feito em diligência para que os mesmos apresentassem comprovantes de pagamento, canhotos, conhecimentos de transporte e demais provas das transações*”.

Concluiu, então, a Decisão de Primeira Instância que “*A fiscalização incorreu em nulidade ao efetuar procedimento de auditoria à margem dos livros do contribuinte, e, em decorrência disso, ao não conseguir enfrentar as argumentações defensivas de forma minuciosa, fundamentada, clara e precisa, em explícita desobediência ao art. 127, §6º, RPAF/1999. Há vício insanável, em razão de a autuação ter dado ensejo a ato administrativo sem a explicitação clara, pormenorizada e compreensível dos motivos, situação que atinge o devido processo legal e o direito à ampla defesa e se subsume na hipótese do art. 18, II, RPAF/1999.*”.

Contudo, as informações contidas nos arquivos magnéticos, somadas às notas fiscais apresentadas pelo próprio contribuinte em sua Impugnação, são fortes indícios das aquisições das mercadorias provenientes de outro Estado da Federação. Assim, eventual dúvida, quanto às infrações 2 e 3, poderia ter sido sanada com a conversão do feito em diligência fiscal.

Assim, o conjunto probatório constante nos autos não permite que se declare a nulidade das infrações 2 e 3, devendo os autos retornarem à primeira instância para que se tome as providências cabíveis para sanar as eventuais irregularidades.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para declarar a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo os autos retornarem à primeira instância para análise completa das infrações 2 e 3, e saneamento das irregularidades eventualmente identificadas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e declara **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206981.0402/11-2, lavrado contra **SIENA ALIMENTOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2014.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS