

A. I. N° - 206981.0402/11-2  
AUTUADO - SIENA ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO NELSON DE SOUZA FILHO  
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA  
INTERNET - 31.03.2014

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0055-04/14**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. 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 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado no dia 22/12/2011 e 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 01 – 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 02 – 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 03 – 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.

À fl. 01 está dito que a fiscalização não logrou êxito em encontrar a pessoa jurídica auditada no endereço de cadastro e que a localização do contador é desconhecida. Por isso, foi lavrada FLC (ficha de localização de contribuinte) e a fiscalização foi efetuada com base nos arquivos magnéticos, DMAs e notas fiscais informadas por terceiros via SINTEGRA.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 24 a 40, na qual suscita preliminar de nulidade em razão do fato narrado no parágrafo acima, pelo que também requer complementação da instrução do lançamento de ofício e reabertura de prazo para defesa.

Ainda na preliminar, insurge-se contra a não apresentação pelo fisco das notas informadas por terceiros via SINTEGRA e daquelas que resultaram na diferença de alíquotas apurada.

No mérito da imputação 01, afirma que se o autuante o encontrou para intimá-lo acerca da lavratura do Auto de Infração, também o teria encontrado para localizar os livros fiscais e demais documentos.

Segundo alega, o auditor fez uso de um meio confortável para elaborar auditoria de estoques por meio de software, à distância, alcançando os dados do SINTEGRA ao patamar de informações contábeis de primeira grandeza.

Não reconhece como legítimas as informações consignadas na autuação e afirma que se alguma inconsistência ocorreu, esta se deve aos softwares utilizados, e não a uma eventual conduta infracional.

Em seguida, insurge-se contra o fato de o fisco não lhe ter concedido tempo para corrigir as informações em meio magnético, o qual requer à fl. 31, juntamente com diligência ou perícia e juntada de provas.

Apresenta as mesmas alegações para a infração 02, pois, na sua linha de argumentação, não se faz auditoria sem conhecer o negócio do auditado. Afirma que vários insumos, como sacaria, grampos, caixas de papelão, entre outros, foram qualificados como materiais de consumo, em razão de que pede diligência para revisão.

Quanto à infração 03, assevera que a autoridade fiscal deve sanear o lançamento de ofício e apresentar as notas do SINTEGRA, com reabertura de prazo para defesa.

Volta a requerer diligência, menciona e transcreve, às fls. 35/36 e 38/39, os arts. 347, 353 e 355, I, II e III, RICMS/1997, para aduzir que está dispensado do imposto exigido, pois sua atividade é o abate, industrialização e comercialização de carnes e seus subprodutos em geral, assim como o transporte de itens perecíveis.

A diligência pleiteada – para provar que à época exercia a atividade de indústria – é no seu antigo endereço, onde hoje está localizada a FRIMASA – FRIGORÍFICO MATADOUROS SALVADOR LTDA.

Protesta pela produção de provas através dos meios admitidos, reitera os pedidos de revisão e diligência e encerra requerendo nulidade ou improcedência.

Na informação fiscal, de fls. 171/172, o autuante assevera que o sujeito passivo não poderia ter sido intimado para corrigir os arquivos magnéticos, pois não foi localizado (infração 01).

Acata a alegação defensiva de que os materiais relacionados na impugnação não são de uso e consumo e revisa o valor da infração 02 (para R\$ 19.902,36; fl. 173), após afirmar que “*apesar da dificuldade dos assessores jurídicos em localizarem documentos, o mesmo não pode ser dito do responsável pela contestação, pois anexou a este PAF notas fiscais (...)*”.

A seguir, diz que a infração 03 está em consonância com a legislação e que a dispensa pretendida pelo deficiente diz respeito às operações internas que atendam a determinadas condições, específicas.

Requer a procedência parcial do lançamento de ofício.

Intimado (fl. 183), o impugnante não se manifestou acerca da informação fiscal.

## VOTO

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 aprovou 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 (Inspetoria 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, assinale-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 conseguiria, 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206981.0402/11-2**, lavrado contra **SIENA ALIMENTOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR