

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0015/05-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FERIMPORT COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0049-05/06
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 05/07/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0277-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo. Inteligência da Súmula nº 1 do CONSEF. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em face de Acórdão JJF Nº 0049-05/06, que Anulou o lançamento fiscal por deficiência na identificação da base de cálculo do tributo, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Acusa o Auto de Infração não recolhimento do ICMS, constatado através da apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto 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 contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas anteriores de mercadorias e também não contabilizados (exercícios de 2002, 2003 e 2004).

Fulcrado nos arquivos magnéticos retificadores, posteriormente apresentados pelo autuado, o agente fiscal procedeu à auditoria do levantamento quantitativo dos estoques, ocasião em que foram selecionadas 50 mercadorias.

O autuado contesta a acusação, asseverando que os arquivos magnéticos não provam a materialidade da infração.

Requeru a nulidade ou a improcedência da autuação, antes argumentando que:

1. todos os equívocos apontados pelo autuante, quando da solicitação da retificação dos arquivos, foram reparados. Eles consistiram, unicamente, na falta de alguns arquivos de dados e de deslocamento de casas decimais. Como exemplo citou o erro de que 100 unidades de uma determinada mercadorias foi apresentada como 0,100;
2. no mês de agosto de 2004 constatou que em todos os 50 itens selecionados, o autuante não apresentou qualquer movimentação, nem de entrada nem de saída. Apresentando prova, conforme documentos que indicou como 3, selecionou três itens para demonstrar não somente esta movimentação, como, de igual forma, ela se encontrava registrada nos arquivos magnéticos;
3. não foram computadas diversas notas fiscais de entradas e diversos cupons fiscais, conforme demonstrou através de exemplificação;
4. disse que houve registro de saídas em duplicidade, pois vários documentos fiscais que possuíam natureza de operação “Consignação Mercantil” foram computados em duplicidade, pois levantadas as de “Simples Faturamento” e as de “Remessa em Consignação”. Apresentou prova do alegado.

Em sede de informações fiscais, o agente explica que, através dos arquivos magnéticos retificados, identificou as quantidades existentes nos estoques iniciais e finais de cada exercício, para cada Código de produto selecionado, conforme Registro 74 dos Arquivos Magnéticos Retificadores. Em seguida, levantou, de cada um deles, as entradas com base nas notas fiscais informadas nos Registros Tipo 50 e 54. Este mesmo procedimento foi realizado para as saídas, e, neste caso foi utilizado, também, o Registro 60R em relação aos cupons fiscais.

Adiante, rebate as alegações defensivas, admitindo eventuais erros, dada a exigüidade de tempo e a quantidade de informações processadas no Aplicativo Access.

Reconhece a não inclusão no levantamento relativo ao mês de agosto de 2004 de 36 arquivos magnéticos retificadores no sistema de auditoria Automatizado. Contrariando a defesa, afiança que os cupons fiscais foram devidamente incluídos no levantamento fiscal, tendo em vista as peculiaridades de cada produto.

Procedeu ao refazimento do levantamento fiscal por conta da constatação de codificação dupla, conforme demonstrativos apresentados para os três exercícios levantados, excluindo do levantamento todas as Notas Fiscais de Saídas com CFOP 6114 e 6917, após o que fixou o montante devido em R\$157.896,35.

Cientificada, focaliza o autuado sua insurgência contra a auditoria incidente sobre o exercício de 2004, sob alegação de existência de imperfeições. Em relação aos cupons fiscais, ressaltou que o autuante apenas havia considerado aqueles que indicou como exemplificação, não considerando os demais.

Ainda neste ensejo apresentou novos documentos, reiterando as imperfeições do procedimento de lançamento por basear-se em amostragens, aduzindo que já havia informado, formalmente, das quantidades adquiridas por embalagens de determinados produtos, conforme relatório que enviou e não conforme constam nas notas fiscais existentes no Sintegra. Exemplificou a situação da seguinte forma: as quantidades dos produtos vendidos por atacado são designadas, no seu sistema, por embalagem. Quando vendidos no varejo, por unidade.

Atacou em seguida a forma como foram feitas as exclusões das mercadorias com CFOP 6114, 6917, 5949, 6949, 1949 e 2949, pois não foram em sua totalidade excluídas do levantamento fiscal, o que gerou distorções na quantificação dos produtos.

Prossegue, asseverando que o roteiro de fiscalização deve privilegiar os livros e documentos fiscais, ao invés de informações incorretas existentes no Sintegra. Suscita a nulidade da autuação, por conta da precarização do direito de ampla defesa na medida em que o próprio preposto fiscal admite erro material na ação fiscal.

O autuante, em pronunciamento às fls. 2365, retificou o levantamento fiscal relativo ao exercício de 2004 relativamente aos produtos que haviam apresentado dupla codificação. Com este procedimento, as omissões maiores apuradas que eram de entradas passaram para saídas. Neste contexto, entendeu, novamente, que na presente ação fiscal não se poderia cobrá-la.

Uma vez mais instado a pronunciar-se sobre as retificações operadas pelo agente, sustentou o Autuado suas razões de impugnação às fls. 2416/2417.

O autuante (fls. 2420/2422) após descrever, novamente, como foi realizada a fiscalização e as conclusões que chegou quando das retificações produzidas, solicitou a este Colegiado que fosse decretada a nulidade da presente ação fiscal para renovar nova fiscalização a salvo de erros.

A 5ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0049-05/06 às fls. 2426/2432, julga nulo o Auto de Infração, com esteio no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, ao tempo em que representa a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, na forma do art. 156 do mesmo Regulamento.

Fundamenta seu convencimento na Súmula nº 01 do CONSEF, que trata da nulidade da ação fiscal em face de imperfeição e imprecisão na definição da base de cálculo do montante tributário

exigido, aduzindo ainda que “*Após análise de tudo o que aqui foi exposto, todo o levantamento fiscal deveria ser feito objetivando se ter conhecimento das exatas diferenças (de entradas ou de saídas) existentes ou não. Juntando a este fato de que o próprio autuante já realizou três revisões e de que não compete a fiscal estranho ao feito refazer o levantamento fiscal, concluo de que permanece, mesmo após saneamento efetuado, a falta de perfeita identificação da base de cálculo do ICMS.*”

Corroborando sua inteligência no sentido do cerceamento do direito de defesa, certifica que o agente fiscal emitiu indevidamente juízo de valor “*sobre a modificação que constatou após revisões - de saídas de mercadorias tributáveis a maior do que entradas prejudicou a lide, fazendo com que o sujeito passivo não mais contestasse, especificamente, no curso de suas impugnações o quantitativo referente aos exercícios de 2002 e 2003 e, em seu último pronunciamento, o exercício de 2004.*”

VOTO

Depreende-se que o presente Auto de Infração foi lavrado com diversas imperfeições, oportunizando, de forma extravagante e improfícua, o contraditório.

A JJF apontou alguns equívocos perpetrados pelo agente fiscal, no que respeita à compilação dos dados que compunham os arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte.

O contribuinte, por seu turno, contestava com precisão as retificações fiscais, ensejando novas revisões que importaram em alterações de valores e alvo da autuação.

Já haviam sido realizadas três revisões, subsistindo obscuridades na identificação da base de cálculo do tributo. Descaberia a intervenção de fiscal estranho ao feito com vistas a produção de novo incidente de saneamento dos autos.

Entendo correta, neste diapasão, a invocação da Súmula nº 1 deste Colegiado, que impõe clareza na definição da base de cálculo, em consonância com os princípios da legalidade e da verdade material, sob pena de extinção do procedimento.

Por derradeiro a JJF identifica, com acerto, a precarização do direito de defesa ao constatar a não concessão de vistas ao autuado da alteração dos termos da acusação pela qual as saídas de mercadorias tributáveis representavam maior expressão monetária do que as entradas.

A Decisão ‘*a quo*’ não merece reparos, pelo que NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, cujo procedimento deverá ser renovado a salvo de erros.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206948.0015/05-6**, lavrado contra **FERIMPORT COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo o procedimento ser renovado a salvo de erros.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de Junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

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