

PROCESSO - A. I. Nº 057039.0024/05-0
RECORRENTE - CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA. (ZIP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0281-02/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-12/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias (exercício de 2002). Foram refeitos os cálculos, para correção de equívocos da autuação. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. A saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças de saídas de mercadorias (exercício de 2003), ficando caracterizada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Afastada a preliminar de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão prolatada pela 2ª JF que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/6/05, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e sem escrituração nos livros fiscais, fato este constatado com base na falta de registro de entradas de mercadorias e também de saídas, sendo o valor da omissão de entradas inferior ao da omissão de saídas, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2002), levando-se em conta no cálculo do imposto a diferença de maior expressão monetária, o das saídas, sendo lançado tributo no valor de R\$ 103.624,12, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e sem escrituração nos livros fiscais, fato este constatado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003), sendo lançado tributo no valor de R\$ 71.446,81, com multa de 70%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 185/190) alegando que no levantamento fiscal foram lançadas em duplicidade 7 Notas Fiscais de entradas de mercadorias. Acusou a fiscalização de registrar saídas de mercadorias como se fossem entradas, além de lançar quantidade diversa da constante no documento, e de deixar de consignar saídas de mercadorias de vários documentos. Anexou documentos e demonstrativos. Negou que tivesse deixado de escriturar documentos fiscais. Pediu que se anulasse o lançamento do crédito tributário.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação reconhecendo a existência de erros no levantamento (fls. 5860/5863). Quanto ao fato de não terem sido considerados no levantamento alguns Cupons Fiscais, informou que, para depurar isso, seria necessária a verificação das fitas-detalhe originais, tendo em vista que os Cupons apontados às fls. 50, 51, 52, 87 e 88 foram colocados por período de cada rolo de fita-detalhe, e não por Cupom individual. Reclamou que *“o contribuinte inclui xerox, complicando a revisão sobre determinados Cupons Fiscais”*. Aduziu que *“não restou comprovado documentalmente as alegações apresentadas, ou seja, o contribuinte apenas apresentou isoladamente cópias de cupons fiscais sem contudo contestar o quantitativo inicialmente apurado por períodos correspondente a cada rolo de fita detalhe”* [sic]. Observou que, de acordo com as fls. 50, 51, 52, 87 e 88, o levantamento foi feito por períodos, e não em função de cada Cupom. Concluiu dizendo que reitera a “procedência” do Auto de Infração. Juntou demonstrativos do resultado da revisão, reduzindo o imposto do item 1º para R\$ 90.097,05.

Foi dada ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo (fls. 5864-5865). Este não se manifestou.

Na sessão de julgamento do dia 3/11/05, o defensor da empresa pediu juntada de memorial (fls. 5868/5870).

Em face dos elementos aduzidos na sustentação oral, a Junta decidiu determinar a realização de diligência (fls. 5871-5872), solicitando-se a revisão dos lançamentos, em especial no que concerne aos demonstrativos às fls. 434 a 447, em face dos rolos originais das fitas-detalhe, considerando-se, ainda, os elementos aduzidos no memorial apresentado. Foi recomendado que o auditor designado para efetuar a revisão intimasse a empresa ou seu representante para designar preposto a fim de acompanhar a revisão fiscal, marcando dia, horário e local da realização do trabalho.

O fiscal designado para efetuar a revisão relatou em seu Parecer as providências tomadas, falou dos testes de consistência efetuados, especificou as correções efetuadas relativamente ao exercício de 2002, e apresentou novo demonstrativo, indicando para o item 1º o valor remanescente do imposto na ordem de R\$ 93.537,62 (fls. 5875/5882).

No curso da diligência, o representante do autuado deu entrada em petição dirigida ao fiscal revisor, acerca dos critérios do trabalho em execução (fls. 5894-5895).

Foi mandado dar ciência do resultado da diligência ao fiscal autuante e ao sujeito passivo (fls. 5898/5902).

Nem o fiscal nem o contribuinte se manifestaram.

Através do Acórdão JJF nº 0281-02/06, decidiu a 2ª Junta de Julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“Em síntese, o autuado suscitou três questões: a) lançamentos de Notas Fiscais de entradas em duplicidade, b) lançamentos de saídas de mercadorias como se fossem entradas, e c) lançamento de quantidade diversa da constante no documento, além da falta de consignação de saídas de mercadorias de vários documentos.

Com relação às duas primeiras questões, apesar de a auditora, ao final da informação, se manifestar pela ‘procedência’ do Auto de Infração, noto que ela própria reconheceu a existência de erros e juntou novos demonstrativos, de modo que sua conclusão deve ser entendida como opinativa pela procedência parcial do lançamento, haja vista que, de acordo com o demonstrativo à fl. 5863, foi reduzido o valor do imposto do item 1º para R\$ 90.097,05. Observo, contudo, que o fiscal designado pela ASTEC para fazer a revisão chegou a um valor um pouco maior: R\$ 93.537,62 (fl. 5882). Como as explicações prestadas pelo revisor se mostraram mais minuciosas e precisas do que as da auditora, considero que deva prevalecer o débito apurado pelo revisor.

Quanto à terceira questão, noto que a dificuldade de compreensão, por parte do autuado – e também desta Junta, ao determinar a diligência –, decorreu do critério esdrúxulo adotado

pela auditora, que, ao especificar os grupos de documentos pesquisados (do número 'x' ao número 'y'), apenas indicou o primeiro número do intervalo (documento 'x'), dando a entender que as quantidades indicadas corresponderiam apenas àquele documento, quando, na verdade, dizem respeito a vários documentos. É de bom alvitre que, no futuro, a nobre auditora evite esse tipo de procedimento, que implica cerceamento de defesa, tumultua o processo e acarreta diligências desnecessárias, retardando o desfecho da lide, em prejuízo do contribuinte e do Estado. É inadmissível pôr a culpa no SAFA, que é apenas um programa de computador. O SAFA é uma ferramenta de trabalho. A competência legal para fiscalizar é do auditor, e não do programa de computador. Compete ao auditor diligenciar no sentido de que os dados coligidos sejam manipulados e demonstrados com precisão e clareza.

O demonstrativo do débito do item 1º do Auto de Infração deverá ser feito com base no instrumento à fl. 5882. No exercício de 2002, houve omissão de saídas de mercadorias no total de R\$ 550.221,27, o que significa falta de pagamento de ICMS no valor de R\$ 93.537,62 (alíquota de 17%). A saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo.

Não houve alteração no que concerne ao item 2º (exercício de 2003).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, após transcrever trechos do Acórdão ora recorrendo, suscita a nulidade do levantamento fiscal que ensejou a presente autuação, posto que o mesmo foi feito por períodos, e não em função de cada cupom fiscal, como determina o art. 39, inciso IV, do RPAF, prejudicando, inclusive, a identificação do crédito tributário, bem como em desacordo com o SAFA, que é o sistema de arrecadação e fiscalização da SEFAZ/BA. Transcreve o citado artigo de lei e assevera que, além da Junta de Julgamento Fiscal reconhecer o vício constante no procedimento fiscal adotado, aquele órgão ainda informou que “*É de bom alvitre que, no futuro, a auditora evite esse tipo de procedimento, QUE IMPLICA CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, tumultua o processo e acarreta diligências desnecessárias, retardando o desfecho da lide, em prejuízo do contribuinte e do Estado*”. Ainda invocando a Decisão recorrida salienta o recorrente que o *a quo* decidiu que “*Compete ao auditor diligenciar no sentido de que os dados coligidos sejam manipulados e demonstrados com precisão e clareza*”, grifando, na peça recursal, os trechos acima transcritos. Aduz que a Junta de Julgamento Fiscal, a despeito de reconhecer pelos vícios insanáveis, não concluiu pela sua nulidade. Invoca e transcreve o art. 18, II, do RPAF, para ressaltar que, em face dos vícios insanáveis existentes e reconhecidos pelo citado órgão julgador, é inadmissível que, tanto no exercício de 2002, quanto no exercício de 2003, se mantenha qualquer procedência de um Auto de Infração que, mesmo numa diligência fiscal superficial, já encontrou erros na autuação. Ao final, pugna pelo provimento do Recurso Voluntário ora interposto, a fim de que seja decretada a nulidade do Auto de Infração.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente processo administrativo fiscal, opina pelo “*INDEFERIMENTO do Recurso Voluntário interposto, uma vez que o Contribuinte não acrescenta nenhum outro documento novo ou produz novas provas que possam elidir as infrações*”. Salienta que “*É cediço no processo administrativo fiscal que ‘a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal’*”, inexistindo pertinência na nulidade alegada pelo autuado. Quanto ao mérito, prossegue, “*trata-se de discussão de matéria de fato em relação as quais a diligência da ASTEC corroborou as infrações apontadas no Auto de Infração e ajustou o montante do imposto devido.*”, pelo que deve ser mantida a Decisão de Primeira Instância.

VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade)

Merece reparos, *permissa venia*, a Decisão de primeira instância, tendo em vista, o flagrante cerceamento ao direito de defesa do recorrente, decorrentes dos vícios insanáveis existentes na presente autuação.

Pari passu, invoco trechos da própria Decisão recorrida, que reconheceu a existência de tais vícios insanáveis, para fundamentar o meu *decisum*, a saber:

“A auditoria responsável pelo lançamento prestou informação reconhecendo a existência de erros no levantamento.

(...)

*“Quanto à terceira questão, noto que a dificuldade de compreensão, por parte do autuado – e também desta Junta, ao determinar a diligência –, decorreu do critério esdrúxulo adotado pela auditora, que, ao especificar os grupos de documentos pesquisados (do número ‘x’ ao número ‘y’), apenas indicou o primeiro número do intervalo (documento ‘x’), dando a entender que as quantidades indicadas corresponderiam apenas àquele documento, quando, na verdade, dizem respeito a vários documentos. É de bom alvitre que, no futuro, a nobre auditora evite esse tipo de procedimento, que implica cerceamento de defesa, tumultua o processo e acarreta diligências desnecessárias, retardando o desfecho da lide, em prejuízo do contribuinte e do Estado. É inadmissível pôr a culpa no SAFA, que é apenas um programa de computador. O SAFA é uma ferramenta de trabalho. A competência legal para fiscalizar é do auditor, e não do programa de computador. **Compete ao auditor diligenciar no sentido de que os dados coligidos sejam manipulados e demonstrados com precisão e clareza**” (grifo nosso).*

Corroboro com o entendimento do órgão de Primeira Instância no que concerne à manifesta existência de cerceamento do direito de defesa em desfavor do contribuinte. Discordo, porém, de sua conclusão, posto que entendo que os vícios encontrados na presente autuação não poderiam ser sanados através de simples diligência.

A matéria debatida não se subsume, tão-somente, ao seu aspecto fático, mas sim à utilização de critérios equivocados quando da realização da ação fiscal, que não poderiam vir a ser sanados com a realização de diligência, mas somente com a lavratura de outro Auto de Infração.

Isso porque o levantamento quantitativo de estoque foi feito por períodos e não em função de cada cupom fiscal, como determina o art. 39, IV, do RPAF, inviabilizando, inclusive, a perfeita identificação do crédito tributário, sem prejuízo de estar em dissonância com o próprio SAFA, que é o sistema de arrecadação e fiscalização da SEFAZ/BA.

Nesse envolver, traz-se à colação o sabor dos ensinamentos do citado artigo de lei, para melhor compreensão da matéria:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

...

...

IV – o demonstrativo do débito tributário, discriminado, em relação a cada fato:”. (grifo nosso)

Depreende-se, pois, da simples leitura do dispositivo legal supra transcrito, em cotejamento com o quanto constante nos presentes autos, que os vícios praticados pela ilustre auditora e reconhecidos pela Junta de Julgamento Fiscal, são insanáveis uma vez que alteraram, por inteiro, a forma de fiscalização e os demonstrativos constantes do Auto de Infração, cerceando o direito de defesa do recorrente.

Ex positis, com espeque no art. 18, II, do RPAF, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de decretar a NULIDADE do presente Auto de Infração.

Vencido quanto à preliminar de nulidade, no que concerne ao *meritum causae*, tendo em vista que o próprio recorrente não se insurge em relação a este aspecto, resta-me acolher a prova técnica produzida nos autos através da diligência realizada pela ASTEC, que efetuou os ajustes necessários em relação à autuação original, notadamente porque não foram apresentados, por parte do recorrente, outros documentos e argumentos que pudessem contrastar o acerto da Decisão recorrida.

Assim, quanto ao mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade)

Quanto à preliminar de nulidade, respeitosamente, divirjo do posicionamento do ilustre relator, pois entendo que o lançamento não contém qualquer vício que o inquene de nulidade, conforme passo a me pronunciar.

A forma (roteiro de auditoria fiscal) empregada originalmente na apuração do imposto foi mantida na diligência efetuada pela ASTEC – levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria –, tendo o diligenciador efetuada a inclusão das operações de saídas constantes nos cupons fiscais, conforme demonstrativos que foram anexados ao processo.

Quanto ao fato de o imposto ser considerado como devido no fim do exercício, esse procedimento está de acordo com a legislação tributária estadual, a qual prevê que sempre que for impossível determinar com precisão a data da ocorrência do fato gerador, este considerar-se-á ocorrido no último dia do período fiscalizado. No caso em tela, não havia como saber quando ocorreram as operações de saídas de mercadorias que foram omitidas, portanto, acertadamente, o fato gerador do imposto foi considerado como tendo ocorrido no fim de cada exercício. Analisando o demonstrativo de débito que acompanha o Auto de Infração, observo que as exigências previstas nas alíneas do inciso IV do art. 39 do RPAF/99 foram atendidas.

Pelo acima exposto, considero que não houve qualquer prejuízo para o exercício do direito de defesa do recorrente e, portanto, afasto a preliminar de nulidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **057039.0024/05-0**, lavrado contra **CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA. (ZIP)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$164.984,43**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade)

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS