

**PROCESSO** - A. I. Nº 298951.0601/04-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - REGIONAL MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0251-03/07  
**ORIGEM** - INFAZ GUANAMBI  
**INTERNET** - 30/10/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0385-12/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. É nulo o procedimento desprovido de elementos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao infrator. Os demonstrativos elaborados pelos autuantes não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, tendo sido também constatada a lavratura de mais de um Auto de Infração na mesma ação fiscal, sem autorização da autoridade fazendária, dificultando o exercício do direito de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF nº 0251-03/07, que julgou Nulo o Auto de infração em epígrafe, o qual foi lavrado em razão das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração. Foi indicada multa no valor de R\$50,00.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$17.208,86, decorrente da apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão, 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.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$75,60, relativo às omissões de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em sua escrita, o que autoriza a cobrança de imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas.
4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$31.956,78, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração.
5. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$14.411,51, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de

crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuado apresentou defesa (fls. 880/898 – vol. V) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa e por entender que não era possível se determinar o montante do débito. No mérito, apontou inconsistências contidas nos levantamentos realizados pelo fisco. Afirmou que algumas devoluções não foram consideradas, que havia equívocos na digitação do inventário e que havia contagem em duplicidade de notas fiscais. Questionou a legalidade da aplicação do programa “SAFA” na realização de levantamentos quantitativos.

Na informação fiscal (fls. 976/977 – vol. VI), o autuante defendeu o uso do programa “SAFA”, alegando que o autuado nada contrapôs à autuação. Manteve a ação fiscal.

O processo foi encaminhado em diligência à ASTEC do Conselho de Fazenda (fl. 979 – vol. VI), para que fossem verificadas as inconsistências citadas pelo autuado. Em seguida, por sugestão do coordenador da ASTEC, o processo foi encaminhado ao autuante para o atendimento da diligência.

Em atendimento à diligência, às fls. 990 e 991 – vol. VI, o autuante acolheu parcialmente as alegações defensivas. À fl. 994, acostou um novo demonstrativo de débito, onde é feita referência ao Auto de infração nº 298924.0509/04-8, datado de 31/10/2005, no qual constam três infrações, no valor total de R\$11.453,03.

Ao se pronunciar acerca do resultado da diligência, o autuado argüiu a nulidade do lançamento, alegando que os vícios existentes no processo não são passíveis de saneamento.

O processo foi convertido em nova diligência à INFAZ de origem (fl. 1693 – vol. IX), para que o autuante atendesse às seguintes solicitações: correlacionasse as infrações mencionadas no novo demonstrativo com as lançadas originalmente; informasse a razão da exclusão das infrações 4 e 5; notificasse o autuado que, após as devidas correções, a infração 2 deixou de exigir imposto por presunção e passou a cobrar ICMS em razão de omissão de saídas; examinasse a documentação acostada às fls. 1683 a 1690, confrontando-os com as alegações do sujeito passivo; elaborasse um novo demonstrativo de débito, após as retificações necessárias.

Em cumprimento à diligência, às fls. 1702/1703 – vol. IX, o autuante explicou que, em razão da documentação apresentada na defesa, as infrações 2, 3 e 4 foram substituídas pela infração 1. Disse que foram mantidas as infrações 1 e 5, correlacionadas às infrações 2 e 3 do novo demonstrativo. Afirmou que as alegações defensivas pertinentes aos documentos de fls. 1683 a 1690 não procedem. Solicitou a manutenção da autuação, conforme o demonstrativo elaborado à fl. 994.

O PAF foi convertido em nova diligência (fl. 1710 – vol. IX), para que o autuante atendesse às seguintes solicitações: elaborasse planilha detalhando e correlacionando as alterações promovidas nas infrações; corrigisse a planilha elaborada às fls. 1664 a 1667, a qual reuniu em um só item as infrações 4 e 5; elaborasse novo demonstrativo de débito.

A diligência foi atendida, fls. 1713/1715 – vol. IX, tendo o autuante elaborado nova planilha e efetuado a correlação das infrações. Todavia, informou que o refazimento da planilha de fls. 1664 a 1667 não era possível, pois a sua execução ocorreu em 2003, em equipamentos de informática da SEFAZ já formatados, nos quais o programa “SAFA” foi substituído por versões mais novas. Solicitou a manutenção da autuação, conforme o novo demonstrativo apresentado.

Ao se pronunciar sobre o resultado da última diligência (fls. 1719/1727 – vol. IX), o autuado alegou que o processo estava eivado de vícios e, portanto, não poderia prosperar. Disse que os arquivos magnéticos entregues à SEFAZ continham inconsistências e, no entanto, não fora intimado a efetuar as correções, conforme determinava a legislação tributária estadual. Alegou

que houve majoração do valor cobrado na infração 3. Argumentou que as infrações descritas no Auto de infração foram modificadas na primeira diligência e, novamente, foram alteradas nas diligências posteriores, acarretando insegurança jurídica. Frisou que havia necessidade de utilização dos arquivos magnéticos corretos.

Por meio do Acórdão JF nº 0251-03/07, o Auto de infração foi julgado Nulo, tendo a ilustre relatora fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

*Do estudo do processo verifico que, inicialmente, o contribuinte foi acusado de ter cometido cinco infrações, que foram transformadas em três como resultado de reanálise da ação fiscal. O entendimento destas novas infrações, pelo sujeito passivo, ficou prejudicado pela dificuldade em correlacionar as novas infrações com aquelas originalmente lançadas. Não obstante, o contribuinte tentou defender-se, sendo determinado por este Conselho, como último Recurso, que os autuantes esclarecessem as retificações do lançamento fiscal, relacionando as cinco infrações originalmente lançadas com as três novas imputações, e que realizassem novo levantamento de dados para corrigir os equívocos constatados ao longo do PAF, anexando ao processo os novos demonstrativos elaborados.*

*O autuante, às fls. 1719 a 1715, na terceira vez em que se pronunciou nos autos, contudo, informou ser impossível reelaborar os demonstrativos que resultaram nas planilhas de débito acostadas às fls. 991 e 994 do processo, com as três novas imputações.*

*Vale salientar que o contribuinte reconheceu que enviou, à SEFAZ/BA, arquivos magnéticos SINTEGRA com inconsistências, o que compromete o resultado do levantamento quantitativo. A possibilidade de existirem tais inconsistências foi alegada pelo sujeito passivo, e não pelos fiscais, pelo que não se configura cerceamento de defesa a falta de intimação para que o autuado procedesse às retificações porventura necessárias. Ao contrário, quando o contribuinte admite que enviou à SEFAZ arquivos magnéticos com dados incorretos, tem a obrigação legal de corrigi-los, independentemente de intimação para fazê-lo. Contudo, não tendo o contribuinte retificado os seus arquivos espontaneamente, cabe ao Fisco intimá-lo a corrigir seus arquivos digitais, antes de ser realizada nova auditoria fiscal.*

*Sem a possibilidade de verificar as novas contagens realizadas pelo Fisco neste processo, que resultaram nas três novas imputações ao contribuinte, resta prejudicada a possibilidade de defesa pelo sujeito passivo, e a verificação da regularidade da retificação do lançamento original. Neste aspecto, assiste razão ao autuado quanto à insegurança do lançamento de ofício.*

*O julgamento do processo administrativo fiscal é realizado na busca da verdade material dos fatos apurados. No caso em análise, não há elementos para que a exigência fiscal seja realizada, e analisada, com segurança. A presente situação enquadra-se no disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, e no previsto na Súmula nº 01, do Conselho de Fazenda Estadual, quando determina a nulidade do procedimento fiscal:*

[...]

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 3ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

## VOTO

É objeto do presente Recurso de Ofício a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou nulo o Auto de infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$63.702,75.

O Auto de infração em lide é composto por cinco infrações, apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003), tendo sido contatada a ocorrência de entradas e de saídas de mercadorias desacompanhadas da devida documentação fiscal. Os levantamentos foram realizados com o emprego de um sistema automatizado de processamento de dados denominado de “SAFA”.

Na defesa e nas manifestações posteriores, o recorrido apontou diversos equívocos existentes nos levantamentos quantitativos de estoques e apresentou as suas provas.

Visando buscar a verdade material dos fatos, o processo foi convertido em diligência ao autuante para que fossem efetuadas as devidas correções nos levantamentos. Em atendimento às diligências, o autuante lavrou um novo Auto de infração, suprimindo itens do lançamento e alterando outros, de forma que as cinco infrações ficaram reduzidas a três e o débito original passou para R\$11.503,03. Essa modificação nos itens do lançamento e a lavratura de um novo Auto de infração são procedimentos que não encontram respaldo na legislação tributária, violam o princípio do devido processo legal, cerceiam o direito de defesa do recorrido e trazem insegurança ao valor cobrado.

Além disso, quando o autuante foi instado a corrigir o cálculo do imposto devido na infração 3 do novo Auto de infração, ele afirmou que não era mais possível efetuar a correção, pois a sua execução ocorreu no exercício de 2003 em equipamentos de informática da SEFAZ já formatados, nos quais o programa “SAFA” foi substituído por versões mais novas. Esse fato evidencia a total falta de liquidez e certeza do “novo” lançamento, o que pode ter acarretado prejuízo para o Estado ou para o recorrido. Por diversas vezes o processo foi convertido em diligência e, no entanto, não foi possível corrigir os vícios existentes nos levantamentos quantitativos.

Pelo acima exposto, o Auto de infração em epígrafe é nulo, por falta de certeza e liquidez do valor devido, bem como por cerceamento do direito de defesa e por inobservância do devido processo legal. Desse modo, foi acertada a Decisão da Primeira Instância.

Nos termos do disposto no art. 21 do RPAF/99, deverá a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de infração.

## 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 298951.0601/04-9, lavrado contra **REGIONAL MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.**, recomendando à autoridade competente a realização de nova ação fiscal, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2007.

TOSLTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS