

A. I. Nº - 156494.0063/05-4
AUTUADO - JOCIVAL PEREIRA
AUTUANTE - AILTON REIS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 06. 03 .2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-01/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O procedimento fiscal não demonstra de forma clara e compreensível a forma empregada para exigência do imposto. Os fatos apurados demonstraram insegurança do lançamento de ofício. Diligências fiscais objetivando sanear o feito não produziram os efeitos pretendidos. Ademais, foram lavrados, na mesma data, dois Autos de Infração, para o mesmo período de apuração, sem se observar o disposto no Art. 40 do RPAF/BA. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Inteligência da Súmula nº 1 do CONSEF. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2005, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 65.596,78, acrescido da multa de 70%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

- 01 – falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, no período de 1º de janeiro a 28 de março de 2005, exigindo imposto no valor de R\$ 53.725,07;
- 02 – falta de recolhimento do ICMS pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo ao seu detentor a condição de responsável solidário, em decorrência da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria no período de 1º de janeiro a 28 de março de 2005, exigindo imposto no valor de R\$ 11.871,71.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou requerimento às fls. 252/253, pleiteando junto ao titular da INFAZ Valença, que lhe fossem entregues os documentos que consubstanciam o Auto de Infração, alegando serem os mesmos indispensáveis ao esclarecimento dos fatos, sob pena de se materializar a nulidade do procedimento fiscal, por cerceamento do direito de defesa. Solicitou, ainda, a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da defesa.

Através do documento constante à fl. 255, em 19/07/2005 o autuante procedeu à entrega das cópias dos demonstrativos, dos inventários e dos relatórios constantes dos autos. Por meio do Parecer nº 6.230/2005, exarado à fl. 256, o Inspetor Fazendário deferiu o pedido de devolução do prazo requerido.

O autuado impugnou o lançamento fiscal às fls. 261 a 276, peticionando inicialmente a reunião do Auto de Infração em lide com o Auto de Infração nº 156494.0064/05-0, lavrado na mesma data pelo mesmo autuante, afirmando que os dois processos têm relação direta entre si e que o resultado de um influirá na decisão referente ao outro.

Transcrevendo os arts. 28 e 29 do RPAF/99 salienta que não lhe foi fornecida a cópia do Termo de Início de Fiscalização, o que gera a nulidade do Auto de Infração, por ausência de requisito essencial à sua formalização.

Afirma que o autuante, ao realizar a fiscalização, lavrou dois Autos de Infração, sendo que o de número 156494.0064/05-0 tem total pertinência com o deste PAF, o que acarretou a aplicação múltipla de penalidades. Enquanto o primeiro lançamento indicou como infração a omissão do registro de entrada de notas fiscais no período compreendido até 31/12/2004, o segundo (ora em análise) tem como infrações a existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal, além de saída de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais. Diz que se houvesse realmente a intenção de não registrar as notas de entrada, isso geraria como consequência óbvia a existência de mercadorias no estoque desacompanhadas de documentação fiscal e acarretaria também na saída de mercadorias sem emissão de documentação.

Assegura que a separação da ação fiscal em dois Autos de Infração fere o direito de defesa do autuado, por não permitir uma visão real dos mesmos. Cita o art. 40 do RPAF/99 para salientar que somente em casos especiais e mediante justificativa, o Auditor Fiscal pode emitir mais de um Auto de Infração, sob pena de nulidade procedimental por cerceamento do direito de defesa.

Afiança que os demonstrativos não permitem a realização da defesa com clareza, por não especificarem de forma individualizada os itens tidos como irregulares e não discriminarem as características de cada produto, o que, conseqüentemente, dificulta a identificação da infração supostamente cometida, o que deve representar a decretação da nulidade do PAF. Salienta que diversos produtos têm marcas e características diversas, que poderiam ou não estar enquadrados nos gêneros mencionados pelo autuante.

Em seguida, por entender que a matéria envolve um volume considerável de dados, o autuado requer a dilação do prazo por mais dois meses, para apresentação de elementos necessários à solução da presente demanda fiscal, transcrevendo para tanto o art. 123, §§ 5º e 6º do RPAF/99.

Ao tratar do mérito, afirma que as infrações foram consequência do Auto de Infração 156494.0064/05-0, através do qual foi apurada uma suposta omissão de entradas, enfatizando que o seu julgamento gerará uma prejudicialidade externa ao presente processo, uma vez que a decisão proferida influirá no resultado do presente PAF, refletindo a seu favor, considerando as evidências de irregularidades encontradas naquele Auto de Infração. Requer que seja deduzida da base de cálculo da presente autuação, a parcela correspondente ao outro lançamento, caso o mesmo decaia.

Argúi que a presente autuação gerou um *bis in idem* na penalidade aplicada, por puni-lo várias vezes pelo mesmo fato jurídico-tributário, quando a penalidade de um deveria ser absorvida pelo outro, para se evitar o confisco tributário, que está sendo gerado pelas multas que somam, nos dois Autos de Infração, um total de 150% nos fatos comuns a ambos. Assevera que na Conclusão Fiscal (fl. 06), o autuante apontou uma presunção de omissão de saídas anteriores no valor de R\$ 120.221,37, o que demonstra a conexão entre os dois lançamentos.

Diz que os levantamentos de estoque não representam a realidade fática, por não constar nos autos nenhuma prova documental a corroborá-los, o que torna a autuação inócua, pelo fato do autuante ter deixado de comprovar suas alegações.

Prosseguindo, o autuado aduz que as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária já saem do estabelecimento substituto com o imposto totalmente quitado, o que implica no encerramento da fase de tributação, caso em que o ICMS, que é um tributo plurifásico, passa a ter uma característica monofásica, com a desconsideração dos fatos tributários posteriores à saída daquele estabelecimento. Salienta que no levantamento Inventário de Mercadorias (fls. 09 a 11), constam vários produtos sujeitos ao citado regime, o que, a seu ver, indica que não poderia haver nova tributação, sob pena de ocorrência de bi-tributação, mesmo que se comprovasse ter havido aquisição, saída ou estocagem dessas mercadorias sem documentação ou não escrituradas.

Dessa forma, manifesta o entendimento de que não ocorreu prejuízo para o erário estadual, o que conduz à improcedência das infrações. Alega que contrariando a legislação tributária aplicada ao caso, o autuante não afastou a incidência de tributação sobre as referidas mercadorias, fazendo gerar um pretense crédito para a Fazenda Pública Estadual, que, certamente, já recebera quando da saída dos produtos dos estabelecimentos remetentes.

Enfatiza que também serve de prova aos seus argumentos que grande parte das notas fiscais consignadas no Auto de Infração 156494.0064/05-0, principalmente aquelas emitidas dentro deste Estado, se referem a produtos sujeitos à substituição tributária, situação expressa nos documentos. Observa que não pode haver um tratamento desigual na interpretação das provas, sendo que se tais notas fiscais sequer comprovam que as mercadorias entraram em seu estabelecimento ou até mesmo no Estado da Bahia, para esta autuação elas comprovarão que as mercadorias são sujeitas ao regime da substituição tributária, portanto com sua fase de tributação encerrada. Como agravante cita que o fisco reconheceu aqueles documentos como verídicos, já que fez uso deles, enquanto para esta autuação os impugnou completamente.

Transcrevendo o art. 373, parágrafo único do CPC – Código de Processo Civil e citando o art. 180 do RPAF/99, argúi ter sido invertido o ônus da prova, sendo o caso do fisco estadual comprovar que as referidas notas fiscais não se encontram com o tributo recolhido aos cofres públicos.

Requer, ao final, que o Auto de Infração seja julgado nulo e arquivado, ou, no caso de ultrapassadas as preliminares, seja considerado improcedente. Pleiteia, ainda, pela juntada posterior de documentos, por revisão fiscal por preposto fiscal diverso do autuante e oitiva de testemunhas, conforme o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Na informação fiscal apresentada às fls. 281/282, o autuante assevera ter entregue ao sujeito passivo, junto com a via do Auto de Infração, o Termo de Início de Fiscalização, sendo esse o motivo de não tê-lo entregue novamente quando atendeu a solicitação de fls. 252/253, e que, além disso, o referido termo está acostado à fl. 05 dos autos, tendo o processo permanecido na Repartição Fazendária por mais de quarenta dias, à disposição do autuado.

Diz não ter razão o impugnante ao pleitear a reunião deste PAF ao Auto de Infração 156494.0064/05-0, por corresponderem a períodos e objetos de autuação diversos, o que afasta também a alegação de bi-tributação, já que esta autuação se refere a estoque em aberto do período de 01/01/2005 a 28/03/2005, enquanto que o outro trata de multa por descumprimento de obrigação acessória no período de 01/01/2002 a 31/12/2004, sendo que a última multa aplicada ocorreu em 31/07/2004, não existindo, assim, nenhuma vinculação entre as duas autuações. Sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Considerando não constar nos autos o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e as alegações do autuado de não haver recebido a cópia do Termo de Início de Fiscalização; considerando as argumentações defensivas quanto ao cerceamento do direito de defesa e ocorrência de bi-tributação, ao afirmar que existe conexão entre o Auto de Infração ora analisado e o de número 156494.0064/05-0, lavrado pelo mesmo preposto fiscal: esta 1ª JF, em pauta suplementar (fl. 286), deliberou pelo encaminhamento do processo à INFAZ Valença, para que o autuante ou outro Auditor Fiscal a ser designado, adotasse as seguintes providências:

- 1) anexasse ao PAF a cópia do Termo de Intimação ou do Termo de Ocorrências registrado ou afixado no Livro de Ocorrências do contribuinte (art. 28, § 6º do RPAF/99);
- 2) anexasse ao PAF cópia do Auto de Infração 156494.0064/05-0 e das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, que porventura se refiram ao período de 01/01/2005 a 28/03/2005;
- 3) produzisse nova informação fiscal no caso de haver juntada de notas fiscais coletadas através do CFAMT, correspondentes ao período citado no item anterior e que não tenham sido consideradas nos demonstrativos correspondentes.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao contribuinte cópia dos documentos anexados e dos demonstrativos elaborados pelo diligente. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Em manifestação acostada à fl. 291 o autuado fez juntada de levantamento que realizou, apresentando novos dados (fls. 292 a 318) concernentes a dezesseis itens dentre aqueles que foram objeto do levantamento quantitativo, dando conta de saídas não consideradas pelo autuante, o que teria gerado exigência a mais de ICMS, além de citar diversos problemas detectados no levantamento realizado pela fiscalização, em relação a outros oito itens, anexando, ademais, cópias de notas fiscais de aquisição e de saída.

Em atendimento à diligência solicitada por esta 1ª JJF, o autuante juntou ao PAF a cópia dos Termos de Intimação emitidos em 02/03/2005 e 15/06/2005 e do Auto de Infração nº 156494.0064/05-0 (fls. 321 a 328), enquanto que à fl. 329 o autuado foi intimado a se pronunciar, querendo, a respeito da informação fiscal, quando recebeu cópias dos novos documentos anexados pelo autuante e da informação fiscal.

Considerando a manifestação acostada pelo sujeito passivo à fl. 291 dos autos, quando apresentou levantamento, onde constam novos dados concernentes a dezesseis itens dentre aqueles que foram objeto da ação fiscal, dando conta de saídas não consideradas pelo autuante, além de citar diversos problemas detectados no levantamento realizado pela fiscalização, em relação a outros oito itens, anexando, ademais, cópias de notas fiscais de aquisição e de saída; considerando que no Demonstrativo de Estoque em Aberto elaborado pelo autuante constam produtos elencadas na substituição tributária:

esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 333), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ Valença, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- 1 – analisasse os novos dados apresentados pelo sujeito passivo às fls. 292 a 318;
- 2 – elaborasse novos demonstrativos em separado contendo mercadorias tributadas normalmente, mercadorias sujeitas à sistemática da substituição tributária e isentas, se houvesse, analisando a tributação devida em cada caso, em conformidade com a Portaria 445/98;
- 3 – elaborasse novos demonstrativos relativos aos débitos remanescentes.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, cópia dos documentos anexados e dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado quanto ao prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Atendendo a diligência, o autuante informou à fl. 335 ter refeito o procedimento fiscal, anexando às fls. 336 a 343 cópias dos seguintes documentos: levantamento das mercadorias inventariadas e das entradas de mercadorias, demonstrativo de débito e conclusão fiscal detalhando os valores das infrações após a retificação dos itens comprovados pelo autuado e acatados.

Salienta que após a realização do novo levantamento, na infração 01 as omissões de saídas representam o valor de R\$ 156.507,55, com ICMS devido de R\$ 26.606,28, enquanto que na infração 02 as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal passaram para o valor de R\$ 90.939,98, ficando o ICMS no valor de R\$ 15.459,80. Esclarece que ocorreu uma redução na omissão de saída e um acréscimo no débito correspondente à segunda infração.

Conforme intimação de fl. 344 o sujeito passivo recebeu cópia da informação fiscal e anexos, tendo se manifestado às fls. 346 a 353, arguindo que ao proceder ao novo levantamento, o autuante se limitou a afastar os itens comprovados pela defesa e acatados, sem demonstrar as alegações iniciais constantes do Auto de Infração, nem afastar a exigência tributária relativa aos itens sujeitos à substituição tributária, identificados pelo autuado em diversos documentos.

Traz aos autos o § 5º, incisos I a III e o § 6º do art. 123, além do § 4º, incisos I e II do art. 28, todos do RPAF/99, que tratam da apresentação das provas documentais a serem acostadas ao PAF, afirmando que os direitos e obrigações processuais são iguais para as duas partes em litígio, com o objetivo de se garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa. Enfatiza que, desse modo, todas as provas documentais referentes ao Auto de Infração deveriam ter sido juntadas quando da sua lavratura, dando ciência ao impugnante de todos os seus elementos, o que não ocorreu no presente caso, representando em prejuízo ao exercício do seu direito de defesa e deixando transparente que a autuação não atendeu ao princípio da verdade real.

Acrescenta que através do novo levantamento se verifica que o Auto de Infração foi lavrado num percentual de 55,93% a maior que o valor agora apurado, se considerado o somatório das bases de cálculo original e atual, o que demonstra o descalabro no qual se fundamenta a autuação, com um erro de exação que supera a metade do valor da imputação ora apresentado pelo autuante como devido, o que resulta na absurda diferença de R\$ 138.415,87. Observa que no caso da infração 01 o erro verificado no levantamento inicial é ainda maior, pois supera o novo valor apontado pelo autuante no percentual de 101,92%.

Argúi que ainda persistem outros erros no levantamento que não puderam ser apontados pelo impugnante, devido à real impossibilidade de fazê-lo, tendo em vista que o autuante não os especificou como deveria, impossibilitando uma defesa específica em relação à totalidade dos itens constantes do levantamento. Afiança que esse fato está claro nos autos, considerando que os produtos foram identificados genericamente, a exemplo de esponja de aço, arroz, sal refinado e sardinha, tendo em vista que existem centenas de marcas, tipos e quantidades das mercadorias e de outros irregularmente identificados nos autos.

Assevera ter ficado extremamente prejudicado no exercício regular do seu direito de defesa, por não dispor dos elementos necessários para identificar com a indispensável clareza a infração que supostamente teria cometido e como comprovar o contrário, já que o campo de busca se tornou muito nebuloso. Prosseguindo, destaca que apesar do novo resultado trazido pelo autuante reconhecer a procedência dos levantamentos realizados pelo impugnante, mostrou-se omissos em outros elementos, além de não reconhecer as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, indevidamente incluídos no Auto de Infração e mantidos na última informação fiscal.

Transcreve trecho da peça de defesa que versa sobre as questões atinentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária e à vinculação do presente lançamento com o Auto de Infração nº 156494.0064/05-0, lembrando terem sido requeridas as provas constantes desse PAF, onde efetivamente foram incluídas notas fiscais de mercadorias elencadas no citado regime e que se encontravam com sua fase de tributação encerrada.

Aduz que as evidências constantes do presente Auto de Infração confirmam que o seu direito está sendo violado através do levantamento feito de forma equivocada e destituído da necessária verdade, uma vez existirem cobranças dúplices de tributos e em efeito cascata, o que não pode ser admitido, por expressa violação aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, que regem os atos administrativos.

Ressalta que, desse modo, o Auto de Infração deve ser submetido a perícia fiscal, única forma de se ver apurada a realidade com isenção, medida já justificada pelas incongruências demonstradas, apresentando os quesitos a serem respondidos pelo perito a ser designado:

- 1 – as expressões esponja de aço, arroz, sal refinado, sardinha, dentre outras identificações incompletas de produtos consignadas pelo autuante, permitem ao contribuinte defender-se especificamente de cada caso em especial?
- 2 – no novo levantamento efetivado pelo autuante foram consideradas todas as irregularidades apontadas pelo impugnante no levantamento juntado através do protocolo nº. 187675/2005-1?

3 – nas notas fiscais de entrada colacionadas no Auto de Infração 156494.0064/05-0, que influenciam no presente PAF e devem ser tomadas por prova emprestada, existem mercadorias sujeitas à substituição tributária que supostamente entraram no estabelecimento autuado?

4 – em caso afirmativo, o afastamento de tais exações influenciaria nos valores cobrados neste Auto de Infração?

5 – as mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes nas citadas notas fiscais podem estar integrando a base de cálculo do Auto de Infração sob análise?

6 – qual seria a base de cálculo total de todos os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária que estão sendo cobrados neste Auto de Infração?

7 – consta deste processo o termo de início de fiscalização subscrito pelo autuado, conforme dispõe o art. 28 do RPAF/99?

Reitera todos os termos da defesa e pede que seja realizada uma auditoria no presente PAF por fiscal diverso do autuante, que sejam anexadas as peças emprestadas do Auto de Infração 156494.0064/05-0, bem como que seja feita perícia fiscal baseada nos quesitos apresentados, para que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente/nulo.

Requer, ainda, que todas as intimações sejam dirigidas ao seu representante signatário, no endereço constante no rodapé da peça de manifestação, sob pena de nulidade processual, tendo em vista que o mesmo é o responsável pela prática de qualquer ato no presente processo.

O autuante se pronunciou à fl. 356, ressaltando ter enfrentado diversas dificuldades na tentativa de localizar o autuado, afirmando tratar-se de contribuinte que se utiliza da interposição de pessoas com o objetivo de fraudar impostos e contribuições. Explica que no endereço que seria de sua localização encontra-se em funcionamento uma biblioteca pertencente à Faculdade Face, não tendo esta nenhuma relação com os proprietários do estabelecimento autuado. Como o imóvel era alugado, quando o contribuinte abandonou o local o mesmo foi locado para outra pessoa, que desconhece a sua localização.

Afirma ter se deslocado até a cidade de Santo Antonio de Jesus, onde manteve contato com o seu representante legal, que alegou não poder receber nenhum documento desse cliente, por desconhecer o seu paradeiro, mesmo constando nos autos que receberia quaisquer informações alusivas ao presente processo.

Aduz que diante da dificuldade de contato com o contribuinte, para que pudesse obter os documentos que serviriam de base para produzir uma nova informação fiscal, deixava de apresentar novos elementos que pudessem dirimir dúvidas da Junta de Julgamento.

Considerando que a diligência requerida à fl. 333 não foi cumprida na sua integralidade, tendo em vista que em relação à infração 01 foram mantidas mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, conforme se verifica nas planilhas de fls. 336 a 343; considerando que o Demonstrativo de Estoque em Aberto (fl. 342) encontra-se sem a folha nº. 1; considerando que através do Auto de Infração nº. 156494.0064/05-0 foi aplicada penalidade em decorrência da falta de registro de notas fiscais referentes a mercadorias tributadas pelo ICMS, podendo o ingresso dessas mercadorias gerar alterações no levantamento quantitativo, especialmente no estoque inicial de 2005: esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 361), deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, para que revisor a ser designado adotasse as seguintes providências:

1 – verificasse se as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas com o Auto de Infração nº. 156494.0064/05-0 repercutiram no levantamento quantitativo correspondente ao presente PAF, realizando as adequações pertinentes, bem como anexando-as aos autos em caso afirmativo;

2 – elaborasse novas planilhas relativas às duas infrações, excluindo da infração 01 as mercadorias sujeitas à substituição tributária e incluídas no Auto de Infração mencionado;

3 – verificasse todas as inconsistências apontadas pelo autuado às fls. 292 a 318 e não consideradas pelo autuante;

4 – elaborasse novos demonstrativos relativos aos débitos remanescentes.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado cópia dos documentos anexados e dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Através do Parecer ASTEC nº. 117/2007 (fls. 363 a 365), o ilustre revisor Raimundo Oliveira dos Santos informa que consta no INC/SEFAZ – Informações do Contribuinte, que o estabelecimento autuado se encontra na situação de inapto desde 15/06/2005 (fl. 366).

Afiança que em visita ao local, visando a entrega de intimação solicitando livros e documentos fiscais necessários ao cumprimento da diligência, constatou que no endereço funciona a Biblioteca da Faculdade de Ciências Educacionais. Acrescenta que a Repartição Fazendária local também não localizara o estabelecimento (fl. 367).

Aduz ter intimado o representante legal do autuado através de *fax símile* (fls. 368/369) e lhe encaminhado mensagens por correio eletrônico, os quais foram recebidos e respondidos em 03 e 05/07/2007 (fls. 370 a 373). No entanto, em 13/07/2007 o advogado lhe informou por telefone que não detinha a posse dos livros e documentos fiscais, nem sabia onde encontrá-los, uma vez que o responsável pelos mesmos não lhe informara.

Examinando a cópia do processo relativo ao Auto de Infração nº. 156494.0064/05-0, que recebera da INFAZ Valença, chegou às seguintes conclusões: a falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais relativas a mercadorias entradas no estabelecimento fora o motivo da autuação, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória; não tendo sido cobrado imposto, não houve repercussão na presente autuação; aquele Auto de Infração foi julgado nulo pela 4ª JF, sob o fundamento de que na mesma data e em relação ao mesmo período de apuração, tinham sido lavrados dois Autos de Infração, sem se observar o disposto no art. 40 do RPAF/BA.

Tendo verificado as notas fiscais concernentes ao referido Auto de Infração, constatou que nenhuma delas serviu de base à autuação sob análise, razão pela qual não elaborou novas planilhas para a infração 01.

Argúi que não foi possível atender a solicitação constante do item 2 da diligência, que se refere à exclusão das mercadorias sujeitas à substituição tributária da infração 01, tendo em vista que o autuado não foi encontrado e o seu procurador não apresentou os documentos e livros fiscais necessários ao exame dos tipos de mercadorias adquiridas. Lembra que, entretanto, o autuante reduziu o valor do débito originalmente apontado para o montante de R\$ 26.606,28 (fls. 335 e 342).

Quanto ao item 3 da diligência, que corresponde à verificação das inconsistências apontadas pelo autuado às fls. 292 a 318, afirma que verificou às fls. 23 a 248, a existência nos demonstrativos analíticos de saídas das mercadorias mencionadas pelo impugnante, que efetivamente não foram lançadas no demonstrativo sintético de apuração das diferenças (fls. 07/08), a exemplo de margarina vegetal 1 x 15 kg (fl. 169), óleo de soja 20 x 900 ml (fl. 179) entre outras.

Observa ter constatado que ao prestar a informação fiscal, o autuante efetuou a redução da dívida, salientando que, no entanto, ficou impossibilitado de saber se a alteração decorreria do ajuste do demonstrativo de fls. 07/08, considerando que o demonstrativo de fl. 342 está incompleto, faltando a fl. 1. Além disso, não consta no PAF o demonstrativo do preço médio utilizado para a formação da base de cálculo do tributo lançado.

Ao final, apresenta as seguintes conclusões:

- o estabelecimento não foi localizado e está inapto no INC/SEFAZ. O responsável não foi encontrado e o advogado, ao ser intimado, não apresentou a documentação solicitada nem indicou onde poderia ser examinada;
- as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas ao Auto de Infração nº. 156494.0064/05-0 não repercutiram no levantamento quantitativo referente ao processo em discussão, já que são divergentes daquelas concernentes ao presente Auto de Infração;
- a diligência não foi concluída, com a elaboração dos demonstrativos concernentes aos débitos remanescentes, uma vez que a planilha de fl. 342 está incompleta (falta a página 1) e porque não lhe foi dado acesso aos documentos do sujeito passivo, apesar de ter sido emitida intimação para tanto.

VOTO

O presente Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, por espécies de mercadorias, em exercício aberto, referente ao período de 01/01/2005 a 28/03/05, sendo constatada falta de recolhimento do imposto, tanto pela presunção de omissão de saídas como pela constatação de existência de mercadorias em estoque desacobertadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo ao seu detentor a condição de responsável solidário.

Verifico que o sujeito passivo suscitou preliminares de nulidade que consistiram no seguinte: não lhe fora fornecida a cópia do termo de início de fiscalização; o autuante desmembrara o resultado da ação fiscal emitindo dois Autos de Infração, contrariando o disposto no art. 40 do RPAF/99; os demonstrativos elaborados pela fiscalização impossibilitaram a realização da defesa, por não especificarem os itens de forma individualizada, nem discriminarem as características de cada produto.

Saliento que em decorrência das falhas processuais acima apontadas, a 1ª JF, em pauta suplementar, determinou a realização de diligências, sendo em duas oportunidades pelo próprio autuante e posteriormente por revisor da ASTEC/CONSEF. Noto, no entanto, que persistiram inconsistências, que tornam o lançamento repleto de falhas insanáveis, por impossibilitarem ao impugnante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, assim como não foram identificados nos autos os elementos que serviram de parâmetro na determinação dos valores imponíveis, de modo a permitirem as condições necessárias a um julgamento justo e equilibrado, conforme segue:

- 1 – não foi suprida a falha procedimental concernente à entrega ao sujeito passivo da cópia do termo de início de fiscalização;
- 2 - o autuante, ao elaborar os demonstrativos iniciais e aqueles apresentados posteriormente, não esclareceu como encontrou os valores correspondentes às mercadorias em questão, haja vista que não acostou aos autos os elementos de suporte do referido levantamento, a exemplo do demonstrativo dos preços médios;
- 3 - não foram adotadas as providências recomendadas em relação às mercadorias subordinadas ao regime da substituição tributária, o que torna os resultados repletos de falhas, tendo em vista que para as mercadorias em referência devem ser adotados procedimentos fiscais distintos em relação aos demais tipos de mercadorias;
- 4 – o demonstrativo de estoque em aberto (fl. 342), elaborado pelo autuante em atendimento a uma das diligências, quando procedeu à alteração nos valores correspondente aos dois itens da autuação e que é composto por duas páginas, está incompleto já que lhe falta a folha nº. 1, o que inclusive impediu que o revisor da ASTEC pudesse analisar os ajustes então realizados;
- 5 – contrariando o disposto nos artigos 28, inciso VI e 40, parágrafo único do RPAF/99, o autuante em relação a uma só ação fiscal, correspondente ao período de 2002 a 2005, desmembrou esse período, lavrando dois Autos de Infração na mesma data, sem seguir as determinações previstas de juntar aos dois processos, se fosse o caso, a autorização expedida pelo Inspetor Fazendário, permitindo a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado.

Concluo, desta forma, que nos moldes como foi realizado o lançamento, o mesmo foi feito sem observação dos requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o mesmo foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a base de cálculo e, conseqüentemente, o montante do débito atribuído ao sujeito passivo.

Para consubstanciar meu voto, transcrevo a Súmula nº. 01 deste Colegiado.

“SÚMULA CONSEF Nº. 01

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 e o método aplicado para a apuração do tributo.”

Assim, a falta de clareza na apuração da base de cálculo dos valores imponíveis, bem como a ausência da necessária transparência nos papéis de trabalho acostados aos autos, implicam em ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 ao estabelecer:

“Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Represento à autoridade fazendária competente para que determine a renovação do procedimento, a saldo de falhas, como determina o artigo 21, do RPAF/99. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Diante do exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **156494.0063/05-4**, lavrado contra **JOCIVAL PEREIRA**, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, conforme art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, 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. 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR