

PROCESSO - A. I. N° 207090.0006/07-4
RECORRENTE - CATA TECIDOS TÉCNICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF N° 0121-02/08
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 05/11/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0322-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A metodologia aplicada para apurar o descumprimento da obrigação principal não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a existência da infração, tendo em vista o que dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Infração nula. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor total de R\$130.812,90, em decorrência de quatro infrações.

É objeto do Recurso Voluntário apenas a Infração 4, na qual o autuado foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias e/ou serviços, decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Foi cobrado ICMS no valor de R\$107.352,05.

Consta na descrição dos fatos que a infração foi detectada por meio da comparação do levantamento fiscal – Remessa e Retornos de Mercadorias para Armazéns Gerais – com o livro Registro de Inventário do contribuinte. Nessa comparação, foi constatado que o saldo do estoque de produtos acabados, constante do referido livro, possuía em 31.12.05 e em 31.12.06 valor inferior à soma das quantias declaradas como armazenadas nos Armazéns Gerais naquelas datas, o que autorizou a presunção constante do artigo 2º, § 3º, IV, do RICMS-BA.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à Infração 4, negou que tivesse omitido operações de saídas de mercadorias. Admitiu que, com o fechamento da empresa Salgueiro da Bahia Transporte Ltda., armazém geral, as suas mercadorias retornaram desacompanhadas de nota fiscal. Requereu a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, a fim de efetuar perícia fiscal, contábil e de produção. Ao final, solicitou que a Infração 4 fosse julgada improcedente.

Ao prestar a informação fiscal, a autuante afirmou que não havia razão para a realização de diligência, disse que as alegações defensivas eram vagas e, ao final, manteve a ação fiscal.

Na Decisão recorrida, a Infração 4 foi julgada procedente em Decisão não unânime. As solicitações de diligência e de perícia foram afastadas sob o argumento de que os elementos acostados ao processo eram suficientes para o deslinde da questão. No mérito, o ilustre relator frisou que o próprio autuado reconheceu que tinha dado entrada em seu estabelecimento a mercadorias sem nota fiscal, no exercício de 2006. Salientou que também não tinha sido escriturado o livro Registro de Inventário de forma regular, o que impossibilitou o fisco de realizar uma conferência quantitativa das operações realizadas. Mencionou que a unidade de medida utilizada pelo autuado para as operações de transferências era diferente da empregada na escrituração da empresa. Quanto ao percentual de 90,342% utilizado pela autuante, o relator salientou que “o sujeito passivo não apresentou números para contrapor esse percentual”.

O julgador José Bezerra Lima Irmão proferiu voto discordante, pela nulidade da Infração 4. Nesse voto, foram defendidas as teses de que o imposto tinha sido apurado mediante arbitramento e que a falta de comprovação do retorno de mercadoria remetida para armazém geral não autorizava a presunção de omissão de receitas. Segundo o julgador, as unidades de medidas utilizadas pelo autuado estavam corretas, pois o polipropileno (matéria-prima) estava medido em quilogramas, tal como vinha nas notas fiscais de aquisição, enquanto os produtos acabados (tecidos) estavam em metros, como eram discriminados nas notas fiscais de saídas. Afirmou o julgador que o fato apurado pela autuante não era razão para a aplicação do arbitramento e que a utilização do preço de mercado nas transferências para armazenamento estava ampara pelo disposto no artigo 669, I, do RICMS-BA. Salientou que, na apuração da base de cálculo, a autuante tomou como referência apenas duas notas fiscais, num universo de milhares de notas, para chegar ao percentual de 90,342%, que foi utilizado na apuração da base de cálculo.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual alega que o Acórdão JJF Nº 0121-02/08 merece ser reformado.

Após historiar o processo, o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da diligência solicitada. Sustenta que era flagrante a necessidade da realização da diligência para averiguar os seus documentos e estoques e, assim, verificar que não ocorreu qualquer omissão de saída de mercadoria. Para embasar sua argumentação, cita doutrina.

O recorrente afirma que, apesar de não ter havido omissão de saída, o critério empregado pela autuante foi o de um arbitramento, conforme diz ter sido demonstrado no voto divergente. Ressalta que a autuante apresentou uma fórmula com base em duas notas fiscais, as quais representam apenas a diferença entre os preços de custo e os preços de mercado dos produtos enviados para armazenamento. Diz que caso a auditora tivesse analisado outros produtos, de menor valor agregado, teria encontrado um percentual menor.

Explica que as notas fiscais eram emitidas com base no preço de mercado com o propósito de salvaguardar a empresa de possíveis danos que viessem a ser causados pelos armazéns gerais. Diz que o disposto no art. 330, § 4º, V, “a”, do RICMS-BA, prevê a possibilidade de se escriturar o livro Registro de Inventário com base nesse preço. Menciona que a idoneidade das operações realizadas pela empresa poderia ter sido verificada pela análise de outros documentos que foram entregues a autuante, os quais comprovavam que todos os produtos remetidos para os armazéns gerais retornaram como o mesmo preço, e que o seu estoque não era baixado quando remetia produtos acabados para armazéns gerais. Transcreve trechos do voto divergente proferido em primeira instância e descreve o seu processo de escrituração contábil.

Diz que a diferença descrita na autuação (produtos remetidos versus produtos recebidos de armazéns gerais) provem das mercadorias que ainda se encontravam no Armazém Geral Breyner. Confirma que as mercadorias armazenadas na Salgueiro da Bahia Transportes Ltda. retornaram ao seu estabelecimento sem a devida documentação porque essa empresa “*encerrou suas atividades*” sem prévio aviso, abandonando as mercadorias recebidas para armazenamento.

Diz que a Infração 4 foi também motivo de autuação na Infração 1. Após transcrever trechos do voto vencedor, o recorrente frisa que “*não existem dúvidas de que estas operações são classificadas como “não tributáveis”, não cabendo a presunção de que houve sonegação de imposto, pressuposto para a autuação, o que a torna totalmente improcedente*”.

Solicita que seja realizada diligência para verificar a veracidade dos argumentos acima relatados. Discorre sobre os princípios da busca da verdade material e da ampla defesa. Cita doutrina e jurisprudência.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente pede que seja declarada a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa causado pelo indeferimento da diligência requerida. Requer que, caso venha a ser ultrapassada a preliminar, seja realizada diligência para verificar a veracidade de seus

argumentos. Solicita que, após a realização da diligência, o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo, foi sugerida a realização de diligência pela Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC do CONSEF), para que fosse verificado, por meio dos documentos e demonstrativos acostados ao processo, se o método adotado pelo autuante representava um arbitramento da base de cálculo.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF não acolher a sugestão da PGE/PROFIS, tendo em vista que o seu atendimento implicaria emissão de juízo de valor sobre procedimento adotado pela fiscalização, atividade que não se incluía entre as atribuições da ASTEC.

Ao exarar o Parecer de fls. 883 a 885, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma a base de cálculo da Infração 4 não foi apurada em consonância com os parâmetros permeados na legislação tributária estadual. Diz que a autuante realizou, ao arrepio da lei, um arbitramento da base de cálculo do imposto. Afirma que houve a adoção de um método de fiscalização extraordinário – arbitramento da base de cálculo do imposto – desacompanhado dos requisitos previstos em lei. Opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Em despacho à fl. 885-v, a doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, ratificou o Parecer de fls. 883/885.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, uma vez que a diligência solicitada foi indeferida pela 2ª JJF.

A realização de diligência ou de perícia destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos, sendo que o julgador não fica obrigado a decidir a lide segundo esses subsídios. Dessa forma, quando o julgador entende que já possui elementos suficientes para decidir a matéria, não acarretará cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide.

No caso em tela, ao se confrontar os argumentos trazidos na defesa com o voto proferido pelo ilustre relator da Decisão recorrida, verifica-se que todos os argumentos defensivos foram examinados e acolhidos ou rechaçados com a devida fundamentação.

Em face do acima comentado, não vislumbro nos autos razão para a nulidade suscitada, pois a 2ª JJF indeferiu a solicitação de diligência de forma fundamentada e com respaldo na legislação tributária estadual (art. 147, I, “a”, II, “b”, do RPAF/99).

Tendo em vista que em fase recursal a realização de diligência voltou a ser requerida, indefiro tal solicitação com base no disposto no art. 147, I, “a”, II, “b”, do RPAF/99, pois, comungando com a primeira instância, considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Trata a Infração 4 de omissão de operações de saídas de mercadorias e/ou serviços, decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, tendo em vista a constatação de que o saldo do estoque de produtos acabados, consignado no livro Registro de Inventário em 31.12.05 e em 31.12.06, possuía valor inferior à soma dos montantes declarados como armazenados nos Armazéns Gerais naquelas datas, o que autorizou a presunção de omissão de saída constante do artigo 2º, § 3º, IV, do RICMS-BA.

Diante das dificuldades ou da impossibilidade de especificar quais e quantas foram as mercadorias depositadas nos armazéns gerais, a autuante efetuou um levantamento fiscal apenas em termos valorativo. Para apurar o valor das mercadorias armazenadas, foi utilizado o percentual de 90,432%, determinado com base nas Notas Fiscais n^{os} 2374 e 3283.

Para se acusar um contribuinte de ter dado entrada a mercadoria em seu estabelecimento desacompanhada de nota fiscal, devem ser identificadas as espécies e as quantidades de mercadorias que adentraram ao estabelecimento sem a devida documentação fiscal. Quando essa

acusação é feita apenas em termos de valor, ela se torna imprecisa e até mesmo duvidosa, o que traz insegurança na determinação da infração e da base de cálculo do imposto.

Apesar de o recorrente ter expressamente admitido que, no exercício de 2006, ele tinha dado entrada em seu estabelecimento a mercadoria sem a devida documentação fiscal, nos autos não há como se saber quais foram as mercadorias, quais as quantidades e qual o exato valor dessa operação de entrada de mercadoria sem nota fiscal. Não há, portanto, nos autos elementos suficientes para se determinar qual a base de cálculo do imposto ou da multa a serem lançados. Ademais, o imposto que está sendo cobrado na Infração 04 não se refere especificamente a essa operação confessada pelo recorrente, mas sim ao imposto apurado mediante o confronto do estoque de produtos acabados constante no livro Registro de Inventário com os valores declarados como armazenados nos armazéns gerais em 31/12/05 e 31/12/06.

Em face do exposto, considero que o levantamento fiscal realizado em termos valorativos não contém elementos para se determinar, com segurança a infração e o montante do valor devido, o que acarreta a nulidade da Infração 04, ao teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Também observo que a apuração e a utilização do percentual de 90,432% para se determinar o valor da base de cálculo do imposto não merecem prosperar, pois carecem de segurança e de amparo na legislação tributária estadual.

A apuração desse percentual baseada em apenas duas notas fiscais fere o princípio da razoabilidade, pois é uma “amostragem” tão diminuta que, absolutamente, não chega a refletir a verdade dos fatos. Ademais, a apuração da base de cálculo do imposto com respaldo em “amostragem” caracterizar uma espécie de arbitramento de base de cálculo, sendo que no caso em tela não se justificava a aplicação de arbitramento e, além disso, o critério utilizado não possuía previsão na legislação tributária estadual. Dessa forma, a Infração 04 também é nula por inobservância do devido processo legal.

Em suma, considero que a metodologia empregada na determinação da base de cálculo do imposto não seguiu os roteiros habituais de auditoria fiscal ou contábil, não dava segurança na determinação da infração e do valor devido e chegava a caracterizar uma forma não prevista de arbitramento de base de cálculo.

Conforme foi bem salientado no voto divergente, a repartição fazendária do domicílio fiscal do recorrido deverá providenciar a renovação da ação fiscal, relativamente à Infração 04, mediante a aplicação de roteiro de auditoria válido.

Em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a Infração 4 NULA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0006/07-4, lavrado contra **CATA TECIDOS TÉCNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$23.460,85**, previstas nos incisos IX e XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS