

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0006/08-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - R.R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 1ª JF nº 0304-01/09
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 23/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0365-11/09

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de falta de certeza e liquidez do lançamento e de segurança na determinação do valor devido, visto que o roteiro de auditoria utilizado se mostra inadequado para apurar o montante efetivamente devido. Constatado que o PAF está revestido das formalidades legais previstas, após saneamento. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, impetrado pela 1ª JF, através do Acórdão nº 0304-01/09, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual exige o ICMS no valor total de R\$ 550.948,47, sob a acusação de:

“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A partir de Levantamento Fiscal junto a fornecedores do contribuinte e com o concurso dos arquivos do sistema CFAMT - Controle de Fiscalização Automatizado de Mercadorias em Trânsito, mantido pela Secretaria da Fazenda, sendo coletadas notas fiscais alusivas ao Exercício de 2004, diante da indisponibilização da documentação fiscal e contábil por parte do contribuinte, em virtude da ocorrência de sinistro (incêndio) comunicado pelo próprio ao Fisco, através do Processo nº 069479/2007-3 protocolizado em 26/04/2007 com a juntada de Certidão nº. 0032007006377 emitida pela 1ª Coordenadoria de Polícia – Feira de Santana em 06/04/2007 dando contado perecimento de todo documentário fiscal e contábil alusivo ao período de 01/12/1999 a 31/12/2006 de seus estabelecimentos matriz e filial, anexada ao presente processo. A diferença apurada entre o montante das aquisições de mercadorias no exercício de 2004 informadas na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS (cópia anexa ao presente PAF), cotejado com o montante das notas fiscais coletadas através de circulação de informações junto a fornecedores e acrescidas das notas fiscais constantes dos arquivos da Secretaria da Fazenda, capturadas nos Postos Fiscais do Estado da Bahia através do sistema CFAMT – Controle de Fiscalização Automatizado de Mercadorias em Trânsito, importando em uma diferença no valor de R\$ 4.000.454,43 estando tudo discriminado conforme Anexos nºs 01 e 02 e cópias de todas as notas fiscais nele arroladas, todos juntados ao presente PAF. A diferença a maior verificada entre o montante das aquisições e os valores informados na DMA – 2004, autoriza a presunção da ocorrência de omissões anteriores de saídas de mercadorias tributadas, cujas receitas patrocinaram a aquisição das mercadorias omitidas na DMA; tendo sido observada cientificamente a proporcionalidade entre mercadorias tributadas, e não-tributadas, bem como a participação das diversas cargas tributárias efetivas, apuradas com base nos documentos fiscais coletados, e obedecendo os critérios estabelecidos pela Instrução Normativa Nº 56/2007 (DOE de 21/09/2007). Diante do exposto, apuramos um icms devido no valor de R\$ 550.948,47 por infração ao disposto nos Arts. 2º, Parágrafo 3º Inc. IV, 50, 60 Inc. I, 124 Inc. I, 218, 322 e 936 do RICMS – Dec. 6284/97. As práticas fiscais irregulares retro descritas, também constituem-se em infração ao disposto no Art. 1º da Lei 8.137 de 27/12/1990. (sic)

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Nulo em razão da falta de clareza na apuração da base de cálculo e dos valores impositivos, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, diante das seguintes considerações:

“[...]

Por outro lado, dada a impossibilidade de verificação do lançamento das notas fiscais em referência no livro Registro de Entradas, em razão do motivo acima indicado, efetuaram um cotejo dos dados constantes nesses documentos fiscais com as informações apuradas nas DMAS (declaração e apuração mensal do ICMS) do contribuinte, apurando a diferença entre os valores totais das mercadorias acompanhadas por aquelas notas fiscais e os montantes das compras consignadas na DMA consolidada daquele exercício. Indo mais além, os Auditores Fiscais, valendo-se da Instrução Normativa nº. 56/2007, aplicaram uma proporcionalidade sobre os valores das omissões apuradas (diferenças), sendo que ao realizar essa proporcionalidade, levaram em consideração tanto a situação das mercadorias de tributadas ou não pelo ICMS, como também as cargas tributárias referentes àquelas cujas operações eram oneradas pelo imposto estadual.

Ocorre que após detida análise das provas constitutivas deste processo, não vislumbro nos autos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, o montante do valor devido pelo contribuinte. Digo isto, com base no seguinte raciocínio: como a base de cálculo utilizada pelos autuantes se referiu à diferença entre os valores constantes nas notas fiscais coletadas e os montantes das entradas verificadas na DMA, como se saber, com convicção, que as demais notas fiscais do CFAMT, não incluídas na base de cálculo, efetivamente tinham sido informadas na DMA? Como não existe nenhum fator a indicar que as notas fiscais não incluídas na exigência do imposto tenham sido lançadas pelo contribuinte na referida declaração, chego à seguinte conclusão: como não há certeza de que os valores do imposto apurados são aqueles realmente devidos e tendo em vista que o crédito tributário é indisponível e que essa imprecisão pode referir em prejuízo para o sujeito ativo da relação jurídico-tributária, me convenço de que apenas com a mudança do roteiro de fiscalização seria possível se ter certeza dos valores devidos em decorrência da omissão apurada.

Saliento, ademais, que ao se insurgir contra a autuação, o contribuinte frisou em sua peça de defesa que não restou comprovado pela fiscalização que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais em questão haviam sido por ele adquiridas, como nos seguintes trechos: “...em parte alguma do processo foi consignado algum elemento de prova de que tais notas fossem relativas às mercadorias adquiridas por essa empresa.” e “...não existe nos autos, absolutamente, nenhuma prova,... que a suplicante tem alguma relação com as notas que geraram a cobrança do imposto...”. Ora, esta enfática negativa do autuado vem reforçar o entendimento de que inexistente qualquer segurança de que as notas fiscais tidas como informadas através da DMA realmente o tenham sido.

Vale acrescentar que tendo em vista a situação singular atinente ao presente caso, no que se refere à dificuldade enfrentada pela fiscalização no que concerne à falta de elementos que lhe possibilitasse a realização de roteiros normais de auditorias, ainda assim, havia a possibilidade de se determinar os valores a serem exigidos do contribuinte por outros meios, de modo a se atingir os objetivos pretendidos, que se referem à apuração do quantum realmente devido pelo sujeito passivo.

Registro ser também de grande relevância ressaltar mais dois pontos que considero de grande importância para a conclusão desta linha de raciocínio a respeito do presente lançamento. O primeiro diz respeito ao significativo valor que foi admitido pela fiscalização como se tivesse sido informado pelo contribuinte por meio das DMAS, no importe de nada menos que R\$13.783.899,27, sem que exista nos autos nenhuma prova material de que entre as notas fiscais arrecadadas pelo fisco o autuado houvesse repassado à SEFAZ/BA os dados atinentes a esse relevante valor.

O segundo ponto se refere ao fato de que a fiscalização compreendeu os exercícios de 2004 e de 2005, entretanto de acordo com o método utilizado pelos autuantes nenhuma omissão foi detectada em relação ao exercício de 2005. Entendo se fazer necessária uma verificação, também em relação a esse exercício, tendo em vista que se há incerteza quanto ao montante do débito relativo a 2004, seguramente essa dívida se estende também a 2005.

[...]

Concluo, desta forma, que nos moldes como foi apurada a infração ficou caracterizado que o lançamento 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 infração imputada, no que se refere aos valores correspondentes à base de cálculo e, consequentemente, ao valor do imposto devido.

Para consubstanciar meu voto, transcrevo parte da fundamentação da Súmula nº 1 deste Colegiado ...

VOTO

Da análise do Recurso de Ofício interposto pela 1ª JF, por ter julgado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, sob a justificativa de que “...o lançamento não contém elementos suficientes para se

determinar, com segurança, a infração imputada, no que se refere aos valores correspondentes à base de cálculo e, conseqüentemente, ao valor do imposto devido”, verifico que a Decisão recorrida incorreu em erro, uma vez que, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, as eventuais incorreções não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções ser suprimidas mediante a realização de diligência, o que, certamente, ensejará na certeza e liquidez do lançamento, senão vejamos:

A infração em exame, objeto do Recurso de Ofício, exige do recorrido, o ICMS no valor de R\$ 550.948,47, inerente ao exercício de 2004, decorrente da determinação legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, a qual autoriza a presunção de ocorrência de operações de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, quando se constatar, dentre outras hipóteses, falta de registro de operações de entradas (existência de entrada de mercadorias não contabilizadas), por indicar que o sujeito passivo efetuou o pagamento das aquisições das mercadorias não registradas com Recursos não contabilizados, decorrentes de *operações anteriormente realizadas* e também não contabilizadas.

Os autuantes, conforme consignado no campo “Descrição dos Fatos” como também na própria infração, em virtude da ocorrência de sinistro (incêndio), dando perecimento de todo documentário fiscal e contábil relativo ao período de 01/12/1999 a 31/12/2006, cotejou o montante das entradas de mercadorias adquiridas no exercício de 2004, informadas na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), à fl. 22 dos autos, no total de R\$13.783.899,27, com o montante das entradas das mercadorias adquiridas constantes das notas fiscais coletadas junto a fornecedores ou capturadas nos Postos Fiscais do Estado da Bahia através do sistema CFAMT (Controle de Fiscalização Automatizado de Mercadorias em Trânsito), no total de R\$17.133.966,25, apurando, assim, a omissão de entradas de mercadorias adquiridas e não declaradas de R\$ 4.000.454,43, consoante presunção legal acima citada, aferindo o ICMS devido de R\$550.948,47, conforme demonstrado à fl. 82 dos autos.

Vislumbro ser inquestionável que o montante das aquisições de mercadorias informado pelo próprio contribuinte através DMA consolidada do exercício de 2004 reflete, inteiramente, os lançamentos realizados tanto em sua escrita fiscal quanto na sua escrita contábil e que, por via de consequência, serve como respaldo, na ausência dos livros fisco-contábeis, para o efetivo cotejo realizado pelos autuantes, pois, conforme já dito, espelha o real movimento escriturado pelo recorrido.

Assim sendo, resta a avaliar se o montante das entradas das mercadorias adquiridas apurado através das notas fiscais, anexas aos autos, coletadas junto a fornecedores ou recolhidas nos Postos Fiscais do Estado da Bahia pelo sistema CFAMT é um dado confiável, o qual possa ser comparado com o montante declarado na DMA pelo próprio contribuinte, de forma a concluir se o lançamento contém ou não elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada.

É consenso deste Colegiado que as notas fiscais capturadas nos postos fiscais, quando do trajeto das mercadorias no Estado da Bahia, inclusive consignando número do pedido, número da duplicata mercantil, dados do transportador, mercadorias condizentes com a atividade do adquirente, são provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, pois evidenciam, inequivocamente, a realização das operações mercantis dos produtos entre os fornecedores e o adquirente, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir os documentos fiscais existentes nos autos.

Por outro lado, os documentos fiscais colhidos junto a fornecedores, por si só, sem que haja provas complementares da realização da operação mercantil, a exemplo de: pagamento ou entrega das mercadorias, trânsito dos produtos no Estado da Bahia, etc., não comprovam, com

segurança, a realização da operação e, em consequência, a aquisição pelo suposto adquirente das mercadorias.

Assim, diante de tais considerações, concluo que, nos termos do art. 18, § 1º, do RPAF/99, tal incorreção não acarreta a nulidade do Auto de Infração, visto que é possível determinar o montante do débito tributário, realizando o cotejo entre o valor declarado na DMA e os documentos fiscais que comprovam as operações de aquisições realizadas pelo recorrido.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para anular a Decisão recorrida, afastando a nulidade do Auto de Infração, devolvendo o PAF à 1ª Instância para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269200.0006/08-5**, lavrado contra **R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

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