

A. I. Nº. - 269200.0006/08-5
AUTUADO - R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - JALDO VAZ COTRIM e JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 22. 09. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0304-01/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO E DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DEVIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SANEAMENTO DO PROCESSO MEDIANTE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. O roteiro de auditoria utilizado se mostra inadequado para apurar o montante efetivamente devido. Os fatos apurados demonstram insegurança do lançamento de ofício, em especial na fixação do valor devido. O levantamento necessita ser refeito em sua totalidade. Inteligência da Súmula nº 1 do CONSEF. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2008, foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no exercício de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$550.948,47, acrescido da multa de 70%.

Consta que foi efetivado levantamento junto aos fornecedores do contribuinte e através dos arquivos do Sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), uma vez que o contribuinte não disponibilizou a documentação fiscal e contábil, devido à ocorrência de um incêndio comunicado pelo próprio fisco através do Processo nº 069479/2007-3 e da Certidão nº 0032007006377, emitida pela 1ª Coordenadoria da Polícia – Feira de Santana, dando conta do perecimento de toda documentação fiscal e contábil referente ao período de 01/12/1999 a 31/12/2006 dos estabelecimentos matriz e filial. Assim, a diferença entre o montante das mercadorias adquiridas no exercício de 2004 informadas na DMA (declaração e apuração mensal do ICMS) e o montante das notas fiscais coletadas através de circularização junto aos fornecedores, acrescidas das notas fiscais capturadas através do CFAMT, resultou na diferença de R\$4.000.454,43 (Anexos 01 e 02 – fls. 81 a 104), estando as cópias de todas as notas fiscais juntadas ao PAF. A diferença a maior verificada entre os montantes das aquisições e os valores informados na DMA, autoriza a presunção da ocorrência de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, cujas receitas propiciaram a aquisição das mercadorias omitidas na DMA. Tendo sido observada cientificamente a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas e não tributadas, bem como a participação das diversas cargas tributárias efetivas, apuradas com base nos documentos fiscais coletados e obedecendo aos critérios estabelecidos na Portaria nº. 56/2007 foi apurado o valor do ICMS devido. Acrescenta-se que em decorrência da perda de todos os documentos fiscais, ficou prejudicada, no todo ou em parte, a execução dos roteiros AUDIF 201, 202, 203, 204, 205, 207, 210, 241 e 247.

Consta requerimento apresentado pelo contribuinte às fls. 901/902, pleiteando junto ao titular da IFEP NORTE que lhe fosse devolvido o prazo de defesa, em razão de ter ficado impossibilitado de ter acesso à documentação que acompanha o Auto de Infração, para impugná-lo ou não, dentro do

prazo a que tem direito, desde quando os prepostos fiscais negaram ao sócio do autuado o acesso ao Auto de Infração e sua documentação, em decorrência de viagem para Salvador da funcionária da Repartição Fazendária de nome Marilene.

Alega que, desse modo, ficou impossibilitado de ter acesso aos referidos documentos, para poder se aprofundar na elaboração de sua defesa, em prejuízo do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurados pela lei baiana e pela Constituição Federal de 1988. Afirma que esse fato foi presenciado por diversos funcionários da SEFAZ, podendo ser por eles testemunhado.

O autuado ingressou tempestivamente com impugnação ao lançamento do crédito tributário às fls. 909 a 917, requerendo, inicialmente, que o órgão julgador ordene que lhe seja devolvido o prazo de defesa, em razão de não ter recebido a documentação acostada ao Auto de Infração, o que representou em prejuízo ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, pede que seja possibilitado ao autuado tirar cópias do Auto de Infração e de toda documentação que o acompanha, com devolução do seu prazo de defesa.

Mesmo entendendo que seu pleito será atendido, apresenta as razões a seguir delineadas.

Ressalta que de acordo com o Auto de Infração, a exigência tributária decorreu da conclusão da fiscalização de que houve omissão de saída de mercadorias tributadas, tendo os prepostos fiscais afirmado que efetuaram buscas, sem, entretanto, dizerem de que maneira nem de que tipo, junto aos fornecedores, concluindo, a partir das aludidas notas fiscais e da relação do CFAMT, que o valor das compras foi superior ao montante declarado através da DMA. A partir daí, concluíram que a diferença teria decorrido de mercadorias anteriormente vendidas e não declaradas à fiscalização.

Realça que, entretanto, trata-se tão somente de suposição de ocorrência de irregularidade, uma vez que não houve omissão de saída de mercadorias, muito menos falta de registros de notas fiscais de entrada como alegam os prepostos fiscais.

Assevera que o Auto de Infração é nulo, desde quando o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/99) determina a nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (art. 18, inciso IV, alínea “a”), assim como estabelece a nulidade dos atos praticados e das decisões proferidas com preterição do direito de defesa (art. 18, inciso II).

Argui que a ação fiscal foi baseada em uma relação de notas fiscais que supostamente foram destinadas à empresa, sem que tivesse sido juntado ao processo nenhum elemento de prova de que tais notas fiscais são relativas a mercadorias adquiridas pelo impugnante. Alega que essa circunstância o impossibilita, completamente, de apresentar provas de que não deu causa à ocorrência. Ademais, não pode provar que não adquiriu as mercadorias, por se tratar de uma prova negativa, o que se constitui em cerceamento do seu amplo direito de defesa, tornando o Auto de Infração nulo de pleno direito.

Deste modo, a inexistência nos autos de qualquer prova, a exemplo de canhoto de notas fiscais subscrito pelo autuado, comprovante de cheque emitido por este para efetuar o pagamento das compras, duplicatas quitadas pela empresa vendedora, etc., atestando que o impugnante tem alguma relação com as notas fiscais que geraram a cobrança do imposto, torna nula a ação fiscal. Lembra ser comum que em Feira de Santana e região, bem como em Salvador, que comerciantes inescrupulosos utilizam os dados e informações cadastrais de contribuintes que pagam seus impostos, para adquirir mercadorias que são vendidas clandestinamente.

Conclui que ficando impossibilitado de apresentar uma prova negativa, deve ser aplicado o disposto no art. 18 do RPAF/BA, para declarar a nulidade da exigência fiscal.

Enfatiza que o Auto de Infração não pode prosperar, pois inexistiu imposto a ser recolhido, haja vista que toda obrigação tributária foi saldada ao longo da existência de sua empresa. Reprisa que as notas fiscais que lastrearam a exigência não têm relação com suas operações de compra e, ainda que isso tivesse ocorrido, o imposto não foi cálculo de forma correta, uma vez que os autuantes não procederam em conformidade com o disposto na transcrita Instrução Normativa nº. 56/2007. Isto porque, admitindo-se, por absurdo, a hipótese de manutenção da cobrança do imposto, do montante correspondente às entradas, deveria ser deduzido o valor declarado na DMA e o resultado deveria ser rateado proporcionalmente entre o montante das entradas tributadas, de acordo com as diversas alíquotas, e das não tributadas, para em seguida identificar o débito de ICMS.

Registra que, além disso, do valor do débito apurado deveria ter sido abatido o crédito de ICMS constante nas notas fiscais.

Por fim, realça que deve ser considerado que seu estabelecimento já fora fiscalizado no exercício de 2004, quando, inclusive, foi lavrado o Auto de Infração nº. 206888.0002/05-0, de sorte que a presente cobrança representa um verdadeiro *bis in idem*. Assim, a exigência fiscal por omissão de saída de mercadorias por presunção é uma cobrança em duplicidade, tornando o Auto de Infração improcedente.

Pede que seja concedida a devolução do prazo para apresentação de defesa, o direito de acesso ao Auto de Infração e, por fim, o reconhecimento da nulidade da autuação ou de sua improcedência.

Através do Termo de Intimação de fl. 923, a IFEP NORTE informou ao autuado que tendo em vista que o mesmo se encontrava com a sua inscrição estadual inapta, a ciência do Auto de Infração ocorreu através das postagens SR 21112835 7 BR, em 15/01/2009, quando foi indicado que a documentação se encontrava à disposição do autuado na sede da Repartição Fazendária. Em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99 foi feita a entrega das cópias reprográficas das folhas 84 a 885 do processo. De acordo com o pedido do contribuinte, e para assegurar o direito da ampla defesa e do contraditório, foi reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Por meio de petição à fl. 927, o autuado requereu as cópias das peças processuais acostadas às fls. 01 a 90, as quais lhe foram entregues, conforme recibo passado na mesma página do processo.

O autuado ingressou com nova peça defensiva às fls. 930 a 942, salientando, inicialmente, a tempestividade da defesa apresentada em substituição à anterior, em decorrência da devolução do prazo que se deu em sede da Inspetoria Fazendária, quando fora reconhecida a impossibilidade do autuado de acesso à documentação que acompanha o Auto de Infração, para especificamente impugná-la, dentro do trintídio a que tinha direito. Assim, passa a apresentar defesa mais específica que a anterior e com avaliação da documentação juntada na autuação.

Após transcrever os esclarecimentos respeitantes à ação fiscal, apresentados pelos autuantes na peça inicial, observa que os prepostos fiscais, para “identificar” o real montante de entradas de mercadorias no período, disseram ter feito uso de cópias de notas fiscais colhidas junto aos fornecedores, além daquelas constantes no CFAMT. Após apurar o que chamaram de “valor real”, o compararam com o montante declarado na DMA, “identificando” a diferença existente. Salienta que essa conclusão se refere apenas a uma suposição de ocorrência de irregularidade, pois não houve nenhuma omissão de saídas, muito menos falta de registro de notas fiscais de entrada.

Ao suscitar a nulidade do Auto de Infração, repete os argumentos já trazidos na defesa inicial, aduzindo que o lançamento não atende ao quanto disposto no art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99.

Alega que os autuantes entenderam que o real valor das entradas de mercadorias era aquele apurado na lista elaborada com base nas notas fiscais colhidas junto aos fornecedores e ao CFAMT (fls. 84 a 104). Reprisa que não foi trazida ao processo qualquer elemento de prova de que as mercadorias relativas às referidas notas fiscais tivessem sido adquiridas pelo autuado. Entende que sendo estes os elementos que deram sustentação à ação fiscal, se fazia necessário separá-los uns dos outros, para que o impugnante pudesse amplamente se manifestar. Como isso não aconteceu o Auto de Infração padece de vício insanável de nulidade, por impossibilitar ao contribuinte fazer qualquer checagem da prova e assim impugná-lo como de direito.

Afirma que as notas fiscais colhidas junto aos fornecedores deveriam se fazer acompanhar, também, da comprovação de que as mercadorias correspondentes foram adquiridas pelo autuado. Tal comprovação poderia ser feita através dos canhotos, dos cheques ou das duplicatas. Realça que apesar dessas provas se encontrarem ao alcance da fiscalização, nada foi trazido ao processo, evidenciando que a ação fiscal não está fundamentada, tornando nula a exigência fiscal.

No que diz respeito às notas fiscais originadas do CFAMT, observa que conforme informações dadas pelos prepostos fiscais, o controle é feito a partir da retenção de uma das vias da nota fiscal que transita junto com a mercadoria. Com base na via retida (após carimbar a mesma) é feita a alimentação do sistema. Apresenta, então, as seguintes indagações: “Porque nas cópias das notas fiscais constantes nos autos nenhuma possui carimbo?” “Como se pode afirmar que os documentos se originaram do CFAMT, se não há carimbo nos mesmos?” “Em verdade, de onde vieram as notas fiscais que embasaram a presente cobrança?” “Como pode o autuado impugná-las com precisão?”

Conclui que a falta de comprovação ou de indicação da origem das notas fiscais em questão, impede o autuado de apresentar defesa específica. Afirmar que tendo em vista que a fiscalização tinha toda condição de demonstrar a irregularidade e não o fez, obriga o impugnante a provar que não adquiriu as mercadorias, o que não pode ser realizado, por se tratar de uma prova negativa, e sendo essa exigência cerceamento do amplo direito de defesa, torna o Auto de Infração nulo de pleno direito.

Na sequência, repete os argumentos de que o cálculo do imposto não foi feito de forma correta, tendo em vista que não atendeu às disposições da Instrução Normativa nº. 56/2007. Afirmar que o rateio do valor da suposta omissão de registro de saída, de acordo com o que dispõe a citada norma deveria ser efetuado obedecendo à seguinte fórmula:

$VEE - VED = DVE$, onde VEE = Valor das Entradas Encontradas; VED = Valor das entradas declaradas; e DVE = Diferenças de Valor das Entradas.

Assim, entende que do valor consignado à fl. 104, de R\$17.133.966,25, deveria ser deduzido o montante informado na DMA (fl. 22), de R\$14.128.185,22, resultando na diferença de R\$3.005.781,03. Com base na referida Instrução Normativa, sobre a diferença existente, deveria ser aplicado o percentual de 50,77%, correspondente às mercadorias tributadas em relação ao valor total das entradas no período, conforme está evidenciado no quadro de saídas de mercadorias, constante na DMA. Assim, a base de cálculo seria de R\$1.526.020,00, que à alíquota de 17% resultaria no débito de R\$259.423,38, valor que representa quase a metade do montante inicialmente imputado.

Diante dessa constatação, afirma que se conclui que a exigência fiscal por omissão de saída de mercadorias, identificada por presunção, é uma cobrança indevida, tornando o Auto de Infração improcedente, por total falta de amparo fático-legal.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 950 a 963, ressaltando que a autuação decorreu da impossibilidade de aplicação dos roteiros de auditoria usualmente utilizados, devido à ausência dos documentos fiscais e contábeis relativos aos exercícios de 2004 e 2005 os quais, segundo informações do contribuinte no Processo nº. 069479/2007-3 (fls. 16 a 20) e na Certidão Policial nº. 0032007006377 (fls. 19/20) foram perdidos em um incêndio ocorrido em 05/04/2007, em uma de suas unidades comerciais, localizada à Rua Marechal Deodoro, 256 – Centro em Feira de Santana – BA.

Afirmam que diante dos fatos e da inexistência de elementos materiais que dessem suporte aos trabalhos de auditoria fiscal e contábil, obedecendo aos rígidos critérios da boa norma, buscaram recompor documentalmente a escrita fiscal do contribuinte da seguinte forma:

1 – solicitando informações junto aos costumeiros fornecedores do contribuinte, visando recuperar os dados das notas fiscais de aquisição de mercadorias, para fins de cotejar o seu montante com as informações econômico-fiscais prestadas mensalmente através da DMA – declaração e apuração mensal do ICMS –, tendo sido seguido o rito legal de solicitar através da autoridade fiscal competente da IFEP/NORTE, que oficialmente requeresse dos outros estados o credenciamento prévio dos autuantes, de modo a permitir a coleta de notas fiscais junto aos fornecedores;

2 – juntando documentos fiscais colhidos pelo Sistem CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito;

3 – recolhendo notas fiscais, mediante intimação, junto aos fornecedores do autuado localizados no Estado da Bahia, (fls. 23 a 80).

Com base nesses elementos, foi apurado um montante de aquisições em 2004 no valor de R\$17.133.966,25, o qual, cotejado com o valor declarado através da DMA no mesmo exercício, que redundou em R\$13.783.899,27, resultou na diferença declarada a menor de R\$4.000.454,43, fato que autoriza a presunção legal de que o pagamento de tais obrigações foi patrocinado por receitas omitidas anteriormente, configurando fato gerador de ICMS e infração ao disposto nos artigos 2º, § 3º inciso IV; 50; 60, inciso I; 124, inciso I; 218; 322 e 936 do RICMS/97, bem como no art. 1º da Lei nº. 8.137/90. Considerando que o *mix* de produtos do autuado envolve mercadorias sujeitas a diversas cargas tributárias efetivas nas operações de saídas (0%, 7%, 12% e 17%), foram identificadas todas as situações tributárias em relação à natureza dos produtos constantes nas notas fiscais coletadas, sendo estabelecido critério de ponderação para a correta determinação da base de cálculo para a aplicação da alíquota correspondente, resultando em um débito de ICMS de R\$550.948,47, conforme Anexos 01 e 02 (fls. 81 a 104) e cópias das notas fiscais, acostadas às fls. 105 a 886.

Em seguida, contestam as alegações oferecidas pela defesa, ponto a ponto, conforme segue:

1) salientam que a arguição de nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/99 é simplória e genérica, sem que a materialidade dos fatos tivesse sido devidamente analisada, haja vista a perfeita instrução do processo em tela, não ensejando a sua nulidade, à luz do que dispõem as hipóteses previstas no citado dispositivo legal, o que torna sem fundamento as alegações do autuado, devido à ausência de elementos fáticos a lhe darem sustentação;

2) contrariando a conclusão do impugnante, enfatizam que não “entenderam” que o valor das entradas era aquele constante na relação das notas fiscais colhidas junto aos fornecedores e ao CFAMT, porém resgataram a verdade dos fatos, diante da destruição de todo documentário fiscal e contábil da autuado, quando da ocorrência do sinistro verificado em suas instalações, fato indicado à fl. 01 do Auto de Infração e olvidado pelo impugnante, mesmo tendo sido este fato que gerou o método de fiscalização adotado, ou seja, a circularização de informações, cujo rito obedeceu à lógica de que existem dois pólos nas relações comerciais, que envolvem o autuado (pólo receptor das mercadorias e das respectivas notas fiscais) e os fornecedores (pólo emissor/remetente).

Diante da impossibilidade de verificação do documentário do autuado, restou como fonte de informações o pólo emissor, ou seja, os fornecedores, com a ajuda dos arquivos da SEFAZ/BA, através do Programa CFAMT, operacionalizado através da retenção de vias das notas fiscais destinadas aos contribuintes deste Estado. Assim, a utilização das notas fiscais não se configurou um “entendimento” dos autuantes, porém resultou de uma ação que demandou a autorização prévia das Secretarias de Fazenda de diversas unidades da Federação, visando a coleta das informações e cópias de notas fiscais junto aos fornecedores, somados aos documentos coletados do CFAMT, inclusive de contribuintes localizados na Bahia, não podendo, desta forma, ser considerado como um simples entendimento dos autuantes;

3) refutam a alegação concernente à falta de prova de que as notas fiscais se referiam a mercadorias adquiridas pelo impugnante, realçando que essa afirmação é totalmente casuística, haja vista que olvida o ato declaratório de suas informações constantes da DMA alusiva ao ano base de 2004, onde constam aquisições de mercadorias no valor de R\$13.783.899,27; arguem que visando respaldar uma inconsistente nulidade da autuação, o contribuinte quer desconsiderar as notas fiscais oriundas de seus fornecedores, surgindo, entretanto, os seguintes questionamentos: “Qual a origem das mercadorias que ensejaram as informações constantes na DMA de 2004?” “Seriam oriundas dos seus fornecedores costumeiros, cujas notas fiscais são objeto da presente negação?” Diante da fragilidade da defesa, concluem que são descabidas as suas alegações, uma vez que a tradição das mercadorias verifica-se através de notas fiscais, não podendo ser desconsideradas através de ilações desprovidas de critério lógico. Ademais, os emitentes das notas fiscais são seus fornecedores tradicionais;

4) quanto à alegada ausência de canhotos subscritos, duplicatas quitadas e cópias de cheques, aduzem que as notas fiscais foram remetidas pelos fornecedores, cuja idoneidade deve ser preservada até prova em contrário, podendo, por decisão do órgão julgador, ser realizada diligência junto aos fornecedores, com a ajuda dos fiscos estaduais envolvidos, visando comprovar a idoneidade do documentário posto em dúvida pelo autuado, inclusive, se pertinente, com a quebra do sigilo bancário deste último, já que questiona a ausência de cópias de cheques usados para pagamentos aos fornecedores, podendo complementarmente, ser acionada a Delegacia de Crimes Contra a Ordem Econômica de todas as unidades da Federação envolvidas no presente processo, em busca da verdade material dos fatos, objetivo perseguido diuturnamente por esse douto Conselho;

5) no que se refere à “ausência de carimbos” nas notas fiscais retidas pelo CFAMT, sob a afirmação de que a alegação provinha de “informações de prepostos fiscais”, observam que o autuado se valeu de informação errônea, uma vez que a sistemática do CFAMT baseia-se em carimbar a 1ª via da nota fiscal que “acompanha as mercadorias”, para efeito de controle no trânsito das mesmas, sendo retida uma via para alimentação de dados desse sistema. Ademais, pelo teor da peça defensiva, a presença de carimbo nas notas fiscais não teria o condão de torná-las “verdadeiras” para o autuado, pois é isto que se depreende do seu arrazoado, ao evocar a nulidade da autuação em razão desse fato;

6) contestam a insinuação de que comerciantes inescrupulosos utilizam os dados cadastrais de contribuintes para aquisição de mercadorias, que são vendidas clandestinamente e que por essa razão as notas fiscais não se constituíam em prova de que teriam se destinado ao autuado, salientando que essa afirmação constitui-se em uma acusação tácita, apesar da idoneidade dos seus fornecedores, evidenciando a existência de conluio entre estes e adquirentes inescrupulosos. Entretanto, uma análise matemática dos valores totais das notas fiscais coletadas pelo fisco baiano, em cotejo com aqueles declarados na DMA, verifica-se um percentual de correspondência que desautoriza a ilação pretendida.

7) rebatem as alegações do autuado concernentes à existência de incorreções no cálculo efetivado pela fiscalização, por desobediência ao quanto determinado na Instrução Normativa nº. 56/2007, ressaltando estar demonstrada a fragilidade dessas alegações, devido à falta de percepção das peças acusatórias acostadas aos autos, que foram construídas sob um coerente rigor científico, quando,

inclusive, aplicaram as orientações contidas na mencionada norma em seus mínimos detalhes, pois, embora o autuado não tenha percebido, os autuantes, numa demonstração de respeito ao dispositivo legal, à coisa pública, aos contribuintes no geral e ao próprio autuado no particular, procederam a uma análise individualizada de todas as notas fiscais, identificando as mercadorias e as cargas tributárias correspondentes às operações de saída, totalizando-as por carga tributária efetiva e efetuando a ponderação sobre a base de cálculo das saídas omitidas resultante do cotejo entre o total das aquisições de mercadorias declaradas na DMA e o total das mercadorias apurado através das notas fiscais coletadas pelo fisco, estando tudo didaticamente demonstrado nos Anexos 01 e 02 e respectivos documentos fiscais (fls. 84 a 886), cujas cópias foram fornecidas ao autuado.

Concluem, afirmando que não tendo sido apresentadas provas ou argumentos que elidissem a ação fiscal, e diante das incontestáveis provas de cometimento de ilícito fiscal, mantêm integralmente o Auto de Infração. Entretanto, se remanescerem dúvidas a esse Conselho quanto à autenticidade e idoneidade do documentário acostado aos autos, haja vista suspeição e acusação tácita do autuado de uso irregular dos seus dados cadastrais por terceiros inescrupulosos, sugerem ao CONSEF, que em respeito aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da razoabilidade, seja solicitada diligência fiscal saneadora, a ser realizada pelo órgão competente, com o concurso dos fiscos dos outros estados envolvidos e dos contribuintes a eles jurisdicionados, além das unidades policiais especializadas, objetivando a busca da insofismável verdade material dos fatos.

VOTO

Verifico que a autuação em lide se originou da presunção de que o contribuinte omitira saídas anteriores de mercadorias tributáveis, em decorrência da constatação da falta de contabilização da entrada de mercadorias em seu estabelecimento.

Examinando os documentos trazidos ao processo pelos autuantes, verifico que o trabalho desenvolvido pela fiscalização estadual demonstrou muito empenho na busca das provas materiais em favor dos resultados pretendidos, estando revestido de muita dedicação à coisa pública. Digo isto porque, em decorrência da falta de atendimento da intimação por parte contribuinte, que sob a justificativa da ocorrência de um sinistro em seu estabelecimento, não apresentou nenhum documento ou livro fiscal referente aos exercícios fiscalizados (2004 e 2005), os agentes do fisco se viram impossibilitados de realizar os trabalhos de auditoria fiscal conforme almejavam. Em vista disso, buscaram fontes alternativas de consulta e de prova, visando estabelecer quais os montantes do ICMS devido pelo estabelecimento fiscalizado. Deste modo, se serviram das vias das notas fiscais coletadas pelo Sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT) e de notas fiscais colhidas por meio de circularização junto aos fornecedores, bem como procuraram se acerrar da segurança necessária, no que se refere à fidedignidade de tais elementos de prova, junto às unidades tributárias das Secretarias de Fazenda dos estados onde se encontravam localizadas as empresas fornecedoras das mercadorias e também perante estas últimas.

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 verificados 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 refletir 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 auditoria, 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 dúvida se estende também a 2005.

O disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/99, prevê que as eventuais incorreções ou omissões 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. Todavia, no caso em tela, as incorreções contidas no levantamento são de tal monta que não há como as corrigir sem que se refaça totalmente o levantamento realizado pela fiscalização.

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, conseqüentemente, ao valor do imposto devido.

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

“Ao analisar tais lançamentos, o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) tem-se deparado com situações em que essas exigências legais não estão sendo cumpridas, o que tem resultado na decretação da nulidade de inúmeros Autos de Infração. E uma das razões que têm levado à nulidade é a questão que envolve a base de cálculo do imposto, quando ela deixa de ser devidamente demonstrada, dentro do exigido nas normas, tanto na fiscalização em estabelecimentos como na fiscalização exercida no trânsito de mercadorias. As normas estabelecem condições para que se possa determinar a base de cálculo, a salvo de dúvidas ou incompreensões, para que o Estado possa constituir um crédito perfeitamente conhecido, de liquidez e certeza inquestionáveis.

Assim, a falta de clareza na apuração da base de cálculo e dos valores impositivos, acarreta a nulidade da autuação, 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;”

Nos termos do disposto no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Ante o 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 269200.0006/08-5, lavrado contra **R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**. Representa-se à repartição fazendária competente, para providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 11 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR