

PROCESSO - A. I. Nº 170623.0051/06-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TERWAL MÁQUINAS LIDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0145-01/10
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 12/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0367-12/10

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. A despeito de terem sido implementadas diligências visando corrigir equívocos existentes no levantamento quantitativo realizado, as mesmas não apresentaram resultados que demonstrassem certeza quanto aos montantes efetivamente devidos. Os fatos apurados demonstram insegurança do lançamento, em especial na fixação das bases de cálculo e, consequentemente, dos valores devidos. O levantamento necessita ser refeito em sua totalidade. Inteligência da Súmula nº 1 do CONSEF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0145-01/10, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2006, exige ICMS no valor de R\$213.803,72, acrescido da multa de 70%, em decorrência das seguintes infrações à norma tributária deste Estado:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário — o das saídas tributáveis —, no exercício de 2005, com exigência do imposto no valor de R\$78.574,69.
2. Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária — a das operações de entrada — com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2004, com a exigência do imposto no valor de R\$135.229,03.

Em sua impugnação ao lançamento fiscal (fls. 484/498), o autuado preliminarmente requer que lhe fossem fornecidos todos os relatórios impressos, comprobatórios das infrações, sendo reaberto seu prazo de defesa, sob pena de cerceamento de defesa, já que ficou impossibilitado de abrir e manejar todas as 17 planilhas listadas na intimação, constante. Inclusive tal solicitação foi anteriormente dirigida a autuante que planilhas em meio impresso. Que, embora o seu preposto tenha a

documentação, espera que seja reconhecido o equívoco cometido no fornecimento dos documentos, visando exercer o seu amplo direito de defesa.

No mérito e quanto à infração 1, esclarece que, dentre os quase dez mil diferentes itens de mercadorias comercializados, encontram-se inúmeras peças miúdas, suscetíveis aos mais diversos tipos de extravio; peças comercializadas em metro, sendo objeto de desperdício; peças que se tornam obsoletas, sendo descartadas; e peças de grande procura e valor agregado, que ocasionalmente são furtadas.

Aduz que a auditoria se baseou em um *software* a distância, sem confirmação *in loco*, através de discussão, nem por meio de averiguação para confrontação dos dados de suas planilhas com a documentação fiscal relativa às operações de entrada e de saída de mercadorias. Argui que, nos exames realizados por meio do programa SAFA (Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada), através de informações recebidas do SINTEGRA, não foi considerada a especificidade das suas operações comerciais, nem se discutiu a respeito dos resultados, objetivando checar erros de fato ou de procedimento. Afirma ter constatado contagem em duplicidade de saídas de mercadorias através de venda para entrega futura, considerando-se como omissão de saídas tanto a nota fiscal de faturamento (códigos 5117 e 6117), como a de simples remessa (códigos 5922 e 6922). Alega que existem casos de diversas saídas apontadas como omitidas, cujos documentos fiscais existem e encontram-se à disposição da fiscalização. Salienta que, ao utilizarem um sistema estranho à sua contabilidade, os autuantes realizaram um quase arbitramento, com inversão do ônus da prova, situação esta que analisa, enfatizando já estar pacificado nos nossos tribunais que o erro de fato justifica o desfazimento ou a revisão do lançamento, o que não ocorre nos casos de erro de direito. Trazendo no bojo de sua discussão o princípio da verdade material, requer diligência.

Quanto à infração 2, diz que as inconsistências na movimentação de estoques identificadas pelo programa SAFA decorreram da devolução de mercadorias para o almoxarifado, reingresso não documentado. Esclarece que, quando a falha foi apurada durante inventário das mercadorias, a reintrodução dos produtos foi efetivada, porém não pode ser associada à operação original de aquisição. Alega que a reintrodução no estoque de algum item proveniente de devolução ou de diferença de estoque não representa uma nova entrada, tratando-se, apenas, de um ajuste do estoque que já lhe pertencia e que, em razão de descontrole gerencial foram reingressadas no estoque. Afirma que todos esses fatos estão registrados em suas planilhas de movimentação do estoque “CARDEX”, tendo sido devidamente contabilizados (fls. 536/538). Salienta de que, de igual forma, foram computadas em duplicidade entradas de mercadorias realizadas através de compra para entrega futura, quando foram consideradas como omissão de entrada tanto a nota fiscal de faturamento (códigos 1117 e 2117), como a de simples remessa (códigos 1922 e 2922), indicando as páginas do PAF onde tais erros se encontram.

Diz que não foi levado em consideração de que, no período fiscalizado, 100% das operações de saídas nos exercícios objeto das infrações 1 e 2 foram incentivadas com redução da base de cálculo e que o *mix* de produtos de seu estabelecimento nos dez anos anteriores sofreu poucas alterações, estando a citada redução prevista há muito tempo na legislação pertinente, para os produtos considerados nas omissões de saídas (Convênios ICMS 52/91 e 65/93).

Frisa que não discorre a respeito dos demais elementos da autuação, a exemplo do preço médio utilizado, por absoluta impossibilidade de acesso aos arquivos correspondentes, que se encontram corrompidos. Requer a nulidade ou a improcedência da autuação.

Os autuados (fls. 558/561) informam que, antes da lavratura do Auto de Infração apresentaram os demonstrativos emitidos para conferência, ficando o contribuinte, assim, ciente da apuração das infrações apontadas. Asseveram que o preposto da empresa conferiu a documentação entregue, tanto em meio magnético, como em material impresso. Portanto, especificou disponibilizou documentação conforme fl. 562 dos autos.

Em relação à infração 1 observam de que o próprio autuado reconhece haver a existência da omissão, pois afirma que dentre os itens levantados, alguns são suceptíveis de extravios, muitas vezes sem adoção das providências necessárias à sua regularização fiscal e que, nem todos os itens autudados foram de “mercadorias miúdas”, como alegado.

Revisaram o demonstrativo da infração 2 (fls. 563/578), tendo por base a alegação de ter ocorrido a contagem como saídas das notas fiscais de faturamento como as de simples remessa. Quanto à infração 1, dizem não haver qualquer modificação a ser feita. Anexam CD contendo o resultado da revisão efetuada e que foi entregue ao impugnante (fls. 692/695).

Em manifestação (fls. 697/701) a empresa autuada pleiteia a nulidade da infração 2, tendo em vista de que os autuantes passaram as omissões de entradas, originalmente exigidas para omissão de saídas. Consigna que, apesar de ter sido considerada a prevalência de operações com redução na base de cálculo na apuração da omissão de saídas, de forma incoerente o mesmo não ocorreu no cálculo da omissão de entradas. Analisa as revisões efetuadas pelos autuantes, como indica, afirmando existirem erros não passíveis de correção, pois a revisão fiscal utilizou uma base tributável totalmente estranha àquela utilizada na autuação.

No mérito repete os mesmos argumentos já expostos para a infração 1, pleiteando diligência fiscal e pugnando pela sua improcedência. Sobre a infração 2, diz ter sido prejudicado pela exiguidade do prazo de 10 dias concedido, tendo em vista o grande volume de documentos a serem analisados, requerendo a sua reabertura.

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal (fls. 712/715) mantendo a autuação na forma de sua anterior manifestação.

Considerando os diversos argumentos de defesa, como indica, a 1ª JJF envia os autos à diligente revidor da ASTEC/CONSEF para que fossem tomadas as seguintes providências:

- 1) *com base na documentação constante dos autos e naquela a ser apresentada pelo contribuinte, verificasse se tinham fundamento as alegações defensivas concernentes a todos os pontos (que elencou), realizando as adequações pertinentes em relação às duas infrações;*
- 2) *elaborasse, se fosse o caso, novas planilhas e demonstrativos de débito, observando que prevalecendo omissões de saída deveriam ser considerados os percentuais de redução de base de cálculo aplicáveis nas operações com os produtos objeto do levantamento.*

Foi reaberto prazo de defesa.

Através do Parecer ASTEC nº 032/2008 (fls. 721/724), o diligente fiscal informou que o autuado apresentou, por amostragem, notas fiscais de entrada e saída referentes ao exercício de 2005. No entanto, não apresentou outros documentos a respeito das demais alegações, para que fossem avaliados. Após conferência dos documentos apresentados e daqueles já existentes nos autos, ajustou os levantamentos, reduzindo o valor do débito exigido em relação à infração 1, mantendo aquele indicado pelos autuantes quando da informação fiscal referente à infração 2.

Manifestando-se (fls. 726/730) o autuado repisa os seus argumentos contrários à modificação ocorrida em relação à infração 02 e afirma de que não constam dos autos ou não lhe foram disponibilizados os demonstrativos do novo lançamento que gerou a omissão de saídas, impossibilitando-o de proceder ao quanto requerido na intimação sobre essa infração. Tece considerações a respeito das inconsistências decretadas no levantamento fiscal, informa sobre algumas operações comerciais que realiza, quando de vendas para contratos de licitação, entende que a revisão fiscal não pode ser feita pelo sistema SAFA da SEFAZ, por gerar distorções, apresenta os mesmos argumentos já reiteradamente expostos. Diz, ainda, que a falta de documentos elaborados pelos autuantes impede que os levantamentos sejam comparados com os respectivos documentos fiscais e contábeis.

Considerando todas as dúvidas ainda existentes no PAF, como é o processo aos autuantes para que eles tomassem as seguintes providê

- 1) anexassem todos os demonstrativos relativos à revisão procedida quando da informação fiscal, assim como um novo demonstrativo relativo à infração 01, contemplando os ajustes introduzidos pela ASTEC;
- 2) intimassem o contribuinte a apresentar toda a documentação fiscal que detivesse em seu poder, relativa ao período objeto da autuação, concedendo-lhe o prazo mínimo de cinco dias;
- 3) com base na documentação constante dos autos e naquela apresentada pelo contribuinte, caso a intimação fosse atendida, verificassem se tinham fundamento as alegações defensivas concernentes aos pontos por ele abordados, realizando as adequações pertinentes às imputações;
- 4) elaborassem se fosse o caso, novas planilhas e demonstrativos de débito.

Foi reaberto prazo de defesa.

Os autuantes (fls. 813/814) afirmam não poder atender ao que foi solicitado, pois a revisão realizada foi feita pela ASTEC/CONSEF não estando em suas mãos a documentação. E, quanto à solicitação de que, com base nos documentos constantes dos autos e naqueles a serem apresentados pelo impugnante, fossem verificadas as alegações defensivas atinentes às situações abordadas no que se refere às duas infrações, afirmam que, à luz dos documentos já existentes no PAF, não têm pertinência às alegações do contribuinte, não se justificando, assim, a informação prestada anteriormente.

Manifestando-se (fls. 821/825) a empresa autuada emite seu entendimento sobre a recusa dos autuantes a atender à diligência solicitada, o que se traduz por cerceamento do seu direito de defesa. Atacando pontos das duas infrações requer a nulidade da ação fiscal e afirma de que, em relação à infração 2, restou definitivamente comprovado que, nem os autuantes são capazes de demonstrar o levantamento fiscal.

Um dos autuantes se pronuncia (fl. 838), entendendo que a empresa extrapola sua competência, quando tenta determinar o modo de agir da fiscalização. Ressalta de que ele contesta a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF sem apresentar demonstrativos que provem suas alegações.

A JJF considerando (fls. 841/842):

- ✓ que apesar de já terem sido realizadas duas diligências, ainda persistia a necessidade de análise da documentação fiscal do contribuinte, tendo em vista que alguns pontos questionados pela defesa precisavam ser elucidados, de modo a possibilitar um julgamento baseado na verdade dos fatos, sendo necessário, para tanto, esclarecer toda a matéria suscitada nos autos;
- ✓ a argumentação do autuado sobre a infração 01, de que ocorreu contagem em duplicidade de saídas de mercadorias através de venda para entrega futura, apurando-se como omissão de saídas, tanto as notas fiscais de faturamento (códigos 5117 e 6117), como as de simples remessa (códigos 5922 e 6922), distorcendo os resultados apurados pelo fisco, tendo fornecido provas por amostragem (fls. 499 a 535), afirmando que cada caso correspondia a grande volume de documentos, e que toda a documentação se encontrava à disposição da fiscalização. Tendo em vista que o impugnante alegou que diversas saídas tidas pelos autuantes como omitidas, se referiam a documentos fiscais à disposição do fisco, citando como exemplos os itens relativos aos códigos 34019, 34081 e 34107, que se encontram nos documentos acima indicados;
- ✓ que ao sé insurgir contra a infração 02, o contribuinte afirmou que a reintrodução de mercadorias no estoque, em decorrência de devoluções ou de diferenças de estoque, não implicava em novas entradas, correspondendo tão somente a ajustes do estoque que já lhe pertencia, e que esses fatos se encontravam registrados em suas planilhas de movimentação do estoque “CARDEX”, devidamente contabilizadas, a exemplo dos documentos de fls. 536 a 538;
- ✓ que foi arguido que em relação a essa infração ocorreria duplicidade no cômputo de entradas de mercadorias realizadas através de compra para entrega futura, quando foram tidas como omissão de entradas tanto as notas fiscais de faturamento (códigos 1117 e 2117), como as de simples remessa (códigos 1922 e 2922), conforme amostra documental às fls. 539 a 547;
- ✓ as alegações de que não lhe foram entregues os demonstrativos concebidos pelos autuantes na fase de informação fiscal, que resultaram na mera infração 02, de omissão de entradas para omissão de saídas e tendo em

contribuinte (fl. 693) não identifica esses demonstrativos, não tendo sido oferecidos, desse modo, os elementos que permitissem uma perfeita compreensão das modificações processadas;

- ✓ que consta no Parecer da ASTEC que ao atender à intimação o contribuinte apresentara documentos apenas por amostragem, isto em relação à infração 01, deixando de apresentar qualquer elemento atinente à infração 02, sob a justificativa de que não tivera condições para tanto, por não ter recebido os demonstrativos referentes às modificações efetuadas pelos autuantes, o que impossibilitou que todas as suas alegações fossem avaliadas;
- ✓ que os autuantes se insurgiram contra os pedidos contidos na 2ª diligência, quando se recusaram a intimar o contribuinte a apresentar a documentação referente aos pontos abordados na defesa, a realizar a revisão do lançamento e a apresentar os demonstrativos pertinentes à modificação implementada na informação fiscal (fls. 813/814);
- ✓ que o processo administrativo fiscal é regido, dentre outros, pelos princípios da verdade material, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,

Converteu o processo em nova diligência à INFRAZ Varejo para que o Inspetor Fazendário designasse Auditor Fiscal estranho ao feito para que revisasse o lançamento fiscal, adotando-se as seguintes providências:

1. intimasse o sujeito passivo a disponibilizar todos os documentos fiscais correspondentes às situações por ele indicadas, em relação às quais alega existirem inconsistências no levantamento atinente às duas infrações, quando deveria ser concedido o prazo de 10 (dez) dias;
2. com base na documentação constante dos autos e naquela apresentada pelo contribuinte, no caso de atendimento da intimação, verificasse se tinham fundamento as alegações concernentes aos pontos por ele abordados, conforme apontados acima, realizando as adequações pertinentes;
3. elaborasse, se fosse o caso, novas planilhas e demonstrativos de débito correspondentes às duas infrações.

Foi ainda observado que, se fosse conveniente, poderiam ser convocados os autuantes, para acompanharem e prestarem os esclarecimentos que se fizessem necessários; como subsídios, deveriam ser utilizados os levantamentos originais elaborados pelos autuantes e aqueles efetuados pela diligente da ASTEC; para todos os argumentos defensivos não aceitos, deveriam ser informados os motivos correspondentes.

Através do Parecer de fls. 846/851, a Auditora Fiscal Maria Cristina Dórea Dantas, apresentou, preliminarmente, esclarecimentos a respeito das diversas etapas concernentes ao andamento do presente processo, resumindo os fatos relativos à lavratura do Auto de Infração, à defesa e manifestações seguintes apresentadas pelo contribuinte, informações fiscais e demais pronunciamentos prestados pelos autuantes e aos resultados da diligência à ASTEC/CONSEF.

Após, declarou ser impossível fazer as elucidações para todas as mercadorias que fizeram parte do Auto de Infração, como solicitado na diligência do CONSEF, em decorrências dos seguintes fatos e, conforme consta no relatório do Acórdão da JJF:

1) Após a leitura do processo, manteve contato com os autuantes, visando localizar o computador que havia executado o programa SAFA, isto porque verificou nos relatórios anexados aos autos (fls. 10 a 100) que todos os códigos das mercadorias encontram-se cortados, isto é, os últimos números dos códigos foram sobreescritos pelo nome do produto. Cita dois exemplos:

1º) à fl. 83 no caso da mercadoria de código 0000000000874 o último dígito (que representou pelo x) não aparece, sendo que essa mercadoria está repetida três vezes, tudo indicando que se trata de mercadorias distintas, sendo, porém, impossível de se diferenciar, em decorrência do nome dos produtos a Parecerem iguais no relatório;

2º) na pag. 11 a mercadoria de código 0000000000038X, o último dígito (representado pelo x) não aparece, enquanto que essa mercadoria está repetida três vezes, fazendo supor que se trata de mercadorias distintas, mas impossível de se diferenciar, em decorrência do nome dos produtos a Parecerem iguais no relatório;

2) constatou também que as folhas dos relatórios anexados aos autos não possuem a numeração que é impressa pelo programa SAFA;

3) não foi localizado o computador que foram feitos os demonstrativos, te equipamentos na Infaz Varejo;

4) como no processo não estão anexados todos os relatórios, os quais foram gravados em CD, passou a fazer as verificações dos mesmos através dos registros constantes no CD. Após análise dos demonstrativos, constatou que alguns deles estão incompletos, conforme segue:

exercício de 2004 — : no relatório de levantamento quantitativo de entrada só consta até a mercadoria de código 00000000030466 e no levantamento quantitativo de saída só consta até a mercadoria de código 00000000002725, enquanto que no levantamento foram consideradas as mercadorias até o código 00000000035217;

exercício de 2005 — no relatório de levantamento quantitativo de entrada só consta até a mercadoria de código 00000000031119 e no levantamento quantitativo de saída só consta até a mercadoria de código 00000000002784, enquanto que no levantamento foram consideradas as mercadorias ate o código 00000000035806;

5) em decorrência desse fato, surge uma dúvida: como foram verificadas as notas fiscais de entrada e de saída pela ASTEC, tendo em vista que alguns códigos das mercadorias alterados são superiores aos códigos que aparecem nos relatórios, a exemplo do código 00000000034081? Como ter certeza se as notas fiscais referentes a tais mercadorias não já haviam sido consideradas nos levantamentos feitos pelos autuantes, visto que os relatórios referentes aos levantamentos quantitativos de entrada e de saída estão incompletos?

6) intimado a disponibilizar a documentação fiscal juntamente com uma planilha que pudesse facilitar a correspondência dos documentos, o contribuinte apresentou alguns documentos, sem a devida planilha o que impossibilita o “casamento” das notas fiscais cujos códigos diferenciam daqueles existentes nos demonstrativos.

Concluiu afirmando que, com base nos fatos relatados não existe a possibilidade de comprovação dos valores, item a item de mercadorias, conforme solicitado pelo CONSEF.

O autuado se manifesta a respeito da diligência realizada (fls. 858/861) elogiando o trabalho produzido e observa que eles já haviam sido por ele detectados desde a sua primeira manifestação, como detalhou.

A 1^a JJF prolatou a seguinte Decisão:

“Constatou que foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS, em decorrência dos resultados apurados através de levantamento quantitativo de mercadorias, tendo sido verificado na infração 01 a falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, enquanto que na infração 02 se apurou diferenças tanto de entradas como de saídas, sendo exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária - a das operações dc entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Verifico que o sujeito passivo suscitou preliminares de nulidade. Inicialmente arguiu cerceamento do seu direito de defesa, sob a alegação de que não houvera recebido os demonstrativos originais elaborados pela fiscalização. Posteriormente alegou a existência de óbice ao contraditório, na medida em que não recebera os demonstrativos relativos à infração 02, que resultaram na alteração de omissão de entradas para omissão de saídas, modificações estas realizadas pelos autuantes quando prestaram informação fiscal. Ao tratar sobre a recusa por parte dos autuantes de atender a determinação da 1^a JJF, para que intimassem o contribuinte a apresentar documentos, para que pudessem rever o lançamento, o impugnante aduziu ter ocorrido ofensa aos princípios da verdade material e do devido processo legal.

Registro que no respeitante aos demonstrativos elaborados quando da ação fiscal, em um momento posterior foram disponibilizados ao contribuinte e em atendimento a determinação da 1^a JJF foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Consigno, entretanto, que após terem sido realizadas três diligências, visando estabelecer a realidade dos fatos, trazerem esclarecimentos sobre os pontos abordados pela defesa e não deixar margens a dúvidas quanto aos procedimentos adotados pela fiscalização na apuração da base de cálculo e dos valores imponíveis, concluo que existem inconsistências no levantamento realizado que definitivamente não foram esclarecidas, o que toma a ação fiscal repleta de falhas insanáveis. Complemento que os esclarecimentos trazidos pela Auditora Fiscal estranha ao feito que realizou a última diligência foram de suma importância no deslinde da autuação.

Ao analisar as peças processuais, verifico que existem inconsistências que geram dúvidas quanto aos valores iniciais apurados pela fiscalização e quanto às modificações relativas aos montantes apontados na fase de informação fiscal e na primeira diligência realizada, além da falta de juntada ao processo e. consequentemente. de entrega ao sujeito passivo, de elementos imprescindíveis à elaboração do entendimento por parte do julgador do alcance relativo às infrações imbricadas, detalharei em seguida:

1) apesar de insistentemente requeridos pelo contribuinte e de a 1ª JJF ter solicitado a sua entrega e a juntada ao processo dos demonstrativos que teriam gerado modificações na infração 02, quando a prevalência da omissão de entradas teria passado para omissão de saídas, tais providências jamais foram atendidas. Da mesma forma, não foram disponibilizados os demonstrativos concernentes às alterações processadas na primeira diligência em relação à infração 01;

2) algumas alegações da defesa, acompanhadas de provas documentais por amostragem, a exemplo, no caso da infração 01, da situação atinente ao lançamento em duplicidade das saídas para entrega futura e de simples remessa, não foram devidamente contestadas pelos autuantes;

3) como após duas diligências ainda persistiam dúvidas, inconsistências e a falta de apresentação de demonstrativos extremamente necessários à completa elucidação dos fatos pertinentes ao levantamento realizado pela fiscalização que redundara na presente autuação, a última diligência realizada pela Auditora Fiscal Maria Cristina Dórea Dantas, que se mostrou impossibilitada de comprovar os valores, item a item das mercadorias, conforme solicitado pelo CONSEF, tendo emitido um Parecer bastante elucidativo, do qual apresento alguns pontos bastante relevantes:

a) seria impossível fazer os esclarecimentos para todas as mercadorias objeto da autuação, conforme solicitado pelo CONSEF, desde quando não lograra êxito na tentativa de localizar o computador utilizado pelos autuantes, para que pudesse refazer o levantamento por meio do programa SAFA. Como verificou que nos relatórios fiscais (fls. 10 a 100) todos os códigos das mercadorias encontram-se cortados, com os últimos números dos códigos sendo sobreescritos pelo nome do produto, tornou-se impraticável uma identificação precisa dos produtos. Cita dois exemplos, nos quais o último dígito identificador não aparece, fazendo com que as mercadorias sejam repetidas três vezes, tudo indicando que se tratavam de mercadorias distintas, sendo impossível de se diferenciar, pois os nomes dos produtos aparecem iguais no relatório;

b) tendo em vista que as folhas dos relatórios não possuem a numeração que é impressa pelo programa SAFA e como no processo não estão anexados todos os relatórios, os quais foram gravados em CD, ainda assim fez as verificações dos mesmos através dos registros constantes no CD, constatando que alguns deles estão incompletos, conforme exemplos que apresentou para os dois exercícios fiscalizados;

c) em decorrência desses fatos, não se pode ter certeza a respeito das notas fiscais de entrada e de saída utilizadas pela revisora da ASTEC, haja vista que alguns códigos das mercadorias alterados são superiores aos códigos que aparecem nos relatórios, o que impede que se tenha certeza se as notas fiscais referentes a tais mercadorias não já haviam sido consideradas nos levantamentos feitos pelos autuantes, desde quando os relatórios atinentes aos levantamentos quantitativos de entrada e de saída estão incompletos.

Concluo, desta forma, que nos moldes como foram apuradas as infrações, não foram observados os requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando 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, as infrações imputadas, assim como os elementos que compõem a base de cálculo e os valores lançados.

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.

Para se determinar a base de cálculo a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, o que há de ser feito de forma compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário imponível. A clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material. Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto."

Assim, a falta de clareza na apuração da base de cálculo e dos valores impõe a necessária transparéncia nos papéis de trabalho acostados aos autos, i

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

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 para que determine a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Ante todo o exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração.”

Autuado e autuantes foram cientificados da Decisão de 1º Grau.

De ofício, a 1ª Instância de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

VOTO

O lançamento fiscal e motivador do Recurso de Ofício, diz respeito à exigência do ICMS apurado através de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias nos exercícios de 2004 e 2005.

Não merece qualquer reparo a Decisão recorrida. A 1ª JJF diante de todos os questionamentos apresentados pelo impugnante, principalmente daqueles que feriam o direito de defesa e da constituição correta da base de cálculo, buscou incessantemente tais correções. Após diversas diligências realizadas pelos próprios autuantes e pela ASTEC/CONSEF, ainda persistiam os questionamentos apresentados pelo impugnante e que davam incerteza ao lançamento realizado. Como última tentativa pela busca da verdade material, praticamente desconsiderou todas as informações dadas pelos autuantes e ASTEC/CONSEF e decidiu que auditor fiscal estranho ao feito, lotado na INFAZ VAREJO, realizasse uma completa revisão do lançamento fiscal. Com esta acertada atitude, restou comprovada a impossibilidade de se sanear os erros existentes no levantamento fiscal, consequentemente, se ter certeza da base imponível do imposto exigido.

Assim, diante de tudo o que foi apresentado no processo e, conforme apresentado no relatório do presente Acórdão, não existe outro caminho a ser trilhado senão de ser decretada a nulidade do presente Auto de Infração, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), recomendando à autoridade administrativa fiscal que promova nova fiscalização a salvo de falhas visando resguardar os interesses do Erário.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 170623.0051/06-4, lavrado contra TERWAL MÁQUINAS LTDA. Representa-se à repartição fazendária competente, para providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro 2010.

CARLOS FÁBIO CA

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS