

PROCESSO - A. I. Nº 0937136220/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MC COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA. (ÓTICAS OPÇÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0052-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0453-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Defeitos na apuração da base de cálculo do imposto, não saneada após diligência, leva à nulidade da autuação, com aplicação da Súmula CONSEF Nº 01. Ato fiscalizatório que culminou na lavratura do Auto de Infração efetuado exclusivamente por servidores sem competência legal. Afronta às normas contidas na Lei nº 8.210/02, no Regulamento do ICMS, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Vícios insanáveis do processo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o caso em apreciação de Recurso de Ofício apresentado para exame da Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, constante do Acórdão nº 0052-05/10, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 937136/22-0, lavrado em 30/01/2009, para exigir ICMS no valor de R\$45.386,26 acrescido de multa de 100%, em razão da estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão anexado ao Auto de Infração.

O autuado, em tempo hábil, formalizou sua impugnação (fls. 30 a 42), sustentando, enfaticamente, a nulidade do Auto de Infração, sob o enfoque da ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que, nos demonstrativos do Auto de Infração inexistem elementos para se determinar com segurança a infração.

Destacou pontos que deveriam ser apreciados na ação fiscal, colocando como primeira premissa a ser considerada nos trabalhos de auditoria a de que as notas fiscais, apresentadas por seu preposto, foram consideradas idôneas. A segunda premissa levantada seria o critério utilizado pelo auditor na identificação das mercadorias listadas nos formulários de “declaração de estoque”, qual seja o da marca dos óculos. A terceira premissa dizia respeito às notas fiscais apresentadas com as mercadorias provenientes do seu fornecedor, as quais são descritas e identificáveis de maneiras diferentes, isto é, ora por marca, ora por material, ora por modelo.

Alegou que, no exame dos demonstrativos do Auto de Infração, nem por dedução, se conseguiria descobrir quais as unidades de mercadorias, constantes do formulário de “declaração de estoque”, consideradas como descobertas em relação às respectivas documentações fiscais.

Em prosseguimento à sua defesa, assegurou que os elementos lastreadores do lançamento ficam ainda mais confusos, quando analisado o formulário “declaração de preço corrente no mercado”, onde se calcula o preço médio considerado, o qual não faz correlação entre os itens escolhidos na definição da base de cálculo a ser tributada e aqueles constant autuante”.

Aduziu que, se o crédito tributário baseou-se em premissas que não se mostram suficientes para garantir a sua procedência, haja vista estar, exclusivamente, lastreado em procedimento de apuração inadequado, deveria ser revisto, anulado e extinto.

Em conclusão, requereu a juntada de mais notas fiscais que respaldavam a composição do estoque, pedindo que o Auto de Infração fosse julgado nulo ou improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 61), afirmou ter sido o Auto de Infração lavrado de acordo com a legislação vigente (RICMS BA - Decreto nº 6284, de 14 de março de 1997), em função de o contribuinte possuir mercadorias tributadas em estoque, sem documentação fiscal.

Informou que todo o procedimento fiscal, ou seja, as intimações, contagem de estoque, preenchimento de formulários de declaração de preços, recebimento das notas fiscais de entrada e as suas verificações, com a declaração de estoque, foram efetuados pelas agentes de tributo estadual Maria de Lourdes Caldas Silva e Eliméia Costa.

Reafirmou a correção da autuação, ressaltando que o autuado não apresentou notas fiscais ou qualquer documento que desmerecesse o procedimento adotado.

Prosseguindo a tramitação processual, a JJF converteu o processo em diligência ao autuante, para que ele apresentasse o demonstrativo da base de cálculo, referente aos 2.038 óculos que disse constantes no estoque sem documentação fiscal, bem como que prestasse a informação fiscal, conforme ditame do art. 127, § 6º, do RPAF/99.

Às fls. 72/74, o autuante respondeu à diligência, juntando, em duas folhas, planilhas do levantamento efetuado, com a discriminação das mercadorias, que se encontravam acobertadas por documento fiscal e aquelas que não a possuíam, e mais outras duas folhas contendo a memória de cálculo do imposto e o levantamento de preço que serviu de balizamento para a composição da base de cálculo do ICMS, apurado no próprio estabelecimento, conforme cupons fiscais anexados, afirmando que os preços adotados para apuração da base de cálculo foram declinados pela própria empresa.

Em atenção ao quanto solicitado no item 02 da diligência, teceu comentários contestando os pontos que constituíram a peça impugnatória.

Ao final, destacou que *“em virtude de ter sido acostado ao processo documentação fiscal que destina mercadoria a contribuinte outro que não o autuado, e que por um lapso, foi considerada como pertencente ao autuado, fls. 05 a 08, apresenta novo levantamento (fls. 69 e 70), que modifica substancialmente o quantum tributável.”*

O autuado, tomando ciência da resposta à diligência, voltou a se manifestar, afirmando que o autuante ignorou, solenemente, o escopo e objetivo de seus trabalhos, os quais foram delimitados pela JJF, partindo para o “campo” com a intenção de “salvar” o Auto de Infração.

Apresentou suas considerações sobre os procedimentos adotados pelo auditor, destacando ter ele extrapolado o que lhe fora solicitado pela JJF, ao reclassificar as mercadorias e encontrar um excedente de mais 1.763 óculos sem respaldo de documentação fiscal, quando o objetivo da diligência era fixar o valor real dos preços dos produtos considerados na autuação.

Em seguida, sob críticas, indicou diversos erros cometidos pelo autuante, como, por exemplo, não ter considerado o preço do mercado atacadista, consoante dispõe o RICMS, e aplicado o arbitramento da base de cálculo, quando existem meios para se apurá-la, porquanto idôneas as notas fiscais apresentadas, bem como os preços de aquisição das mercadorias nelas constantes não foram, em nenhum momento, contestados.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, de plano, salientou que a peça vestibular encontrava-se acompanhada da Declaração de Estoque, na qual estavam consignadas as mercadorias objeto da infração, cuja contagem física foi acompanhada por preposto e assinou.

Teceu considerações sobre as sustentações do autuado na sua defesa, onde concentrou o seu inconformismo nos preços médios adotados para a base de cálculo do imposto, para, em seguida, frisando os equívocos cometidos pelo autuante, decidir sob os seguintes fundamentos:

“De fato, na análise dos elementos que constam no processo, verifiquei que a base de cálculo encontrada pelo auditor fiscal carece de legalidade, razão porque proposta a diligência para que fosse devidamente saneado e aplicado, de forma correta, os cálculos para a perfeita identificação do quantum devido.

Ocorre que os erros na quantificação do imposto perduraram, mesmo após a realização de diligência, haja vista que o autuante apresentou um novo levantamento, que majorou o valor da autuação, em decorrência de ter se valido de uma série de equívocos na apuração da base de cálculo.

Assim, reclassificou as mercadorias e encontrou um excedente de 1.763 óculos sem respaldo em documentação fiscal, elevando o quantitativo inicial de 2.038 peças para 3.801 desacobertadas, quando o escopo da diligência era o de encontrar o valor real dos preços dos óculos na época do fato gerador da obrigação tributária.

Portanto, a partir de cupons fiscais documentando operações de venda a varejo ocorridas no mês de outubro de 2010, considerou seus preços como sendo o corrente de mercado das mercadorias consideradas no Auto de Infração.

Contudo, o Auto de Infração foi lavrado em 30/01/2009, e não poderia o autuante tomar por base preços das mercadorias de um ano após a ocorrência do fato gerador, e tendo tomado como referência somente as marcas dos óculos, sem levar em consideração outros fatores, tais como modelo, material etc. Ou seja, provavelmente não guardam qualquer relação com os modelos referidos no Auto de Infração, apenas as marcas.

De fato, o auditor fiscal não considerou o preço do mercado atacadista, como dispõe o RICMS/97, art. 56, III, “a”, e praticou outras irregularidades tais como: agrupou produtos com especificações distintas, por marcas, sem levar em consideração os modelos, os materiais e os preços que são diferenciados.

Também não especificou no levantamento inicial, quais os produtos que estariam sem a comprovação de sua origem, ou seja, houve uma desconformidade entre o Termo de Apreensão das Mercadorias e as Declarações de Estoque, que especificam produtos diversos.

Ademais, a base de cálculo foi arbitrada sem fundamentação legal.

Como se não bastasse esses equívocos, constato que a base de cálculo do ICMS foi constituída pela agente de Tributos, conforme declaração de preço corrente no mercado, de fls. 03 e 04, que não era competente para tal mister, posto a competência para a constituição de base de cálculo e lavratura do Auto de Infração é exclusiva dos auditores fiscais. Assim, verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 8.210/02, no Regulamento do ICMS, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, este vício insanável, leva à nulidade, de ofício do lançamento.

Diante de todo o exposto, e ainda diante da insegurança na constituição da base de cálculo do imposto, entendo que deve ser aplicada a Súmula CONSEF nº 01, aprovada pela Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em 22 de julho de 2002, em que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do imposto.

É que a inexistência ou a existência defeituosa de demonstração de como se chegou à base de cálculo do imposto lançado, que permaneça após saneamento efetuado, bem como a perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são fatores que, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/99, levam à nulidade dos procedimentos fiscais.

Neste sentido, há grande quantidade de Acórdãos e Resoluções da lavra das Câmaras do CONSEF, que consideraram nulos diversos Auto de Infração, entre eles os Acórdãos CJF nº 1064/99, 0864/00, 1440/00, 0103/01.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Em decorrência da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a Junta recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 5ª JF que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar o ICMS acrescido de multa, c mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, aut Fiscalização de Trânsito.

Da análise minuciosa da imputação e Decisão recorrida, reputo ter sido o julgamento correto, nesse passo, desmerecendo qualquer reforma, na medida em que os elementos informativos residentes no feito, principalmente os demonstrativos elaborados pelo autuante para encontrar a base de cálculo, apresentam-se desprovidos de fundamentos legais, destacado o aspecto relevante de que, mesmo após a diligência efetuada com o intuito de sanear os cálculos para a correta apuração do *quantum* devido, perduraram, e até se agravaram, os equívocos cometidos na apuração, fato que conduz, indubitavelmente, à nulidade da aludida infração.

Na realidade, o Auto de Infração foi lavrado em 31/01/2009, tendo o autuante, ao cumprir a diligência, utilizado os cupons fiscais de venda a varejo, emitidos pelo próprio autuado, de acordo com o que prevê o art. 938, inciso V, “b”, item 2 do RICMS/97.

Ocorre que, tais cupons fiscais, considerados para formar a base de cálculo, foram emitidos no mês de outubro de 2009, logo, nove meses após a ação fiscal, o que não é aceitável.

Ressalto que o autuante poderia se utilizar dos preços constantes nas Notas Fiscais de aquisições do próprio autuado, acrescentando a MVA correspondente, consoante dispõe o art. 938, inciso V, alínea “b”, item 1, do RICMS/97.

Outrossim, necessário registrar que as irregularidades ocorridas na ação fiscal não se limitam à base de cálculo, porquanto, nos levantamentos de estoque, encontram-se divergências entre quantidades, apresentadas no primeiro (fls. 21 a 23) e no segundo, integrante da diligência solicitada (fls. 67 a 70), como por exemplo: óculos modelo Corolla, 280 unidades no primeiro e 341 no segundo; óculos modelo Opção, 1911 unidades no primeiro e 1965 no segundo.

Diante de tais circunstâncias, sobretudo em razão da grande quantidade de inconsistências apresentadas na ação fiscal efetivada, o que, incontestavelmente, acarreta a ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, a teor do art. 18, inciso IV, do RPAF/BA, ratifico a Decisão da 5ª JJF, na linha da nulidade da imputação, embora com fundamentação diversa.

De todo o exposto e considerando as reiteradas decisões deste CONSEF, as quais corroboram com o entendimento aqui esposado, confirmo a NULIDADE do lançamento e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 5ª JJF, confirmando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 0937136220/09, lavrado contra **MC COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA. (ÓTICAS OPÇÃO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS