

A. I. N° - 170623.0051/06-4
AUTUADO - TERWAL MÁQUINAS LTDA.
AUTUANTE - SUELI SANTOS BARRETO e MÁRIO CÉSAR DE FRANÇA PINHEIRO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 21. 06. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0145-01/10

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 de ofício, 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$213.803,72, acrescido da multa de 70%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS 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;

02 – deixou de recolher o 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.

O autuado ingressou com impugnação às fls. 484 a 498, requerendo, preliminarmente, que fossem fornecidos todos os relatórios impressos, comprobatórios das infrações, sendo reaberto seu prazo de defesa, sob pena de cerceamento de defesa. Salienta que devido à impossibilidade de abrir e manejar todas as 17 planilhas listadas na intimação, constantes em meio magnético (CD), solicitara à autuante, Sr^a. Sueli Barreto, que lhe disponibilizasse os impressos do material, quando lhe foram entregues apenas duas planilhas.

Observa que apesar de o seu preposto ter assinado o recibo de entrega seja reconhecido o equívoco cometido no fornecimento dos do ACÓRDÃO JJF N.º 0145-01/10

possibilidade do exercício do amplo direito de defesa, tendo em vista ser de grande importância a verificação minuciosa do material, em especial os preços médios praticados e a possibilidade de inexistência de erros de fato, assim como do cumprimento das orientações pertinentes à matéria.

Cita e transcreve a ementa e trecho do voto correspondentes à Resolução JJF nº. 1505/98, deste CONSEF, que julgou nulo Auto de Infração referente a caso análogo, considerando que os elementos do processo não asseguravam o direito de ampla defesa do autuado.

Apesar de convencido quanto à necessidade de saneamento do Auto de Infração através da entrega da documentação complementar, atacou o mérito das infrações. Quanto à infração 01, 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.

Por essa razão, decidiu investir fortemente em logística, estabelecendo-se, em outubro de 2005 em uma loja ampla, passando a monitorar seu estoque através de sistema fechado de vídeo. Enfatiza que desde então as perdas foram minimizadas e, assim, se for confirmada alguma omissão, não decorrerá da intenção de lesar o fisco. Ressalta que as operações com ICMS foram registradas nos livros fiscais próprios ou através de sistemas cuja alimentação fica a seu próprio cargo, evidenciando a sua lisura e boa-fé.

Aduz que a auditoria foi baseada em um *software* à distância, realizando os trabalhados na repartição fiscal, sem confirmar o procedimento *in loco*, através de discussão, nem por meio de averiguação pela 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 operações realizadas pelo impugnante nem se discutiu a respeito dos resultados, objetivando checar erros de fato ou de procedimento.

Afirma ter constatado a ocorrência de *bis in idem* na 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), fato que já provoca uma enorme distorção na apuração da omissão de saídas, motivo pelo qual requer a realização de diligência. Considerando que uma amostra documental basta para caracterizar o erro de procedimento e justificar a diligência, anexa documentos às fls. 499 a 535.

Alega que existem casos de diversas saídas apontadas como omitidas, cujos documentos fiscais existem e encontram-se à disposição da fiscalização. Também neste caso, em decorrência do grande volume de documentos, solicita que se verifiquem os itens nos códigos 34019, 34081 e 34107, dentre os documentos acima indicados.

Salienta que, ao utilizarem um sistema estranho à sua contabilidade, os autuantes realizaram um quase arbitramento, com inversão do ônus da prova, para fundamentar o lançamento sem qualquer permissivo legal, desde quando cabe ao fisco suportar documentalmente a autuação. Citando Marco Aurélio Greco, Hugo de Brito Machado e José Souto Maior Borges, argumenta que quando o fisco não apresenta elementos de prova para a sua ação, não cabe ao contribuinte produzir a prova negativa ou prova impossível, porém demonstrar que a exigência contém vícios, podendo significar, além disso, a ocorrência de erro material de fato ou de procedimento.

Enfatiza 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, conforme ensinamentos de Ulhôa Canto, que transcreveu. De acordo com o artigo 150, *caput*:

Nacional), nos casos de tributos como o ICMS, cujo lançamento se dá por homologação, torna-se imperativa a perfeita apresentação da prova correspondente ao lançamento de ofício.

Alega que o princípio da verdade material no processo administrativo é incompatível com o lançamento baseado exclusivamente em premissas dogmáticas e padronizadas, sem a indispensável averiguação dos fatos objeto da incidência tributária. Com base em lições de Aurélio Pitanga Seixas Filho, cabe ao julgador considerar os fatos tributários como na realidade aconteceram, objetivando descobrir a verdade material, não se detendo em formalismos.

Requer que, após a realização de diligência para a verificação da documentação citada, esse item da autuação seja anulado ou julgado improcedente e cancelado.

Tratando sobre a infração 02, discorre a respeito do conceito da presunção de omissão de saídas, observando que a hipótese de incidência presumida, neste caso, tem como pressuposto a falta de contabilização de entradas.

Aduz 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 a 538).

Assevera que como as entradas foram contabilizadas no estoque contábil-fiscal e no livro Registro de Inventário, não se pode falar em operação paralela ou ilícita, que desse causa à presunção.

Salienta que também neste caso ocorreu *bis in idem*, por terem sido 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), conforme fls. 539 a 547. Repete o pedido de realização de diligência.

Argumenta que, mesmo sendo válida a presunção de omissão de saídas tributadas anteriores, 100% das operações de saídas nos exercícios objeto das infrações 01 e 02 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 nº.s 52/91 e 65/93). Entende que sendo a infração considerada procedente, necessariamente deve ser observado o referido benefício na apuração do montante do débito.

Salienta que a falta de consideração da existência da redução da base de cálculo, representaria uma fuga da realidade dos fatos, ingressando-se no extremo da ficção jurídica, o que viria a se constituir na composição de uma base de cálculo arbitrária, de acordo com os ensinamentos de Marçal Justen Filho.

Frisa que não discorreu 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.

Finaliza, requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e cancelado. Protesta, ainda, por todos os meios de prova admitidos em direito, in
de documentos.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 558 a 561, quando contestaram o pleito referente à apresentação de todos os relatórios impressos e à reabertura do prazo de defesa, salientando que antes da lavratura do Auto de Infração apresentaram os demonstrativos emitidos para conferência, propiciando, assim, uma análise minuciosa do material e, em seguida, após as retificações processadas, o contribuinte ficou ciente da apuração das infrações apontadas. Asseveram que o impugnante dificultou a conclusão da ação fiscal, o que fica demonstrado nas solicitações de prazos e recusa da assinatura do Auto de Infração, objetivando ganhar tempo.

Asseguram não ter pertinência a alegação de que o preposto do autuado recebera a documentação sem conferi-la, tendo em vista que lhe foram disponibilizadas todas as planilhas, tanto em meio magnético como em material impresso. Posteriormente, acatando o pedido específico, em 15/01/2007 foram entregues novas cópias dos demonstrativos comprobatórios das infrações, conforme recibo à fl. 562, quando o fato foi registrado criteriosamente.

Abordando as argumentações relativas à infração 01, afiançam que as mesmas não convencem, já que o autuado reconhece a existência da omissão, ao afirmar que dentre os itens comercializados muitos são suscetíveis a diversos tipos de extravio, muitas vezes sem formalização documental e sem que fossem adotadas as providências necessárias à sua regularização fiscal.

Realçam que o impugnante tenta justificar as saídas não comprovadas de mercadorias tributáveis, camuflando suas responsabilidades perante o fisco estadual. Frisam que, ademais, as diferenças apuradas não se referem apenas a “mercadorias miúdas”, como foi alegado.

Quanto à infração 02, dizem que considerando a alegação de ter ocorrido a contagem como saídas tanto das notas fiscais de faturamento como de simples remessa, o que resultaria em duplicidade no cômputo das saídas, revisaram o lançamento, constatando que assistia razão ao autuado tão somente no que se refere às saídas através do código 5922, tendo elaborado novos demonstrativos (fls. 563 a 578), resultando na alteração do valor do débito atinente a essa infração, que passou de R\$135.229,03 para o montante de R\$77.582,24, ocasionando uma inversão na omissão originalmente detectada, caso em que a omissão de saídas passou a representar o maior valor monetário.

Salientam que revisaram de igual modo os levantamentos relativos à infração 01 (exercício 2005), não tendo sido apurada nenhuma divergência, ficando confirmado o débito no valor de R\$78.574,69. Assim, o total do débito passou para o valor de R\$156.156,93.

Indicam estar anexando um arquivo em CD, contendo demonstrativos com os resultados referentes aos exercícios de 2004 e 2005, onde apontam as saídas, as entradas e as diferenças do ICMS devido, por produto. Sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Às fls. 692 a 695 constam Recibo de Arquivos Eletrônicos, arquivo em CD relativo ao levantamento quantitativo de estoques dos exercícios de 2004 e 2005, Aviso de Recebimento-AR e Termo de Intimação relativo à ciência da informação fiscal.

O autuado apresentou uma réplica à informação fiscal, às fls. 697 a 701, pleiteando a nulidade da infração 02, tendo em vista que a fiscalização substituiu a omissão de entradas, inicialmente indicada, por omissão de saídas. Consigna que houvera apontado sérias inconsistências no levantamento relativo à omissão de entradas, tendo em vista 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. Salienta que a 2ª Câmara e algumas Juntas de Julgamento do CONSEF estão considerando a proporcionalidade na metodologia para apuração da base de cálculo por omissão de entradas.

Destaca que ao se conscientizarem da inconsistência da metodologia adotada, substituíram o levantamento da infração, de omissão de entradas para vista que este resultado fizera parte da auditoria para identificar

lançamento original. Observa que tendo sido identificadas, inicialmente, as duas omissões, os autuantes optaram pela maior – a de entradas –, porém não procederam ao lançamento da infração por omissão de saídas.

Salienta que ao excluírem os lançamentos referentes ao código 5922, os autuantes simplesmente consideraram os cálculos já existentes na planilha do Sistema SAFA referentes à omissão de saídas, portanto idênticos aos cálculos da planilha apresentada quanto da informação fiscal, diferentes apenas nas datas de emissão. Entende que ao procederem dessa maneira, os autuantes implicitamente reconheceram a existência de erro não passível de correção, nos termos do art. 47 do RPAF/99, bastante para motivar a anulação da infração, até mesmo por determinação do inspetor fazendário.

Assevera que, estando demonstrado que foi apresentada uma base tributável totalmente estranha àquela utilizada na autuação, não resta alternativa à JJF senão proceder à anulação da infração, objetivando sanear o procedimento, sob pena de cerceamento de defesa e óbice ao contraditório.

Por medida de precaução, ataca o mérito da autuação, mesmo prejudicada pelos motivos citados. Ao tratar sobre a infração 01, repete os argumentos referentes à consideração em duplicidade das saídas de mercadorias em operações de venda para entrega futura e aos casos nos quais para diversas operações de saída tidas como omitidas, os documentos fiscais tinham sido emitidos. Considerando as distorções que tais inconsistências provocam nos resultados da omissão de saídas, pleiteia a realização de diligência, lembrando já tinha anexado, por amostragem, a documentação comprobatória. Pugna pela anulação ou improcedência desse item da autuação.

Versando sobre a infração 02, sustenta que a defesa foi bastante prejudicada pela exiguidade do prazo de 10 (dez) dias concedido, tendo em vista o grande volume de documentos a serem analisados, para que sejam comprovadas pontualmente as suas argumentações, que apesar de seguir a mesma linha da infração anterior, houve prejuízo na produção e apresentação de amostra documental, a fim de caracterizar o erro de procedimento, o que seria bastante para justificar a necessidade de diligência.

Na hipótese dessa infração não ser anulada, requer, como medida paliativa, a reabertura do prazo de defesa, acompanhado de todos os elementos correspondentes, de modo a possibilitar a inovação de sua apuração.

Pede, ao final, que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e cancelado. Protesta, mais uma vez, por todos os meios de prova em direito admitidos.

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal às fls. 712 a 715, quando afiançaram que não procede o entendimento defensivo concernente à alteração processada em relação à infração 02, tendo em vista que na apuração inicial tinham sido detectadas diferenças tanto de entradas como de saídas, quando foi cobrada a de maior expressão monetária. Com a revisão, foram feitas as retificações pertinentes, quando a omissão de saídas passou a representar o maior valor monetário, como tinha ocorrido em relação à infração 01.

Mantêm a ação fiscal, nos valores apresentados quando da informação anterior.

Considerando a arguição defensiva de que as operações de saídas objeto da autuação tiveram redução da base de cálculo; considerando que em razão da alegação do autuado de que não acessara os arquivos disponibilizados em CD, lhe foram entregues novos demonstrativos, com a concessão de 10 (dez) dias para apresentar nova impugnação; considerando que em relação à infração 01, o contribuinte alegou que ocorreu contagem em duplicidade de saídas de mercadorias através de venda para entrega futura, computando-se como omissão de saídas faturamento como as de simples remessa, anexando os documentos de notas fiscais relativas a diversas saídas apontadas como omitidas, so

título de exemplo, os itens relativos aos códigos 34019, 34081 e 34107; considerando que no caso da infração 02, o autuado afirmou que algumas movimentações de mercadorias se referiram a ajustes do estoque, fatos esses registrados nas planilhas de controle “CARDEX”, devidamente contabilizadas (fls. 536 a 538) e que ocorreu o cômputo em duplicidade de entradas de mercadorias realizadas através de compra para entrega futura, tendo sido consideradas como omissão de entradas, tanto as notas fiscais de faturamento como as de simples remessa (fls. 539 a 547); e que na revisão da fase de informação fiscal ocorreria mudança de omissão de entradas para omissão de saídas, implicando em dificuldade para elaboração da defesa: a 1^a JJF deliberou pelo envio do processo à ASTEC/CONSEF (fls. 718/719), para que diligente revisor adotasse 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 acima apontados, 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.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao sujeito passivo, cópias reprográficas do Termo de Diligência e de todos os elementos elaborados pelo diligente, devendo ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias para que ele, querendo, se manifestasse. Nesse caso, deveria ser dada ciência aos autuantes, para que elaborassem informação fiscal.

Através do Parecer ASTEC nº. 032/2008 (fls. 721 a 724), a diligente informou que a análise das notas fiscais e demais documentos apresentados pelo autuado geraram os resultados que passou a delinear.

No que se refere à primeira solicitação, o autuado foi intimado (fl. 725) a apresentar documentos e demonstrativos das diferenças das entradas, saídas e estoques concernentes às alegações oferecidas na defesa, tendo apresentado manifestação às fls. 726 a 730, acompanhada de notas fiscais de entrada e de saída, por amostragem, referentes ao exercício de 2005. No entanto, não apresentou outros documentos a respeito das demais alegações, para que fossem avaliados.

Quanto à segunda solicitação, no que concerne à infração 01, conferiu os dados referentes às mercadorias constantes das notas fiscais apresentadas pelo autuado às fls. 731 a 783, assim como aquelas já constantes dos autos às fls. 499 a 578, sendo conferidos com os elementos existentes no levantamento fiscal, realizando os ajustes em relação às quantidades que apresentaram incorreções no levantamento fiscal, conforme demonstrou.

Após a realização dos ajustes nas entradas e nas saídas das mercadorias, excluiu os valores correspondentes às bases de cálculo e ao ICMS que não resultavam em diferenças na apuração do estoque, em conformidade com quadro demonstrativo, onde indica que as exclusões resultaram no valor de R\$37.869,28, o que propiciou a alteração do débito de R\$78.574,69 para R\$40.705,41.

Esclarece que em relação à infração 02 o autuado não apresentou nenhum documento relativo a suas alegações, prevalecendo o valor de R\$77.582,24, constante da informação fiscal (fl. 713).

Concluindo, salienta que os dados apresentados pelo impugnante foram confrontados com o levantamento fiscal, resultando na retificação das quantidades consignadas incorretamente, sendo excluídos das bases de cálculo e do imposto os valores correspondentes. Assim, após as retificações, apresenta os demonstrativos de débito para a infração 01, no valor de R\$40.705,41 e para a infração 02, no valor de R\$77.582,24.

Na manifestação de fls. 726 a 730 o autuado transcreveu o Termo com argumentos contrários à mudança ocorrida em relação à infração 02,
ACÓRDÃO JJF N.º 0145-01/10

omissão de saídas, acrescentando que não consta 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. Lembra que já tinha requerido a nulidade dessa infração ou ao menos que lhe fossem entregues os elementos concernentes à nova imputação, com a reabertura do prazo de defesa referente ao novo lançamento.

Assevera que diante do reconhecimento expresso pelos autuantes em relação às inconsistências apontadas pelo impugnante, caberia à JJF proceder à anulação da infração, visando sanear o procedimento, sob pena de cerceamento de defesa e óbice ao direito ao contraditório.

Salienta que os casos de distorção das saídas verificados na infração 01, por consistência dos procedimentos de checagem do Sistema SAFA, também devem ocorrer na infração 02.

Falando sobre a infração 01, reprisa que os autuantes não consideraram as alegações de ocorrência de *bis in idem* em relação às saídas decorrentes de operações de venda para entrega futura e que em relação a diversas saídas tidas como omitidas, os documentos fiscais existem e se encontram à disposição da fiscalização.

Alega que, para atender contrato de licitação junto a empresas públicas, muitas vezes emitia faturas mesmo sem a existência dos produtos em estoque e quando ocorria a entrada real dos produtos, efetuava o lançamento inverso, estornando a primeira entrada e consignando a entrada real. Salienta que esta sistemática gerou, no sistema SAFA, a falsa imputação de ocorrência de duas entradas para uma mesma operação, decorrente de uma falsa omissão de saída.

Argumenta que essa mesma situação se verificava quando um cliente necessitava de uma nota de fatura antecipada para fins de obtenção de financiamento da compra perante instituições financeiras, quando era emitida uma nota fiscal sem a correspondente entrega do produto, que inexistia em seu estoque, através de uma movimentação fictícia para iludir o sistema de gerenciamento do estoque. Ressalta que em razão do grande volume da documentação para verificação de cada caso, não lhe restou alternativa que não a apresentação, de modo ilustrativo, de notas fiscais para comprovar esses eventos.

Enfatiza ser impossível o atendimento à intimação apresentada pela diligente, no sentido de que o próprio autuado revisasse o levantamento realizado pelo sistema SAFA da Sefaz, sem a utilização dessa ferramenta, considerando o grande volume de material a ser compulsado e tendo em vista aspectos técnicos concernentes aos dados repassados pelo sistema SINTEGRA. Não entende pertinente que se pretenda que o próprio autuado ajuste os trabalhos de auditoria.

Observa não existir nos autos a comprovação da existência de qualquer nota fiscal que não tenha sido registrada ou interceptada pela fiscalização do trânsito de mercadorias. Daí, conclui que em alguns casos os autuantes se equivocaram na análise dos dados do sistema SAFA e em outros o contribuinte cometeu falhas no sistema de controle de estoques.

A falta dos documentos elaborados pelos fiscais impede que os levantamentos sejam comparados com os respectivos documentos fiscais e contábeis, uma vez que os impressos gerados pelo sistema SAFA não podem ser considerados como documentação fiscal probante. Como o trabalho realizado pelos autuantes é destituído de lastro documental, gera a inversão do ônus da prova para o impugnante, quando cabe aos autuantes suportar documentalmente o Auto de Infração.

Cientificado sobre o resultado da diligência (fls. 785 e 786), o autuado reproduziu às fls. 789 a 793, a manifestação constante às fls. 726 a 730.

Considerando que na diligência anterior fora deliberada a reabertura do prazo de defesa, tendo em vista que haviam sido entregues novos demonstrativos ao autuado, concedido o prazo de 10 (dez) dias; considerando as alegações de que foram entregues os demonstrativos do novo lançamento que gerou a omissão de saídas, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para que o autuado apresente os elementos concernentes à nova imputação, com a reabertura do prazo de defesa referente ao novo lançamento.

infração 02 e como no CD disponibilizado ao contribuinte (fl. 693), esses demonstrativos não foram identificados; considerando que o contribuinte arguira em relação à infração 01 a duplicidade de lançamentos em referência às notas fiscais de faturamento (códigos 5117 e 6117) e de simples remessa (códigos 5922 e 6922), enquanto que os autuantes informaram à fl. 560 que ao revisar o levantamento retificaram a infração 02, não trazendo elementos que permitissem uma perfeita compreensão de tais modificações; considerando que ao se manifestar sobre a diligência, o contribuinte insistiu que existem diversos inconsistências no levantamento fiscal, sem que os autuantes tivessem se pronunciado a respeito; considerando que o autuado se insurgiu contra a determinação contida na intimação emitida pela diligente, para que elaborasse demonstrativo apresentando as diferenças do levantamento que fora executado através do sistema SAFA, por entender não ter pertinência que o contribuinte ajuste os trabalhos de auditoria: a 1^a JJF deliberou pelo envio do processo à INFRAZ Varejo (fls. 809 e 810), para que os autuantes adotassem as seguintes providências:

- 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 05 (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.

Em seguida, deveriam ser entregues ao sujeito passivo cópias reprográficas de todos os elementos elaborados pelo diligente e dos dois termos de diligência, devendo ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias para que ele, querendo, se manifestasse. Havendo manifestação do autuado, os autuantes deveriam prestar informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

Em resposta ao pedido de diligência, os autuantes informaram às fls. 813 e 814 que não poderiam atender as determinações correspondentes, tendo em vista os seguintes pontos:

- 1) no que se refere ao pedido de juntada dos demonstrativos concernentes à revisão procedida na informação fiscal, contemplando, inclusive, os ajustes introduzidos pela ASTEC, ressaltam que os demonstrativos e levantamentos relativos à revisão fiscal são da lavra da ASTEC, a quem competia a sua juntada, não cabendo aos autuantes o preparo do processo, de modo que este item deveria ser cumprido pela referida assessoria do CONSEF ou quem esta bem entendesse;
- 2) quanto à determinação para que o contribuinte fosse intimado a apresentar a documentação concernente ao período compreendido pela autuação, entendem que tal providência também é de competência da ASTEC, razão pela qual se mostram impedidos de cumpri-la;
- 3) em relação 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 as alegações do contribuinte, não se justificando, assim, o item “4”, que trata da elaboração de novos demonstrativos.

Ratificam os termos da informação fiscal apresentada anteriormente.

Sendo cientificado a respeito do resultado da diligência, o autuado se manifestou às fls. 821 a 825, quando reproduziu o conteúdo do termo de diligência requerida pela 1^a JJF e as respostas disponibilizadas pelos autuantes, apresentando comentários a respeito de cada item.

No que se refere à infração 01, alega que a ASTEC em sua diligência fiscal considerou para abatimento apenas os documentos ilustrativos anexados aos autos, abatendo os seus valores da base de cálculo.

Registra que tendo a 1^a JJF determinado que os autuantes verificassem a documentação comprobatória que se encontrava na empresa e os considerassem em lançamento retificador, os Auditores Fiscais se negaram solenemente a cumprir a determinação do CONSEF, não efetuando qualquer intimação ao contribuinte para juntada de novos documentos e nem efetuaram qualquer outra forma de verificação, negando-se a realizar a revisão.

Argumenta que uma atitude dessa natureza indica a existência de cerceamento de defesa em prejuízo aos princípios da verdade material e do devido processo legal, tornando nulo todo o conteúdo do lançamento fiscal.

Sobre a infração 02, observa que havia apontado sérias inadequações no levantamento quantitativo por omissão de entradas, o que conduziu os autuantes a simplesmente substituir o levantamento de omissão de entradas por omissão de saídas, já que essa apuração fizera parte da sua auditoria para identificar a maior das ocorrências para efeitos de lançamento. Repete que não consta nos autos nem lhe foram disponibilizados os demonstrativos do novo lançamento.

Assevera que diante das evasivas dos autuantes quanto à apresentação dos documentos de suporte à nova configuração da infração 02, sem cumprir a diligência, não restar à 1^a JJF outra alternativa, senão a de proceder à anulação da infração, visando sanear o procedimento, na forma prevista na legislação pertinente, sob pena de cerceamento de defesa e óbice ao contraditório.

Argumenta que ao deixar de intimar o contribuinte a apresentar qualquer documentação adicional que julgasse importante ao deslinde da questão, conforme consta da diligência, os autuantes deixam patente que não dispõem dos documentos de suporte à autuação, que inclusive não constavam do CD que fora entregue ao deficiente quando da ciência da autuação.

Realça que com base em seu dever funcional, a atitude dos autuantes se traduz em completa negativa de cumprir os passos necessários ao procedimento de uma verdadeira auditoria de estoque bem como, em relação ao atendimento dos trâmites do PAF, desrespeito aos princípios da busca da verdade material, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Aduz que os autuantes não estão envolvidos sequer com a elucidação das mais basílicas incumbências inerentes ao trabalho de mera checagem informatizada de dados fornecidos pelo contribuinte, que foram mal interpretados pelo programa padrão utilizado pelo fisco.

Alega que em relação à Infração 02, fica definitivamente comprovado que nem os autuantes são capazes de demonstrar o levantamento, que partindo de uma infração tipificada como omissão de entradas, foi convertida em infração caracterizada como omissão de saídas. Reitera o requerimento para que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e cancelado.

Um dos autuantes se pronunciou à fl. 838, ressaltando que o impugnante tenta confundir, porém sem demonstrar, de forma clara, as operações que efetuara. Frisa que o autuado extrapola sua alçada, quando tenta determinar o que os autuantes devem fazer, lhe cabendo apenas apresentar sua defesa, com base em documentos fiscais. Realça que o contribuinte contesta a diligência realizada pela ASTEC, porém sem apresentar demonstrativos que provem suas alegações. Reitera que a infração fiscal de fls. 813 e 814.

Considerando 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;

considerando 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;

considerando que ao se 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 implicaria 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;

considerando 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;

considerando as alegações defensivas de que não lhe foram entregues os demonstrativos concernentes às modificações realizadas pelos autuantes na fase de informação fiscal, que resultaram na modificação da imputação referente à infração 02, de omissão de entradas para omissão de saídas e tendo em vista que o CD disponibilizado ao contribuinte (fl. 693) não identifica esses demonstrativos, não tendo sido oferecidos, desse modo, os elementos que permitissem uma perfeita compreensão das modificações processadas;

considerando que consta no parecer da ASTEC que ao atender à intimação o contribuinte apresentaria 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;

considerando 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);

considerando, por fim, que o processo administrativo fiscal é regido, dentre outros, pelos princípios da verdade material, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório:

A 1ª JJF deliberou pela conversão do processo em nova diligência à INFRAZ Varejo (fls. 841 e 842), para que o Inspetor Fazendário designasse Auditor Fiscal estranho ao feito para que revisasse o lançamento fiscal, quando deveriam ser adotadas as seguintes providências:

1) intimase o sujeito passivo a disponibilizar todos os documentos fiscais correspondentes às situações por ele indicadas, em relação às quais alega existirem ~~incumprimentos no lançamento~~ atinente às duas infrações, quando deveria ser concedido o prazo de 10

- 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.

Observou-se 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.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas de todos os elementos e informações elaborados pelo diligente, bem como do Termo de Diligência, quando deveria ser informado ao autuado quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias para que ele, querendo, se manifestasse nos autos. Nesse caso, deveria ser dada ciência aos autuantes.

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

Em seguida, a diligente 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:

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 0000000000874X, 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 aparecerem iguais no relatório;

2º) na pág.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 aparecerem 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, tendo em vista a mudança de vários equipamentos na INFRAZ 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 a mercadoria de código 00000000030466 e no levantamento quantitati

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.

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

Após ser cientificado a respeito do resultado da diligência, o autuado se manifestou às fls. 858 a 861, quando reproduziu trechos da informação prestada pela diligente, registrando o seu respeito e admiração pela postura da Auditora Fiscal revisora, que pela primeira vez no processo, teve a coragem e a honestidade de registrar com imparcialidade os fatos que envolvem o lançamento e que já vinham sendo arguidos desde a primeira manifestação da defesa, conforme detalhou:

1 - a auditoria através do Sistema SAFA somente indica falhas no seu controle interno, enquanto que os documentos que acompanham a autuação não são suficientes para indicar, com precisão, onde se encontram tais equívocos, para que a defesa possa se manifestar item a item;

2 – sequer as diferenças apuradas em decorrência de saídas por operação de simples remessa foram integralmente expurgadas, pois somente foram aceitas aquelas identificados pelo autuado através da análise das próprias notas fiscais, por amostragem, uma vez que as ocorrências se verificaram às centenas, fazendo-se necessária uma reprogramação do SAFA para o expurgo integral dos itens;

3 – a fiscalização buscou inverter o ônus de instrumentalização do lançamento, desprezando a grande quantidade de notas fiscais que lhe foram entregues e solicitando ao contribuinte uma planilha de ajuste, a qual é inviável sem a utilização do SAFA, devido ao volume do material a ser compulsado e aos aspectos técnicos atinentes à análise dos dados repassados pelo SINTEGRA;

4 – não existe nos autos a identificação sequer de uma nota fiscal que não tenha a sua entrada registrada ou a verificação física de qualquer mercadoria constante do estoque que não tenha sido devidamente registrada no competente livro fiscal;

5 – quanto à infração 02, a defesa se tornou totalmente inviável, pois foi substituído o lançamento que apurou omissão de entradas para omissão de saídas, porém sem serem disponibilizados ao contribuinte os novos demonstrativos ou lançamento retificador por omissão de saídas, caracterizando cerceamento do direito de defesa e óbice ao direito ao contraditório;

6 – também devido à falta desses demonstrativos, não foi possível cumprir, nem sob a forma de amostragem, ao quanto requisitado na diligência concernente a essa infracão:

7 - já na réplica às informações fiscais apresentadas pelo autuante, havia requerido a nulidade da infração 02 ou que pelo menos lhe fossem fornecidos os elementos caracterizadores da nova infração, com a reabertura do prazo para defesa do novo lançamento;

8 – a própria fiscalização não dispõe desses elementos na sua versão eletrônica e as supostas planilhas de papéis de trabalho que suportam o lançamento são tão deficientes que não propiciam suporte ao próprio fisco para que seja feita revisão do Auto de Infração. Nessas circunstâncias, o contribuinte não pode produzir uma defesa eficaz;

9 – fica patente que o lançamento de ofício carece de liquidez e certeza para a apuração do valor devido, sendo nulo, por incerteza de uma de suas prerrogativas de validade e eficácia.

Reitero o pleito para que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e cancelado.

VOTO

Constato 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 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.

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 pudesse 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 torna 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 da sua defesa, assim como ao entendimento por parte do julgador do alcance relativo às infrações imputadas ao contribuinte, conforme detalharei em seguida:

1) apesar de insistentemente requeridos pelo contribuinte e de a 1^a 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 foi 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. É 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 definida nas normas, tanto na fiscalização em estabelecimentos quanto no trânsito de mercadorias. As normas estabelecidas no decreto nº 10.000/2009, que institui o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), e o Decreto nº 10.001/2009, que regulamenta o ICMS, não estabelecem a base de cálculo para os impostos incidentes sobre os lançamentos de mercadorias que são feitos por meio de sistemas de computadorizados, que não possuem a capacidade de fornecer a base de cálculo para o imposto.”

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 comprehensiva, 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 imponíveis, bem como a ausência da necessária transparência nos papéis de trabalho acostados aos autos, implicam em ofensa ao direito do 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 170623.0051/06-4, lavrado contra TERWAL MÁQUINAS LTDA., representando-se à repartição fazendária competente, para providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/99.

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, 07 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMU

Created with

 **nitroPDF** professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional