

PROCESSO - A. I.Nº 206882.0326/05-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ELSONS DISTRIBUIDORA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0054-02/10
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 05/05/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-12/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. As arguições de erros no levantamento foram acolhidas pelo autuante, contudo o demonstrativo que trazem os ajustes nas infrações 03, 04 e 05, elaborado pelo autuado, não se faz acompanhar de levantamento analítico comprobatório de que seus dados estejam corretos, pois estes não foram fornecidos pela autuante, apesar de solicitados através de diligência. Não se pode conhecer quais as notas fiscais de entradas que foram modificadas, bem como as de saídas, com os respectivos valores, quantidades e levantamento de preços médios. Assim, ficou evidente a aplicação do que dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, uma vez que não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a ocorrência das infrações 3, 4 e 5, o que resulta na nulidade das mesmas. Infrações nulas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou parcialmente procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 29/12/2005, para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$435.351,79, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de seis infrações, entretanto apenas três transcritas abaixo são objeto do presente Recurso de Ofício:

Infração 03 – falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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 realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em

exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 216.339,44, multa de R\$ 70,00;

Infração 04 - *falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 156.141,62, multa de 70%;*

Infração 05 - *falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacampado de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, identificado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS no valor de R\$62.620,24, multa de 60%;*

A 2ª JJF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração Parcialmente Procedente, reduzindo a exigência fiscal para o valor de R\$ 250,49 com base nas considerações a seguir transcritas, a partir do voto proferido pelo ilustre relator de primeira instância que decidiu pela nulidade das infrações 3, 4 e 5 e pela procedência das infrações 1, 2 e 6, *in verbis*.

(...)

“O autuado reconhece a procedência das infrações 01, 02 e 06, para as quais não verifico haver ilegalidade em sua imputação, razões pelas quais as considero subsistentes.

Quanto às infrações 03, 04 e 05, que indicaram descumprimento de obrigação principal, apurado através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, o autuado argui que adquire mercadorias em caixas fechadas e efetua as vendas, tanto em caixas como em unidades, aduz que, por falha do sistema do impugnante, no ano de 2003, as informações enviadas ao SINTEGRA apresentaram divergências induzindo a autuante a cálculos inexatos nas entradas e saídas das mercadorias e na apuração do preço médio. Assegura que enviou os arquivos retificadores do SINTEGRA do ano de 2003, representando a real movimentação de mercadorias. Com base nos quais apurou os valores das infrações de números 03, 04 e 05.

Conclui, com base em seu levantamento, que a Infração 03 deve ser reduzida a exigência de R\$216.339,44 para R\$ R\$356,94; Infração 04 – reduzida de R\$156.141,62 para R\$60,62 e Infração 05 reduzida de R\$62.620,24 para R\$187,84.

A autuante reconhece o erro e acolhe os ajustes efetuados pelo autuado.

A 1ª JJF pede diligência à ASTEC para se certificar dos ajustes efetuados pelo autuado e acolhidos pela autuante. O diligente sugere que o PAF seja encaminhado a INFATZ de origem para que a autuante anexe os demonstrativos analíticos retificadores dos originais de fls. 22/25, 26/27, 28/29, 30/31, 32; 33, 34/730, que refletem os valores do seu demonstrativo sintético de fl. 903, a fim de que se possa atender a solicitação da Junta de Julgamento.

A 2ª JJF converte o PAF em diligência à INFATZ DE ORGIEM para que a autuante anexe os demonstrativos analíticos retificadores dos originais de fls. 22/25, 26/27, 28/29, 30/31, 32; 33, 34/730, que refletem os valores do seu demonstrativo sintético de fl. 903, que trazem as retificações, acima alinhadas. A autuante responde afirmando que foi acordado com a empresa como sendo admitido o levantamento constante no anexo II da peça defensiva, como contemplativo das últimas alterações do arquivo magnético, providenciadas pelo sujeito passivo. Afirma a autuante que não foram confeccionados novos demonstrativos analíticos retificadores dos originais de fls. 22/25, ficando prejudicada a solicitação da JJF.

Conforme já relatado os ajustes efetuados pelo autuado e acolhidos pela autuante para a Infração 03 resulta na redução da exigência de R\$216.339,44 para R\$356,94; Infração 04 – de R\$156.141,62 para R\$60,62 e Infração 05 de R\$62.620,24 para R\$187,84. Na verdade se trata de uma redução do crédito tributário exigido originalmente em valores históricos de R\$ 435.101,30.

O demonstrativo, de fls. 875 a 878, que traz os ajustes nas infrações 03, 04 e 05, elaborado pelo autuado, não traz prova no PAF de que seus dados estejam corretos, como também não puderam ser comparados com os analíticos retificadores da fiscalização, pois estes não foram fornecidos pela autuante ou mesmo pelo autuado. Não se pode saber quais as notas fiscais de entradas que foram modificadas, bem como as de saídas, com os respectivos valores, quantidades e levantamento de preços médios.

Assim, ficou evidente a aplicação do que dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, uma vez que não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a ocorrência das infrações 03, 04 e 05, apesar de diligência solicitada, o que resulta na nulidade das mesmas.

“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 Infaz de Origem, para que seja efetuada nova ação fiscal para apurar a exigência do crédito tributário, caso devido, a salvo dos erros formais ora apontados.

(...)

*Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, devendo ser homologado o quanto recolhido”.*

Na assentada de julgamento do dia 06/04/2011, a representante da PGE/PROFIS, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, diante dos fatos trazidos neste relatório, sugeriu que as cópias das diligências determinadas pelas instâncias de julgamento, as manifestações do fiscal autuante, em sede de informação fiscal e atendimento às diligências solicitadas, bem como os acórdãos da JJF e CJF, inclusive este, sejam verificados pela autoridade fazendária hierarquicamente superior a autuante e, após, adote as providências que entender necessárias.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 2ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0054-02/10 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação às infrações 3, 4 e 5, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal não merece reforma, senão vejamos.

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2005, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória que monta em R\$435.351,79, entretanto, a 2ª JJF decide por exonerar o contribuinte de parte do quanto lhe é exigido, reduzindo a exigência fiscal para R\$250,49. Tal julgamento deriva do fato de que as infrações 1, 2 e 6 foram reconhecidas pelo contribuinte, e as infrações objeto do presente Recurso de Ofício foram julgadas nulas.

Verifico, inicialmente, que diante da acusação fiscal o contribuinte se insurge e contraria a referida acusação apontando o que a seu ver, seriam os valores a serem exigidos. A autuante reconhece o equívoco e acolhe os ajustes indicados pelo contribuinte.

A JJF converte o PAF em diligência para que fossem colacionados aos autos os demonstrativos que levaram a autuante a alcançar os números estampados em seu demonstrativo sintético de fls. 902/903. Da cabal resposta à diligência requerida, fls. 939/940, dada pela fiscal autuante, transcrevo:

“... Vale dizer, que foi firmado entendimento com base nos anexos apresentados pela própria empresa, diante de falhas no cadastramento de mercadorias, que prejudicaram o levantamento quantitativo original, sendo admitido o levantamento constante no Anexo II da peça defensiva, como contemplativo das últimas alterações do arquivo magnético, providenciadas pelo sujeito passivo.

Diante disso, esclarecemos que na elaboração das novas informações pelo autuante, não foram confeccionados novos demonstrativos analíticos retificadores dos originais de fls 22/25, razão pela qual a sua apresentação fica prejudicada. ...” (grifo do Conselheiro – relator)

Sem mesmo adentrar a questões de valores que, eventualmente, poderiam ser exigidos do contribuinte, é flagrante a afronta ao dispositivo legal que encerra a premente necessidade de se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Não há nos autos as necessárias provas de que o demonstrativo de fls. 875 a 878, elaborado pelo autuado está correto. O que há, em verdade, é uma mera aceitação, **pelo autuante**, dos números trazidos pelo contribuinte, reitero, sem as devidas verificações e consequente demonstração nos autos deste PAF. Como bem asseverou o i. julgador de primeiro grau, “*Não se pode saber quais as notas fiscais de entradas que foram modificadas, bem como as de saídas, com os respectivos*

valores, quantidades e levantamento de preços médios.”, ou seja, não é possível se determinar, com a clareza e segurança exigidas por força de Lei, a infração que pesa sobre o contribuinte.

Isto posto, me alinho ao julgamento proferido pela 2^a JJF pela nulidade das infrações 3, 4 e 5 com fundamento no art. 18, IV, “a” que diz que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a Decisão recorrida.

Diante dos fatos trazidos neste relatório, e da própria manifestação em mesa da Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, representante da PGE/PROFIS, os fólios do presente Processo Administrativo Fiscal devem ser examinados pela autoridade fazendária hierarquicamente superior a autuante, para que tome conhecimento dos fatos e, caso julgue necessário, adotar as cabíveis providências.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206882.0326/05-4, lavrado contra **ELSONS DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$150,49**, acrescido das multas de 70% sobre R\$0,40 e 60% sobre R\$150,09, previstas no art. 42, incisos III e II alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no art. 42, XXII do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o quanto, efetivamente, recolhido. Os autos deste PAF devem ser examinados pela autoridade fazendária de origem (inspetor fazendário), para que tome conhecimento dos fatos nele registrados.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS