

PROCESSO	- A. I. Nº 279467.0036/09-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- INDÚSTRIA DE CAFÉ TRÊS IRMÃOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0044-03/11
ORIGEM	- INFAS JEQUIÉ
INTERNET	- 18/11/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0342-12/11

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Afastada a nulidade do Auto de Infração, decretada pela Junta de julgamento Fiscal, tendo em vista que não se configurou cerceamento de defesa e inexiste insegurança do lançamento, até porque o sujeito passivo veio ao processo, demonstrando sua compreensão quanto às acusações que lhe foram imputadas, além do que trouxe os elementos que dispunha para se opor ao lançamento, apontou valores que entendia como realmente devidos, o que motivou a redução do valor original do Auto de Infração, sugerida pelo próprio autuante. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pelo órgão julgador contra a Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15 de dezembro de 2009, para exigir ICMS no valor de R\$31.321,72, acrescido da multa de 70%, decorrente da constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Valor do débito: R\$28.474,28.

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Consta, ainda, que se trata de antecipação tributária. Valor do débito: R\$2.847,44.

A Decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão JJF 0044-03/11 (fls. 269 a 273), baseou-se nos seguintes fatos, para embasar a Decisão proferida:

*"A primeira infração se refere à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 07 a 72 do PAF.*

*O defensor alegou que constatou inconsistências no levantamento fiscal, dizendo que notas fiscais de retorno foram consideradas como de compras, além de equívoco na quantidade de algumas notas fiscais e duplicidade no cômputo de outras, conforme demonstrativo que elaborou nas razões de defesa, indicando o número de cada nota fiscal e o equívoco constatado.*

*O autuante acatou as alegações defensivas, esclarecendo na informação fiscal que efetuou exclusões no levantamento fiscal relativamente às notas registradas em duplicidade, bem como daquelas que se referem às vendas em veículos. Feitos estes ajustes o débito referente aos exercícios de 2004 e 2006 ficou reduzido para R\$4.330,89, conforme novos demonstrativos elaborados às fls. 172 a 198 dos autos.*

Analisando os demonstrativos elaborados pelo autuante, constatei que foi efetuado levantamento quantitativo agrupando café cru, café em grão torrado e café moído como um mesmo item. No demonstrativo às fls. 07 e 172, por exemplo, consta o estoque inicial de 14.214 kg, resultado da transformação do estoque constante no Registro de Inventário de 170 sacas de café cru em 10.200kg., que adicionados aos 660 kg de café torrado e 3354 kg de café moído, resultam em 14.214kg do estoque inicial.

Em relação às entradas, consta nos demonstrativos elaborados pelo autuante, que foi efetuado levantamento de café em grãos, conforme fls. 16 a 18 dos autos, inexistindo qualquer esclarecimento se o mencionado café em grãos é cru ou torrado, tendo sido transformadas sacas em kg.

Quanto às saídas, foi indicado às fls. 20 a 72 do PAF que o levantamento foi efetuado em relação ao café torrado e moído simultaneamente, ou seja, na coluna destinada à indicação das quantidades em kg consta que se trata de café torrado e moído.

Por outro lado, no levantamento fiscal foi considerada uma perda de 20% sobre a quantidade encontrada para produção, considerando a soma dos estoques de café cru mais café torrado mais café moído, quando estes últimos já deveriam apresentar quantidade com o índice de perda.

Vale salientar, que somente nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias, ou quando a mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências é que se deve fazer agrupamento, de forma a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins, conforme estabelece o art. 3º, inciso III da Portaria nº 445/98.

No caso em exame, não ficou configurada nenhuma das hipóteses acima elencadas para que se fizesse o agrupamento das mercadorias objeto do levantamento fiscal, o que constitui equívoco do autuante na forma adotada para realização do levantamento quantitativo de estoques.

Em relação aos estoques iniciais e finais dos exercícios fiscalizados, também questionados pelo defendente, verifico que os dados utilizados no levantamento fiscal estão de acordo com a escrituração constante do livro Registro de Inventário, apresentado pelo autuado à época da fiscalização, fls. 73 a 77 do PAF, tendo sido considerado o inventário datado de 31/01/2004 como se fosse relativo ao estoque de 31/12/2004, apesar de o autuado ter dito de forma reiterada que a quantidade consignada no Registro de Inventário é referente ao estoque de 31/01/2004 e não 31/12/2004. Entendo que neste caso, o autuante deveria adicionar ao estoque declarado pelo autuado as entradas com notas fiscais e deduzir as saídas, também com notas fiscais, relativamente ao período de 01/02/2004 a 31/12/2004, encontrando o estoque final necessário à realização do levantamento fiscal, inclusive do exercício de 2005.

Não seria correto aceitar a escrituração efetuada pelo defendente após a ação fiscal, bem como, considerar o estoque escriturado em 31/01/2004 como se fosse de 31/12/2004.

Foram expedidas duas intimações ao autuado (fls. 208/213 do PAF), acompanhadas de cópias da revisão efetuada pelo autuante, cujo recebimento foi efetuado por preposto do contribuinte, conforme assinatura na própria intimação, mas não foi apresentada qualquer contestação pelo defendente quanto ao resultado da mencionada revisão.

Observo que embora o autuado não tenha apresentado contestação aos novos cálculos efetuados pelo autuante, existem erros materiais no presente Auto de Infração, que deve ser analisado por este órgão julgador, independente de provocação do contribuinte, de acordo com o princípio da legalidade a que estão vinculados os membros da Administração.

Verifico que em relação ao item 02 do Auto de Infração consta na descrição da infração que se trata de falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Entretanto, a exigência do imposto se refere à falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

Observo que o lançamento efetuado na segunda infração é consequência da primeira, haja vista que foi realizado levantamento quantitativo de estoque de café, mercadoria inserida no regime de substituição tributária e, tendo sido constatado que houve omissão de saída da mencionada mercadoria, consequentemente, não foi efetuada a retenção do imposto correspondente a estas saídas omitidas. Mas o autuante não indicou como infração que foi constatada a falta de retenção do imposto, o que implica cerceamento do direito de defesa, sendo este mais um equívoco constatado neste PAF.

Quanto aos equívocos apontados em relação ao agrupamento das mercadorias e estoque final do exercício de 2004 (infração 01) e na falta de indicação correta da irregularidade apurada (infração 02), as correções necessárias implicam na realização de novo levantamento fiscal. Neste caso, entendo que este novo levantamento deve ser efetuado mediante novo procedimento fiscal a salvo de todos os equívocos apontados, haja vista que é dever do Fisco determinar, com segurança o valor do imposto devido, as datas de ocorrência e de vencimento do tributo exigido, devendo ser comprovada a exatidão dos cálculos efetuados. Os

*demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.*

*Conforme estabelece o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento para que seja refeito o procedimento fiscal a salvo dos equívocos apontados”.*

Diante de tal Decisão, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal interpôs o Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

## VOTO

O Recurso de Ofício apresentado decorre do julgamento do Auto de Infração, considerado Nulo pela Junta de Julgamento Fiscal, com base na argumentação acima exposta.

Como visto, o mesmo decorreu da realização de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, em exercícios fechados (anos de 2004, 2005 e 2006). Da análise do processo, algumas considerações merecem ser feitas:

A primeira delas, diz respeito à atividade desenvolvida pela empresa, que vem a ser de beneficiamento e industrialização de café, conforme se denota das operações constantes nas notas fiscais de fls. 142 a 158. Por tais documentos, verifico que a empresa recebe de seus fornecedores, café em grão cru, de diversos tipos, já beneficiado, destinados à industrialização pela mesma, que vem a ser uma torrefação de café.

Sendo o roteiro de auditoria o de levantamento de estoques, a questão, cinge-se, pois, exclusivamente à prova material.

Quando da apresentação da defesa administrativa (fls. 138 a 141), o recorrido trouxe ao feito os elementos comprobatórios, que no seu entendimento, elidiram em parte o lançamento, restando saldo residual que ela calcula em R\$597,19, sendo R\$584,80 da infração 1, e R\$12,39, da infração 02, sobre a qual, especificamente assim ela se manifesta: “*quanto à infração 2, que trata de falta de recolhimento da antecipação tributária fica da seguinte forma...*”.

Por seu turno, o autuante, por ocasião da informação fiscal (fls. 170 e 171), acata, ainda que forma parcial, as alegações defensivas do sujeito passivo, reduzindo o montante do lançamento, de R\$31.321,72, para R\$4.330,89, tendo, elaborado novos demonstrativos que foram, inclusive, motivadores das duas diligências realizadas (fls. 207 e 211).

Por outro lado, a capitulação utilizada pelo autuante, reporta-se aos artigos 50 (alíquotas), 60, inciso II, alínea “a” (base de cálculo), 124, inciso I (prazo de pagamento do imposto), 201, inciso I e 218 (emissão de nota fiscal), 323 (livro registro de saídas de mercadorias), 331 (livro registro de apuração do ICMS), 936 (levantamento fiscal), 938, § 3º (período de ocorrência do fato gerador), bem como o da penalidade aplicada, qual seja o artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 (percentual de multa sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou **quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque**), da mesma forma, aclaram o objeto da acusação fiscal, que, repita-se, sequer foi contestado pelo recorrido (grifo do relator).

Assim, entendo não ter pertinência à argüição contida no voto do ilustre julgador de primeiro grau, de cerceamento de defesa, sequer de insegurança do lançamento, até porque o sujeito passivo veio ao processo, demonstrando a sua compreensão quanto às acusações que lhe foram imputadas, além do que trouxe os elementos de que dispunha para se opor ao lançamento,

apontou valores que entendia como realmente devidos, tal como feito o que, reitere-se, motivou a redução do valor original do Auto de Infração, pelo próprio autuante, embora, reconheça-se que a redação utilizada pelo mesmo para a descrição da infração não se pautou pela melhor técnica de redação.

Dessa forma, com a devida *vênia* do julgador de primeiro grau, entendo que a Decisão encontra-se equivocada, diante do fato de que o refazimento do lançamento via novos demonstrativos trazidos ao processo por ocasião da informação fiscal, plenamente compreendidos pelo contribuinte, em momento algum, se configura como hipótese prevista no artigo 18 e incisos do RPAF/99, e como motivadores da declaração de nulidade do processo, razão pela qual entendo que a Decisão de primeiro grau deva ser anulada, e o feito retornar à primeira instância, para apreciação do mérito do lançamento.

Por tais argumentos, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, no sentido de anular a Decisão de primeiro grau, devendo retornar àquela instância para a apreciação quanto ao seu mérito em novo julgamento.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativo ao Auto de Infração nº **279467.0036/09-2**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE CAFÉ TRÊS IRMÃOS LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para, em novo julgamento, proceder à análise do mérito do lançamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA – REPR. DA PGE/PROFIS