

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0016/11-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTES BAHIA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0194-03/11
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 24/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0282-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO NA FORMA DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO LANÇADO DE OFÍCIO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento da infração e o valor do débito a ser lançado de ofício. Recomendada a instauração de novo procedimento fiscal, nos termos do artigo 156 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Estado da Bahia na interpôs Recurso de Ofício em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 14/03/2011 para exigir ICMS no valor total de R\$62.117,34, devolvendo a esta CJF a apreciação da infração 3, julgada nula. Eis a imputação em foco:

Infração 03. Falta de recolhimento do imposto relativo a 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Consta, na descrição dos fatos “Levantamento efetuado relativo às matérias primas utilizadas no processo produtivo. Todas as matérias primas e produtos acabados foram transformados na mesma unidade quilogramas (Kg). Sendo assim possível visualizar as omissões.” Demonstrativos às fls. 43 a 50 e fls. 56 a 173. Exercícios de 2007 e 2008. ICMS no valor de R\$50.708,02, acrescido da multa de 70%.

Em primeira instância deste CONSEF a lide teve o seguinte deslinde:

“(..) Assinalo que tanto para apreciar a questão da colocação incorreta de CFOPs nas notas fiscais de saídas efetivas e de saídas simbólicas, pelo contribuinte, quanto para a verificação da alegação defensiva no sentido de que mercadorias de outro exercício, que já foram objeto da auditoria de estoque em ação fiscal anterior, teriam sido indevidamente computadas na presente ação fiscal, a verificação de tais arguições poderia ser objeto de diligência na busca da verdade material.

Tal diligência, contudo, se mostra inóqua diante do fato de que, conforme os dados discriminados pelo Fisco nos demonstrativos fiscais que baseiam esta imputação, acostados às fls. 43 a 50 e fls. 56 a 173 dos autos deste processo, e tal como descrito pelo preposto fiscal tanto nos documentos de fls. 38 e 55, como em sua informação fiscal, o Fisco indicou os produtos acabados que são comercializados pelo atuado, discriminados nos demonstrativos fiscais de fls. 43 e 118, como placas, cruzetas, postes, colunas e braços, e decompôs cada um destes produtos acabados para verificar a quantidade de cada matéria-prima utilizada para a fabricação individual destes produtos.

A princípio, parece ter sustentação tal raciocínio para a quantificação das mercadorias no levantamento de estoque realizado. Porém, se observarmos que os produtos acabados, a exemplo de postes, têm especificações distintas inclusive quanto a dimensões do produto, verifica-se que a quantidade de cada matéria-prima empregada para a fabricação de cada poste, neste exemplo que menciono, não é igual para todos os produtos denominados de postes. A situação se repete em relação aos demais produtos acabados.

Por outro lado, o autuado não vende matéria-prima, e sim produtos acabados, conforme explica o Fisco e comprovam as notas fiscais acostadas aos autos. E tanto os documentos do Fisco descrevendo a metodologia aplicada no levantamento de estoque, quanto os demonstrativos fiscais de fls. 43, 44, 118 e 119, refletem levantamentos fiscais de dados relativos a omissão de saídas presumidas de matéria-prima.

Assim, na auditoria em exame não cabe a cobrança de imposto relativamente a saídas presumidas, ou efetivas, das matérias-primas discriminadas pelo Fisco como aço, arame, areia, pó de pedra, brita e cimento, se o contribuinte, conforme explicita pelo autuante, não promove comercialmente a saída de tais matérias-primas que adquire para a sua produção de mercadorias, e sim vende os produtos acabados identificados na ação fiscal como cruzetas, postes, colunas, “braços”, pilares, placas.

Além deste equívoco, verifica-se que embora na descrição da Infração 03, à fl. 02 dos autos, conste que a mesma se refere à exigência de imposto relativo a saídas efetivas em montante monetário superior ao das saídas presumidas (entradas), nos demonstrativos de fls. 43 e 118 o Fisco refere-se ao levantamento de preços utilizando o preço médio das entradas das matérias-primas que foram computadas no levantamento quantitativo de estoque realizado, do que seria decorrência a apuração de débito tributário, caso exista, em razão de saídas presumidas, e não de saídas efetivas.

Por todos estes motivos resta incerteza quanto à ocorrência de omissão de pagamento de ICMS em razão de saídas efetivas, ou presumidas, dos produtos acabados que são as mercadorias verdadeiramente vendidas pelo sujeito passivo. Resta também incerto, por conseguinte, o montante de imposto que seria devido em razão de tais omissões. Assim, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nula a Infração 03.

Por tudo quanto exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração no montante de R\$11.409,32, débito este relativo às imputações 01 e 02.

Represento à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativamente aos exercícios de 2007 e de 2008.”

Por força da cogente determinação contida no artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

De logo, constato que a lide persiste tão somente quanto à infração 3 que foi julgada nula, única objeto do Recurso de Ofício.

Com efeito, do voto supra transcrito se extrai com clareza os fundamentos para declaração de nulidade, isto porque, como pontuado pelo Relator de primeiro grau, a quantificação de mercadorias procedida pelo autuante quando do levantamento quantitativo de estoque, considerou, indevidamente, a quantidade de cada matéria-prima empregada para fabricação de cada poste, inobstante o contribuinte não comercializar matéria-prima, mas tão somente produtos acabados, tais como: postes, colunas, pilares, circunstância admitida pelo próprio fisco diante das notas fiscais residentes nos autos, como destacado está no acórdão sob resistência.

Assim entendeu que os produtos como, arame, areia, pedra, brita, cimento não poderiam ter sido computados para legitimar a exigência de ICMS sobre saídas presumidas ou efetivas e que, por isto, a fiscalização incorreu em erro, a gerar incerteza quanto à cobrança do tributo, e, por isso, declarou-se a nulidade do lançamento de ofício.

Divirjo, todavia, dessa conclusão. Justifico: efetivamente há vício de nulidade que está por contaminar o Auto de Infração, mas por força de outro fundamento que não esse, ou seja, muito embora a acusação fiscal impute ao sujeito passivo omissão de saída de mercadoria, que a saída teria sido superior à entrada, contudo, como se infere do exame do PAF, mais especificamente, dos papéis de trabalho, foi apurado, em verdade, por esse roteiro de fiscalização, omissão de entrada de matéria-prima, o que está por configurar, por conseguinte, discrepância entre a descrição contida na acusação em foco com o roteiro levado a efeito pelo autuante, razão pela qual mantenho a nulidade da autuação por esta fundamentação e não aquela outra constante no acórdão recorrido.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a nulidade da infração 3. Por fim, recomendo à autoridade fazendária o refazimento da ação fiscal a salvo da falha ora apontada.

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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276890.0016/11-0**, lavrado contra **POSTES BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.409,32**, acrescido das multas de 50% sobre R\$7.915,20 e 60% sobre R\$3.494,12, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “b”, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade fazendária o refazimento da ação fiscal a salvo da falha ora apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS