

PROCESSO - A. I. Nº 206896.0611/11-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TNG COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0315-01/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 25/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0334-11/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Não estando a acusação fiscal instruída com a relação das notas fiscais de entradas e de saídas consideradas no levantamento quantitativo de estoques, bem como com os documentos comprobatórios da base de cálculo apurada pelo preposto fiscal, é de ser mantida a Decisão que decretou a nulidade deste item da autuação, por absoluta falta de certeza e liquidez quanto ao crédito tributário exigido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0315-01/11), que julgou Nula a infração 1, da presente autuação, a seguir descrita:

01. Falta de recolhimento do imposto 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 estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados, exercícios de 2008 e 2009. Sendo do lançado o valor de R\$ 271.130,54, mais multa de 70%.

Quanto a este item, assim se posicionou a Junta de Julgamento Fiscal:

"No que se refere à Infração 01, após minuciosa análise dos elementos que compõem este processo, especialmente a descrição da acusação fiscal verificada na peça inicial, os argumentos defensivos e o posicionamento do Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, concluo que não existem nos autos as condições essenciais para se determinar, com segurança, o teor da acusação fiscal, bem como a segurança necessária que possibilitasse ao sujeito passivo exercer o amplo direito de defesa e o contraditório de forma plena.

A infração mencionada acima diz respeito à falta de recolhimento do imposto 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 estoques por espécie de mercadorias.

Saliento que a apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento (Art. 3º da Portaria 445/98).

Verifico que o autuante não trouxe aos autos a relação das notas fiscais de entradas e de saídas, bem como das notas fiscais que serviram para apuração do preço médio, consignadas no demonstrativo fiscal de fls. 07 a 32, verso, dos autos. Verifico ainda, que no termo de saneamento do Auto de Infração, à fl. 19, consta a informação nos itens 24, 25 e 26, de que tais elementos não seriam aplicáveis ao caso sob exame, confundindo o contribuinte. Saliento que os dados registrados no CD-ROM juntado à fl. 118, se referem a livros Registros de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS e a registros do arquivo magnético do contribuinte, e do livro Registro de Inventário de 2007 a 2009, que apesar de consignar os códigos, não constam a descrição das mercadorias correspondentes.

Verifico também que o autuante informou que no levantamento quantitativo realizado, apurou entradas e saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, exigindo o imposto sobre o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, entretanto esses demonstrativos não foram acostados aos autos para análise, assim como não se realizou a entrega dos mesmos ao sujeito passivo.

Ora, estes fatos mostram que não foi oportunizado ao contribuinte se defender das parcelas que compõem o levantamento quantitativo de estoque, o que mostra que o procedimento fiscal não atendeu ao devido processo legal, desde quando não existe clareza nas peças que o compõem, refletindo em falta de certeza, implicando prejuízo para o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, haja vista que ele não pode se defender amplamente a respeito do inteiro teor da acusação fiscal.

De acordo com o disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, as eventuais incorreções ou omissões verificadas no Auto de Infração não acarretarão a sua nulidade, desde quando seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções ser suprimidas mediante a realização de diligência. Todavia, no caso em tela, as incorreções contidas no lançamento são de tal monta que não há como as corrigir sem que se refaça totalmente o levantamento realizado pela fiscalização.

Concluo, desta forma, que nos moldes como foi apurada a infração, ficou 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, a infração imputada, no que se refere aos montantes correspondentes aos valores imponíveis.

Assim, a falta de clareza na indicação dos fatos que conduziram à exigência dos valores do imposto apontados no Auto de Infração, resulta incerteza quanto aos montantes da base de cálculo apurada e dos valores do imposto, acarretando a nulidade da Infração 01, consubstanciada no Auto de Infração, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, 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;”

Nos termos do disposto no art. 21 do RPAF/BA, represento à autoridade fazendária competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas”.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de Primeira Instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

A Decisão submetida à revisão desta CJF não merece reparos.

Com efeito, a análise dos papéis de trabalho que instruem a infração 1, do presente lançamento de ofício, revela que o autuante não anexou ao PAF a relação das notas fiscais de entradas e de saídas que foram consideradas na equação do levantamento quantitativo de estoques, como exige o art. 3º, da Portaria nº 445/98, *in verbis*:

Art. 3º. A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar par a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de “x” quilos, caixas com “x” unidades, metros, litros, etc.;

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

A falta dessa relação, além de todos os prejuízos ocasionados à defesa do contribuinte, impede que este Conselho e, no momento posterior, a PGE/PROFIS, verifique a legalidade do procedimento adotado, sobretudo porque, na infração 2 desta mesma autuação, está sendo cobrado imposto pelo falta de registro de notas fiscais de aquisição, no mesmo período do levantamento quantitativo de estoques. Ora, se o imposto está sendo exigido, as quantidades a que se referem tais notas fiscais deveriam, necessariamente, ser incluídas no levantamento de estoques, o que não se tem como saber se foi ou não observado pelo preposto fiscal.

O autuante também se descurou da efetiva demonstração do preço médio aplicado no levantamento quantitativo de estoques, havendo, assim, insegurança quanto à base de cálculo do imposto lançado.

Outrossim, não foi acostado aos autos, muito menos fornecido ao contribuinte, o demonstrativo sintético que compara as diferenças de entradas e de saídas, para justificar a exigência exclusivamente com relação àquela de maior expressão monetária. Mais uma vez, não se tem como saber sobre a efetiva ocorrência do ilícito atribuído ao sujeito passivo, muito menos como averiguar a legalidade do processo de constituição do crédito tributário.

Diante de todas essas falhas, deve ser referendado o entendimento esposado pela Junta de Julgamento Fiscal quanto à impossibilidade de correção dos vícios por intermédio de diligência no bojo deste PAF, uma vez que tal medida implicaria, na verdade, nova ação fiscal, na qual o autuante deveria seguir todas as formalidades quanto à efetiva demonstração das diferenças de entradas e de saídas constatadas, com expressão indicação das notas fiscais consideradas no levantamento, bem assim no que concerne à elaboração e apresentação dos demonstrativos necessários, inclusive de composição do preço médio para definição da base de cálculo.

Inegável, nas circunstâncias, que o item 1 da presente autuação não contém os elementos necessários para determinar, com segurança, a infração atribuída ao sujeito passivo, além do que as omissões incorridas pelo autuante geram cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, que, sem os elementos necessários, ficou impossibilitado de conhecer e impugnar com eficiência o ilícito tributário, como, aliás, alegou expressamente em sua peça defensiva.

Ante o exposto, com esteio no art. 18, IV, "a", do RPAF vigente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, recomendando o refazimento da ação fiscal a salvo a salvo das falhas apontadas, observando o prazo decadencial.

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 206896.0611/11-8, lavrado contra **TNG COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$31.625,77**, previstas nos incisos IX, XI e XV-A do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS