

A. I. N ° - 206845.0022/11-0
AUTUADO - CORALMAQ COMERCIAL DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTES - TEREZA CRISTINA MARQUES DE MELLO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 07.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0064-02/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E INSEGURANÇA QUANTO A INFRAÇÃO. Uma vez concedido um novo prazo para o contribuinte corrigir seus arquivos, este prazo tem que ser respeitado pela fiscalização. Restou comprovado nos autos que a fiscalização lavrou o Auto de Infração antes do vencimento do prazo concedido ao contribuinte. Ademais, o autuante lavrou o Auto de Infração, para exigir imposto decorrente de 04 (quatro) infrações, todas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, utilizando os arquivos magnéticos enviado anteriormente pelo contribuinte, os quais como se observa no último Termo de Intimação, de 04/10/2011, o fiscal autuante afirma, de forma cristalina, que nos referidos arquivos existem divergências. Tal fato torna inseguras as infrações imputadas. Infrações Nulas, com recomendação de nova ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/10/2011, exige ICMS no valor histórico de histórico de R\$86.287,72, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$32.235,00, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de 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 exercícios fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2006, 2007 e 2008.

INFRAÇÃO 02 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$12.729,31, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados de 2006, 2007, 2008 e 2009.

INFRAÇÃO 03 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$25.430,60, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeitas ao regime de substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2006, 2007, 2008 e 2009.

INFRAÇÃO 04 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 15.892,81, 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 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 realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício de 2009.

O autuado apresentou defesa, fls. 189 a 204, impugnando todas as infrações, arguindo preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa e confisco em relação a multa aplicada.

Quanto a alegação de cerceamento de defesa aduz que no dia 04/10/2011 a empresa foi intimada para apresentar informações, em razão de ocorrer “divergências entre unidades x preço escrituradas no livro de Inventário e os constantes nos arq. Magnéticos,; reg. 74...” no prazo de 30 dias, conforme expressamente previsto no termo de intimação, inclusive grifado em negrito. Contudo, conforme dispõem os artigos 51, IV e 123, caput do RPAF, o contribuinte tem o prazo de 30 dias para manifestar-se/cumprir o quanto determinado na intimação expedida pelo Fisco Estadual. No caso em tela, antes mesmo da empresa contribuinte apresentar à administração fazendária os seus argumentos e razões das inconsistências, foi lavrado o Auto de Infração nº 206845.0022/11-0 – no dia 26/10/2011, tolhendo-lhe o direito de justificar as divergências da escrituração fiscal.

Salienta que um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório. No presente caso, entretanto, tal verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que utilizou-se da multa com efeito confiscatório. Isso porque, a autoridade fazendária aplicou a multa de 70% sobre o valor do suposto tributo devido, o que caracteriza, o efeito confiscatório, o que é inconstitucional e ilegal.

Ao tratar do mérito da autuação, assevera as omissões apontadas pela fiscalização não ocorreram, pois, reconhece a empresa autuada, que de fato, a escrituração do livro Registro de Inventário foi feito de maneira equivocada, por um lapso erro contábil. Contudo, tal fato não gerou omissão de saída ou entrada.

Esclarece que em momento algum deixou de cumprir com suas obrigações principais, tendo recolhido o ICMS, contudo, conforme acima exposto, ocorreu um equívoco na escrituração do livro inventário. De fato, o descumprimento de obrigação acessória pode gerar a incidência de multa, mas, não significa dizer que de fato ocorreu o fato gerador, e o respectivo nascimento da obrigação tributária.

Aduz que houve equívoco na apuração do suposto crédito tributário, uma vez que, o preposto fiscal, utilizou, indevidamente, em todas as supostas infrações acima discriminadas, o levantamento quantitativo de estoque, como única forma de apuração do suposto crédito tributário, desconsiderando toda e qualquer informação prestada pela empresa Defendente. Tal ato iguala-se à situação elencada no art. 148 do CTN (arbitramento), o qual está inserido em lei complementar de caráter abstrato e genérico, instrumento legal que deve ser observado em qualquer lançamento ou constituição de crédito tributário. Em ambos os casos, só poderia ser legal e legítimo o lançamento, se inexistisse outra forma de fazê-lo, já que se trata de medida supletiva, ou seja, só é cabível quando não for possível que a autoridade fazendária lance o imposto com base em declarações, esclarecimentos, livros fiscais ou ainda outros recursos que demonstrem a existência de crédito fiscal.

Afirma que apresentará de forma completa todos os documentos, livros fiscais, especialmente o registro inventário, assim como os formulários eletrônicos já convencionados pela Fiscalização Estadual do ICMS, com as devidas e pertinentes retificações, haja vista que não há fato novo a ser apresentado, pois que, os documentos relativos à compras (entrada de mercadorias) e os relativos a vendas (saída de mercadorias) são os mesmos; em sendo assim, retratam a verdade material única.

Entende que a presunção juris tantum (relativa) da Fazenda Pública – cabível prova em contrário - só deve ser aplicada quando não houver outra forma de apurar o imposto supostamente devido, uma vez que a presunção pode afetar a legalidade da obrigação principal, de maneira que, a presunção está no campo da possibilidade, e não da certeza, querendo que seja realizada diligência pela ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando a todos os argumentos aqui espostos.

Ao final, requer:

- 1 - a nulidade do auto de infração;
- 2 – improcedência da ação fiscal e
- 3 - protesta pela produção de todos os meios de provas no direito admitidas, e em especial, a realização de diligência contábil/fiscal, através da ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF.

Na informação fiscal, fls. 227 a 229, o autuante destaca que o Auto de Infração em questão decorre da fiscalização que atendeu à Ordem de Serviço nº 506227/10, Exercícios 2006 a 2009 face ao processo de Pedido de Baixa de Inscrição nº 129531/2009-8. Tendo em vista as gritantes inconsistências que persistiram no levantamento de seu estoque, os demais roteiros foram encerrados em 30/09/2009 apurando através dos Auto de Infração nº 2068450020096 e 920684.5001/09-5, os valores relativos ao imposto devido.

Com relação ao estoque e para que o Autuado tivesse todas as oportunidades para corrigir as citadas divergências entre seus arquivos magnéticos e os registros de seu Livro de Inventário, a fiscalização prossegue com a citada OS – para Auto de Infração em Plantão Fiscal. Dessa forma, encerrada a ação fiscal, restaram apuradas as infrações que se seguem, todas decorrentes de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado, as quais reproduziu.

Aduz que o autuado, devidamente representado por seus advogados, legalmente constituídos, vem, preliminarmente arguir “.....nulidade do lançamento em razão de cerceamento do direito de defesa...”, apegando-se à data da - 3ª Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético -, anexa ao presente Auto de Infração, fls. 06, ou seja, 04/10/2011. Ocorre e, naturalmente por desconhecimento de seus advogados legalmente constituídos, que entre 23 de setembro de 2010 e 18 de julho de 2011 foram enviados e recebidos, a partir do Correio Eletrônico SEFAZ-BA, 18 (dezoito) e-mails ao preposto da Autuada a quem foi por ela delegada a responsabilidade de resolver as inconsistências de seus arquivos magnéticos, conforme cópias anexas às fls.214 à 223.

Acrescenta que, além da 1º Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético também anexa, fls. 224. Em 24/05/2011 a 2ª Intimação para o mesmo fim junto com os demonstrativos que ainda apresentavam divergências foi apresentada e assinada por preposto legalmente cadastrado do escritório de contabilidade Antonio Carlos Lisboa CPF 018.848.325-04, CRC 6192-BA/O, conforme doc anexo fls. 225 a 226. Portanto, há de se constatar que, ao contrário do que alega a peça de defesa, estamos longe da “.... nulidade do lançamento em razão de cerceamento de defesa...”, quando ao contrário, foi dado à Autuada todo o tempo e as orientações necessárias às devidas correções.

Ainda e, a título de esclarecimento, com relação aos itens em que não foi possível determinar com exatidão a base de cálculo e conseqüentemente o imposto apurado, foram os mesmos excluídos dessa apuração, considerando que o presente levantamento, já era suficientemente abrangente para poder apurar com segurança, tal como feito, o imposto devido.

Ao final, ressalta que, diante do cuidado e dos critérios com que realizou a fiscalização, cuja consistência pode ser claramente verificada nos relatórios anexos ao presente Auto de Infração, entende como totalmente descabida e meramente de caráter protelatório as alegações da defesa e opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, em 20/03/2012, tendo esta 2ª JF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser julgado.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade às multas aplicadas, alegando que teria efeito de confisco, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

De igual modo, não pode ser acolhido a alegação que as multas são ilegais, uma vez que a mesma são as previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, se tratando de multas específicas para as infrações apuradas pela fiscalização no caso em tela.

Preliminarmente, o sujeito passivo arguiu nulidade do Auto de Infração aduzindo que no dia 04/10/2011 a empresa foi intimada para apresentar informações, em razão de ocorrer “divergências entre unidades x preço escrituradas no livro de Inventário e os constantes nos arqs. Magnéticos, reg 74...” no prazo de 30 dias, conforme expressamente previsto no termo de intimação, inclusive grifado em negrito. Contudo, conforme dispõem os artigos 51, IV e 123, caput do RPAF, o contribuinte tem o prazo de 30 dias para manifestar-se/cumprir o quanto determinado na intimação expedida pelo Fisco Estadual. No caso em tela, antes mesmo da empresa apresentar à administração fazendária os seus argumentos e razões das inconsistências, foi lavrado o Auto de Infração nº 206845.0022/11-0 – no dia 26/10/2011, tolhendo-lhe o direito de justificar as divergências da escrituração fiscal.

Na informação fiscal o autuante não negou o fato alegado pelo contribuinte, entretanto informou que já havia intimado anterior o autuado.

Entendo que o fato da fiscalização ter intimado o contribuinte anteriormente, não é capaz de afastar a nulidade requerida pela defesa, uma vez o autuante não poderia ter lavrado o Auto de Infração antes de findo o prazo legalmente concedido ao contribuinte, mediante Termo de Intimação acostado às folhas 05 dos autos.

Analisando o Termo de Intimação lavrado pela fiscal autuante e devidamente recebido pelo sujeito passivo, o mesmo tem com data de Ciência do Contribuinte o dia 04/10/2011, concedendo o prazo de 30 (trinta) dias, expressamente consignado no citado termo legal.

Ocorre que, antes do prazo concedido, o fiscal lavrou o Auto de Infração, ou seja, a lavratura ocorreu em 26/10/2011, enquanto a intimação, por concessão do próprio fiscal autuante, encontra-se, rigorosamente, dentro do prazo para atender a intimação.

Não resta dúvida que vencido o prazo das intimações anteriores, até mesmo da primeira intimação, ocorrida ainda em outubro de 2009, o Auto de Infração poderia ter sido lavrado, entretanto esse não foi o caminho escolhido pelo fiscal. O fiscal não lavrou o Auto de Infração, preferiu conceder novos prazos ao contribuinte, repetiu, mediante Termo de Intimação. Uma vez concedido um novo prazo para o contribuinte corrigir seus arquivos, este prazo tem que ser respeitado pela fiscalização. Como isso não correu, não foi observado o devido processo legal, o lançamento é nulo.

Ademais, ao analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 04 (quatro) infrações, todas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, utilizando os arquivos magnéticos enviado anteriormente pelo contribuinte, os quais como se observa no último Termo de Intimação, de 04/10/2011, o fiscal autuante afirma, de forma cristalina, que nos referidos arquivos existem divergências, as quais listou:

- 1- entre unidades x preço escrituradas no livro de Inventário e os constantes nos arqs. Magnéticos, Registro 74;
- 2- quantidades fracionadas constantes nos arquivos magnéticos (arq. 54 x 74);
- 3- alteração nos códigos das mercadorias constantes no livro Registro de Inventário x ARQ. MAG.;

4- códigos de mercadorias com duplicidade de descrição, Anos de 2006/2009.

Portanto, estando os arquivos magnéticos com tantas divergências e inconsistências, conforme apurado pelo próprio autuante, resta claro a insegurança em relação ao resultado do levantamento quantidade de estoques, nas quatro infrações, apontado pela fiscalização. Tal fato demonstra que o lançamento ora em lide não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações consignadas no auto em lide, tornado o lançamento nulo na forma do artigo 18, “a”, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a repetição dos atos, mediante nova ação fiscal, a salvo de falhas, conforme artigo 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206845.0022/11-0**, lavrado contra **CORALMAQ COMERCIAL DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.** recomendando a repetição dos atos, mediante nova ação fiscal, a salvo de falhas, conforme artigo 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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR