

A. I. Nº - 206863.0004/09-9
AUTUADO - DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - MAURÍCIO COSTA GOMES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03. 05. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0078-01/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os elementos de provas referentes ao refazimento da Auditoria de Estoque, realizada pelo autuante, foram trazidos aos autos após o prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 173, I, do CTN, c/c o art. 107-B, do COTEB. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2009, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$292.343,55, acrescido da multa de 70%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2005.

O autuado apresentou defesa às fls. 312 a 316, consignando que ao encaminhar o arquivo referente ao livro Registro de Inventário do exercício de 2005, por equívoco, encaminhou ao autuante o livro Registro de Inventário de sua matriz. Diz que por este motivo o autuante ao analisar o mencionado livro, bem como os livros Registros de Entradas e de Saídas lavrou o Auto de Infração em desrespeito as normas reguladoras do tributo estadual.

Discorre sobre sua atividade e sobre sua reputação no mercado baiano.

Alega que o autuante deixou assim de mencionar a base de cálculo apurada para o cálculo do imposto devido, sendo assim o demonstrativo de débito não atendeu as exigências contidas no art. 39, IV, b, do RICMS/97 [RPAF/99]. Entende que com a ausência da base de cálculo auferida dificulta a defesa, que fica obstada de exercer seu direito constitucionalmente assegurado, de ampla defesa, ensejando nulidade do Auto de Infração.

No mérito destaca que em momento algum houve saídas de mercadorias sem a competente nota fiscal, porque o Auto de Infração foi lavrado com base no estoque da matriz e não do estabelecimento filial autuado.

Assegura que em momento algum deixou de prestar as informações necessárias ao autuante, e com o fito de demonstrar sua boa-fé junta o inventário do seu estabelecimento filial. Aduz que o equívoco na prestação de uma informação não pode lhe levar a arcar novamente com o tributo já recolhido.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, juntada de documentos oitiva do autuante e nova diligência.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 342/343, dizendo que a afirmativa de falta de base de cálculo vem demonstrar o desconhecimento do conteúdo do PAF, porque à fl. 13 do anexo 2 está

demonstrada a base de cálculo, individualizada por mercadoria, cujo conteúdo do relatório se encontra na mídia anexada ao PAF.

Reproduz trechos das alegações defensivas sobre a questão do envio do inventário trocado. Reconhece que comprovada a veracidade das alegações os valores exigidos estarão comprometidos, porque foram calculados sobre bases equivocadas.

Salienta que fez uma análise dos documentos apresentados pelo autuado e concluiu que realmente houve a troca dos inventários e que os inventários corretos foram apresentados com a defesa.

No intuito de facilitar as conclusões sobre este PAF esclarece que:

- a) testou os inventários apresentados pelo autuado como fidedignos e comprovou tratar-se sim de documentos válidos;
- b) refez o levantamento quantitativo de estoque, com os inventários corretos, e encontrou diferenças de estoque mais significativas do que o encontrado com os inventários errados;
- c) a diferença de estoque encontrada no refazimento eleva consideravelmente o ICMS a cobrar do contribuinte.

Finaliza dizendo que se coloca à disposição para refazer o Auto de Infração.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 349 e 350), arguindo que o autuante afirma que de fato houve equívoco nos inventários encaminhados anteriormente, fazendo com que fosse elaborada a auditoria com base no relatório de entradas e saídas da sua matriz, quando deveria ter sido feito com base no relatório de inventário da sua filial.

Frisa que o autuante tem consciência de que nova auditoria terá de ser realizada com a correta documentação apresentada.

Acrescenta que encontrou indícios de erros na elaboração dos arquivos magnéticos, no tocante ao controle de quantitativo dos estoques e da movimentação das mercadorias objeto de fiscalização.

Conclui pedindo que seja refeito o Auto de Infração.

O autuante não mais se manifestou nos autos.

Submetido a julgamento pela 5ª JF o Auto de Infração foi julgado nulo, nos termos do Acórdão JF Nº 0224-05/10, pela inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração, considerando que o levantamento quantitativo de estoque tomou como ponto de referência os livros Registro de Inventário de outro estabelecimento, inviabilizando o saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, recorrendo de ofício da decisão para a Segunda Instância do CONSEF.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício, decidiu pela nulidade da decisão da Primeira Instância, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0083-11/11, por entender que o vício poderia ser sim saneado, devolvendo o processo para saneamento e nova decisão pela Primeira Instância.

Cientificado sobre o resultado do julgamento proferido pela 1ª CJF o autuado apresentou Recurso Especial à Câmara Superior do CONSEF (fls. 379 a 384), afirmando que conforme restará amplamente demonstrado, não houve qualquer nulidade processual a ser sanada no julgamento em questão, sendo que a única nulidade existente foi aquela comprovada em primeira instância pelo ora recorrente.

Apresenta um esboço do Auto de Infração, dizendo que o autuante realizou a lavratura, constatando, supostamente, através de levantamento quantitativo de estoque, que o estabelecimento filial autuado, situado na cidade de Simões Filho, realizara operações de saída de mercadorias sem as correspondentes emissões de Notas Fiscais no exercício de 2005.

Registra que durante a ação fiscal o Auditor Fiscal lhe intimou para que apresentasse o Livro Registro de Inventário do exercício de 2005, o qual foi encaminhado, virtualmente. Ocorre que, ao

encaminhar o arquivo referente ao Registro de Inventário do Exercício de 2005, por um equívoco interno, encaminhou aos cuidados do autuante o Relatório de Inventário do Exercício de 2005 de sua matriz situada na cidade de Guanambi, com Inscrição Estadual sob nº 047.947.342 e CNPJ sob nº 02.307.303/0001-87.

Diz que ao analisar o Relatório de Inventário com as informações constantes no sistema SINTEGRA, o autuante observou que os dados constantes no mencionado relatório divergiam das informações do SINTEGRA, bem como dos Registros de Entrada e Saída de Mercadoria, levando-o, por consectário, a lavrar o Auto de Infração, auferindo um valor histórico de R\$292.343,55, relativo ao ICMS, e um valor de infração total de R\$630.146,51, o que, segundo diz, restará demonstrado, desrespeita as normas reguladoras do tributo estadual.

Argui a nulidade da autuação, dizendo que por perfunctória análise ao Auto de Infração, é de hialina clareza que o autuante deixou de mencionar qual a base de cálculo auferida para o cálculo do imposto devido, fazendo constar no mencionado tópico apenas a informação 0,00, ou seja, não demonstrando cabalmente qual a Base de Cálculo que o mesmo utilizou para a autuação.

Frisa que desse modo, conforme dispõe o Regulamento de Procedimento Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99) em seu art. 39, IV, b, o Auto de Infração deverá conter o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato com a respectiva base de cálculo a qual foi determinado o valor do tributo.

Aduz que na forma em que o Auto de Infração foi apresentado, a ausência da base de cálculo auferida dificulta o próprio defendente, que fica obstado de exercer seu direito constitucionalmente assegurado. Acrescenta que, além disso, a falta de uma das exigências do Auto de Infração deixa-o minguido de legalidade, obstando frontalmente o seu direito de ampla defesa, ensejando, por corolário, a nulidade do mesmo, não podendo este promover qualquer efeito jurídico/fiscal.

Sustenta que inexistem saídas de mercadorias sem nota fiscal.

Diz que caso seja ultrapassada a nulidade arguida, o que admite apenas “*ad argumentandum tantum*”, no mérito o Auto de Infração também deverá ser rechaçado, uma vez que, em nenhum momento, houve saídas de mercadorias sem a competente Nota Fiscal.

Registra que, conforme mencionado, se trata de uma empresa composta de uma matriz, na cidade de Guanambi, e uma filial, na cidade de Simões Filho, sendo que, o autuante fiscalizou a filial situada na cidade de Simões Filho a qual possui Inscrição Estadual sob nº 51.503.899 e no CNPJ/MF sob nº 02.307.303/2002-68. Acrescenta que o autuante ao solicitar a documentação para a comparação com as informações lançadas no SINTEGRA, por equívoco, recebeu o Relatório de Inventário do Exercício de 2005 da matriz, o que facilmente se observa ao comparar a Inscrição Estadual e o CNPJ do autuado com os constantes no Relatório de Inventário enviado.

Frisa que o autuante ao fazer a comparação dos relatórios de entrada e saída com o Relatório de Inventário, se defrontou com enorme divergência, uma vez que a comparação foi feita entre estabelecimentos diferentes, ou seja, analisou o Relatório de Entradas e Saídas da filial – autuado - com o Relatório de Inventário da matriz, equivocadamente encaminhado.

Sustenta que desse modo, não resta qualquer dúvida que as informações não poderiam ser as mesmas, uma vez que se tratava de estoque e operações de empresas diversas, gerando, assim, equivocadamente, a constatação de saídas de mercadorias sem Nota Fiscal.

Diz que com o escopo de elucidar o quanto alegado, informa que ao analisar os primeiros itens do mencionado Auto de Infração se observa que estes se referem ao estoque da matriz e não da filial autuada.

Ressalta que em nenhum momento deixou de prestar as informações necessárias para o autuante, sendo que o equívoco se deu no momento de salvar o arquivo e repassar a este, entretanto, com o fito de demonstrar sua boa-fé, anexa o Relatório de Inventário do Exercício de 2005 da filial autuada, para que seja o presente Auto de Infração transformado em diligência, nos termos de art.

123, § 3º. c/c art. 145, ambos do Decreto 7.629/99 [RPAF/99], a fim de que o autuante faça a devida auditoria com as informações corretas da filial autuada.

Conclui dizendo que conforme se observa nas razões apresentadas o Acórdão da 1ª CJF não possui qualquer alicerce fático ou jurídico, devendo, por consectário, a Colenda Câmara Superior, reformar a decisão da Instância *a quo*, julgando, ao final, inteiramente improcedente o Auto de Infração.

Cumprindo a determinação da 1ª CJF, em conformidade com o Acórdão CJF Nº 0083-11/11, o feito foi convertido em diligência a IFEP COMÉRCIO (fls. 395/396), a fim de que o autuante juntasse aos autos fotocópias do livro Registro de Inventário do contribuinte autuado, bem como os demonstrativos de cálculo das quantidades omitidas, do preço médio das mercadorias sobre as quais se constatou as diferenças apontadas e do novo demonstrativo de débito com apuração da base de cálculo e do valor do imposto encontrado.

O autuante se manifestou (fl. 398), consignando que em atendimento à recomendação do CONSEF, refez o Roteiro Auditoria de Estoques, com o inventário correto fornecido pelo autuado.

Salienta que já havia declarado em informação fiscal anterior que testes feitos àquela época indicavam uma provável elevação do valor do ICMS a ser reclamado se tal revisão fosse levada a cabo.

Assinala que ao refazer o trabalho, confirmaram-se as previsões e o resultado foi muito diferente do encontrado na primeira ação inclusive mudando a infração para 04.05.05 – Omissão – Exercício Fechado – Entrada de mercadorias Tributadas maior que a de saída.

Frisa que para permitir total e ampla defesa do contribuinte anexou em mídia eletrônica todos os documentos comprobatórios desses cálculos, ficando o novo valor do ICMS exigido para R\$732.251,65. Observa que a base de cálculo foi reduzida com base na Instrução Normativa nº 56/2007.

O autuado apresentou Pedido de Reconsideração ao Presidente do CONSEF, com aplicação de efeito suspensivo (fls. 402 a 408), no qual discorre sobre os fatos ocorridos até a decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Alega que na apreciação de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª JJF, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sentido diametralmente oposto, anulou indevidamente o referido julgamento que considerou o Auto de Infração nulo, dando provimento ao citado recurso, entendendo que a falha que fundamentou o julgamento em 1ª Instância seria sanável, caracterizada por mero vício formal, pelo que deliberou o retorno do PAF à 1ª Instância para que este fosse convertido em diligência. Posteriormente, a 1ª JJF deliberou pelo encaminhamento à INFAZ de origem.

Frisa que a determinação de diligência destinada à verificação de nova documentação feita pela 1ª Câmara de Julgamento não poderia ocorrer, por ser absolutamente impraticável, tendo em vista ser o vício contido no Auto de Infração insanável, em decorrência de erro técnico, capaz de macular todo o levantamento fiscal e não só pelo aspecto formal.

Observa que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em atitude absurda, modificou a essência do erro técnico que maculou todo o Auto de Infração tornando-o nulo, e, simplesmente o caracterizou como simples erro sanável, no intuito de possibilitar a continuidade do procedimento administrativo fiscal em comento, incidindo em gravíssimo erro de julgamento, não podendo aceitar tal comportamento oriundo das autoridades fazendárias por ser expressamente ilegal, uma vez que, em respeito ao Princípio da Verdade Material, deve ser anulado o lançamento que não se aperfeiçoou diante de falha técnica do autuante, não se prestando à caracterização de qualquer tipo de infração.

Destaca que, como cediço, é evidente que tal medida foi adotada pela 1ª Câmara de Julgamento no claro intuito de burlar as regras prescricionais aplicáveis às supostas infrações apontadas no lançamento que fora realizado, tendo em vista que após a realização de novo lançamento em Auto de Infração distinto, parte do débito tributário apresentado restaria prescrito. Diz que restou olvidado o respeito ao Princípio da Imparcialidade.

Ressalta que, conforme se verifica do relatório processual, diante do ocorrido, sequer houve a existência de parecer de representante da PGE/PROFIS.

Assevera que resta fartamente demonstrado que não houve correspondência entre o evento analisado e o fato jurídico tributário, haja vista a clara inadequação da descrição fática na construção da base de cálculo do imposto lançado, havendo erro técnico na determinação da base de cálculo, gerando a nulidade do lançamento por vício substancial, o que consequentemente, acarreta também na nulidade do Auto de Infração por vício insanável.

Sustenta a tese de que o julgamento do Auto de Infração é nulo de pleno direito, devendo ser mantida a decisão da 5ª JJF em atendimento ao Princípio da Verdade Material e à efetivação da mais lúdima justiça.

Conclui requerendo que o Ilmoº Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF, reconsidere a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no sentido de seja mantida a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, julgando nulo o Auto de Infração, pois o referido procedimento fiscal não obedeceu ao Princípio da Verdade Material, com flagrante existência de vício insanável (erro técnico), bem como por desconsiderar material probatório em desconformidade com o débito tributário no qual se fundamentou a exigência fiscal, não olvidando que o posicionamento adotado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal incorre em grave afronta aos princípios jurídicos e à legislação tributária.

O autuado apresentou ainda petição denominada “Representação Fiscal, Controle da Legalidade, Distribuição por Dependência” direcionada ao Procurador Chefe da Procuradoria Geral do Estado (fls. 421 a 428), na qual solicita a intervenção da Procuradoria para que, no exercício de suas atribuições legais proceda ao devido controle da legalidade, face à flagrante ilegalidade perpetrada, (inciso II do artigo 114 do RPAF/BA) bem como a manifesta contradição à interpretação legal, se pronunciando nos termos do art. 169, II, “c” do RPAF.

Discorre sobre os fatos que motivaram a decretação da nulidade do Auto de Infração pela Primeira Instância do CONSEF e a reforma da decisão pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Conclui requerendo que a Douta Procuradoria Fiscal do Estado se manifeste em favor do controle da legalidade dos atos administrativos fazendários, apresentando competente representação ao CONSEF, no sentido de que seja anulada a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que tornou nulo o julgamento perpetrado pela 5ª JJF no Auto de Infração 206863.0004/09-9. Requer também, que seja mantida a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, julgando nulo o Auto de Infração, pois o referido procedimento fiscal não obedeceu ao Princípio da Verdade Material, com flagrante existência de vício insanável (erro técnico), bem como por desconsiderar material probatório em desconformidade com o débito tributário no qual se fundamentou a exigência fiscal, não olvidando que o posicionamento adotado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal incorre em grave afronta aos princípios jurídicos e à legislação tributária.

Consta às fls. 441 a 448, Representação ao Presidente do CONSEF, feita pelo autuado, contra a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, contendo os mesmos termos da anterior.

Consta às fls. 461 a 470, defesa apresentada pelo autuado na qual levanta questões preliminares de nulidade da decisão proferida pela 1ª CJF, bem como que os arquivos magnéticos fornecidos pelo autuante com os eventuais novos demonstrativos se encontram com senhas para leitura.

No mérito, diz que existem vícios técnicos, sendo o levantamento realizado pelo autuante natimorto, por descumprimento de requisitos básicos.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, sem prejuízo da preliminar de nulidade arguida. Requer ainda que a PGE se manifeste, como “*custus legis*”, através de Parecer na forma do art. 118 do RPAF/99. Requer, por fim, o direito de provar o quanto alegado, por todos os meios admitidos, inclusive perícia técnica designada por este órgão julgador, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

A 1ª JJF, converteu o processo em diligência à IFEP/COMÉRCIO (fl. 487), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado prestasse informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, na forma do art. 127, §6º, do RPAF/99.

O autuante se pronunciou (fls. 490/491), consignando que quando da primeira manifestação do autuado, alegando que havia cometido o erro de informar inventário diverso do solicitado, foi muito claro na primeira Informação Fiscal de fls. 342/343, reconhecendo o fato dos equívocos nos inventários e alertando que testes feito por ele revelavam que o refazimento do roteiro elevaria substancialmente o valor do crédito reclamado e que se colocava à disposição para refazer a ação fiscal conforme fosse a vontade dos Julgadores.

Salienta que entendeu a 5ª JJF julgar pela nulidade do Auto de Infração em tela, no seu entendimento atual, corretamente, tendo em vista que já declarara que um possível refazimento elevaria o valor original do PAF.

Observa que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, apreciando o Recurso de Ofício, entendeu diferentemente e reencaminhou o processo, para que o roteiro fosse refeito pelo autuante, desta feita, como os inventários corretos.

Diz que ao receber o PAF, refez o roteiro com os inventários corretos, já exaustivamente confirmados desde a data da defesa do autuado, que anexou os dados corretos, e o resultado não foi outro senão a confirmação do que já previra na primeira Informação Fiscal, ou seja, o valor resultante foi realmente muito superior ao valor original do PAF. Acrescenta que anexou uma segunda Informação Fiscal contendo a descrição do feito juntamente com um CD, fls. 398 e 397, respectivamente, contendo os Relatórios que suportavam tal refazimento.

Esclarece que após a ciência dos fatos, onde foi entregue uma “duplicata” da mídia acima referida, o autuado entendeu por apresentar quatro manifestações simultaneamente nomeadas como, Pedido de Reconsideração – Ao CONSEF; Representação Fiscal – Controle de Legalidade – Distribuição por dependência – À PGE; Representação ao Presidente do CONSEF; Razões de Defesa – CONSEF.

Registra que na manifestação “Razões de Defesa”, fl. 464, o autuado chama a atenção para o fato da ocorrência de majoração da peça original, o que diz ser verdade, contudo, acusa de “culpa exclusiva” do autuante a ocorrência dos fatos quando já é reconhecedor do seu próprio erro, desde a defesa inicial, no envio dos dados dos inventários, fato que gerou todos os erros aduzidos.

Aduz que ainda comete o equívoco de afirmar que o autuante “ao fornecer arquivos magnéticos com os eventuais novos demonstrativos, o fez com senhas para leitura, o que impede, em absoluto o exercício do contraditório”.

Assevera que é uma inverdade, pois o CD entregue ao autuado é uma duplicata do CD que integra este PAF à fl. 397, podendo ser testado por todos, inexistindo qualquer senha.

Rechaça também a argumentação defensiva de que não submeteu o refazimento a “novos procedimentos preparatórios” e não refez a “consistência dos arquivos magnéticos” e repete que o princípio do contraditório fora quebrado quando “as planilhas eletrônicas produzidas...foram encaminhadas com acesso protegido por senha”.

Sustenta que se trata de uma inverdade escandalosa, haja vista que não existe sequer planilha eletrônica quanto mais protegida por senha. Apresenta as seguintes indagações: se os relatórios em formato PDF, integrantes do CD estavam protegidos por senha, logo inacessíveis ao autuado, como pode este afirmar que houve ausências de procedimentos preparatórios? Como pode alegar senhas em Planilhas Eletrônicas se jamais forneceu tais demonstrativos, mas apenas relatórios em formato PDF não processáveis?

Finaliza dizendo que nada mais tem a realizar neste PAF, que no seu entendimento, reitera, deveria ter sido julgado nulo, conforme decidiu a 5ª JJF e, conseqüentemente, ter sido encaminhado a Inspeção de origem para que fosse “Refeita a ação Fiscal”, salvaguardando assim os prazos de decadência e prescrição.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 495/500), reportando-se primeiramente sobre o pronunciamento do autuante na informação fiscal de fls. 342/343, o qual reconheceu ter realizado o levantamento fiscal utilizando dados equivocados, gerando um crédito fiscal fictício e inconsistente, uma vez que eivado de erros materiais. Diz que a rigor, e sem maiores delongas, fato suficiente para a decretação de improcedência do levantamento fiscal, e não a sua nulidade, haja vista que o erro técnico se constitui vício material (erro) e não vício formal.

Registra que a interpretação da 5ª JJF, por ocasião do primeiro julgamento, em decretar a nulidade do Auto de Infração, como se referiu o autuante, por si só denota um erro de entendimento, já que, como visto, um simples "erro" diverge do que se entende por "vício formal", não se permitindo, à luz da doutrina consagrada, o julgador dispor da verdadeira interpretação de conceitos jurídicos consagrados de maneira corporativa, devendo serem preservados os princípios da impessoalidade e legalidade no exercício da função julgadora.

Diz que não menos infeliz, foi o entendimento da 1ª CJF, que, após anular o julgamento da 5ª JJF, quando deveria ter modificado a decisão no sentido da improcedência do Auto de Infração, de forma defesa, encaminhou-o para que o roteiro fosse refeito, constituindo um novo crédito fiscal, dependente de todos os requisitos formais, inclusive a ciência do autuado antes que se operasse a prescrição legal.

Salienta que o fato do "novo" crédito fiscal apurado pelo autuante ter sido superior ao originalmente alcançado, de imediato leva a uma reflexão, especialmente se levar em consideração o que se traduz como o princípio da vedação ao "novatio in pejus", que limita o novo levantamento ao montante do observado no levantamento original, cabendo qualquer valor adicionalmente apurado ser constituído mediante lançamento "ex-officio" complementar, desde que cumprido os requisitos formais e respeitado os prazos decadenciais.

Afirma que no caso em questão, os valores que ultrapassaram o levantamento original já estariam (em tese), sumariamente prescritos, tendo em vista o decurso do prazo extintivo da obrigação tributária.

Diz que não obstante a observação dos aspectos já aventados vale a pena chamar a atenção, que, ainda que o contencioso administrativo em análise esteja impregnado de gravíssimas falhas, a determinação de que o roteiro fiscal fosse refeito pelo autuante, desta vez com o inventário correto, não houve nova intimação ao autuado, novo relatório de inconsistência de arquivos magnéticos, e nem toda a sorte de atos que se traduzem por uma ação fiscal saudável, em que estivesse sido observado os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Entende que o autuante ao afirmar que cometeu uma "escandalosa inverdade" ao questionar a impossibilidade de acessar os dados do CD de mídia fornecido, existe um excesso de indignação, por certo usurpado de um legítimo direito do autuado, que, de repente, se viu vítima de um levantamento fiscal inverossímil.

Aduz que o artigo 46 do RPAF/BA prescreve que o sujeito passivo deve receber, quando da lavratura do Auto de Infração, cópia de todos os termos, demonstrativos, e levantamentos elaborados pelo autuante. Alega que o fornecimento de tais documentos em mídia não substitui a apresentação das referidas cópias, uma vez que não é lícito exigir do autuado que este produza as eventuais provas contra ele próprio. Acrescenta que, nesse sentido, por si só, antecipa a conduta faltosa do autuante, que ao arrepio do RPAF, deixou de fornecer as cópias do novo levantamento efetuado.

Assinala que, além disso, nada justifica o fato do autuante recusar em lhe fornecer uma mídia acessível. Diz que se a mesma não funciona por ter sido gravada intencionalmente com senha, ou até mesmo se decorre de um defeito técnico na mídia eletrônica fornecida, é o que menos importa, pois ela deve ser substituída por outra legível sob pena de descumprimento do devido processo legal e, sobretudo, cerceamento de defesa. Alega que o fato é que não pode exercer seu pleno exercício defensivo sem ter acesso às cópias dos documentos produzidos pelo autuante.

No que tange às reflexões do autuante, esclarece que é impossível saber se o CD que lhe foi fornecido continha relatórios, planilha ou o que quer que seja, haja vista que não conseguiu abri-los.

Quanto à inexistência de atos preparatórios, registra que nada tem a dizer, pedindo apenas os representantes deste Egrégio Órgão Julgador, dignem-se a observar a existência de nova intimação fiscal, inclusive para apresentação dos novos arquivos magnéticos, a existência do novo relatório de inconsistência, dentre outros, o que macula a boa existência do PAF em análise.

Conclui requerendo o direito de provar tudo o quanto alegado, por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive a revisão fiscal feita por fiscal estranho ao feito.

Considerando as alegações defensivas, o processo foi encaminhado em diligência à PGE/PROFIS, a fim de que fosse analisado e emitido parecer sobre a pretensão do impugnante.

A ilustre Procuradora Dr^a Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu Parecer (fls. 510/511), consignando que da análise dos autos, entende que a questão se resolve do ponto de vista do prazo decadencial. Assinala que é fato que cabe ao Fisco constituir o crédito tributário no prazo de 5 anos contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte, na forma do art. 150, §4º, do CTN, em combinação com o art. 107-B do COTEB, por se tratar o ICMS de imposto apurado por homologação.

Diz que considerando que o exercício autuado é de 2005, poderia o Fisco constituir o crédito tributário até 2010.

Manifesta o entendimento que a nulidade decretada pela 5ª JF poderia, de fato, ter sido afastada, se houvesse sido determinado, àquela época, a juntada aos autos dos elementos que comprovavam a infração, ou seja, que fundamentavam o crédito tributário.

Observa que o autuante ao prestar a informação fiscal reconheceu o equívoco, ou seja, ter tomado por base os livros fiscais da empresa matriz e não do estabelecimento filial autuado, e refez os cálculos, sem, contudo, ter apresentado as provas indispensáveis à constituição do crédito tributário, no caso, livros fiscais, demonstrativos, base de cálculo, alíquota, etc.

Salienta que a juntada de tais elementos, que julga essenciais à constituição do crédito tributário, a esse momento, conduz ao reconhecimento imperioso da ocorrência da decadência dos fatos geradores ocorridos em 2005.

Salienta ser fato incontroverso que o ônus da prova do fato constitutivo do direito é do autor, no caso o Fisco, a quem cabia trazer as provas para consubstanciar o crédito tributário que pretendia constituir.

Aduz que imaginar que o Fisco por ter lavrado o Auto de Infração dentro do prazo decadencial tem todo o tempo para trazer as provas necessárias seria, sem dúvida, subverter toda a lógica jurídica do primado de que “*o Direito não socorre a quem dorme*”.

Conclui afirmando que o crédito tributário está fulminado pela decadência, uma vez que as provas da sua constituição só vieram aos autos após o prazo decadencial de 5 anos, na forma do art. 150, §4º, do CTN, combinado com o art. 107-B, do COTEB.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2005.

Inicialmente, cabe-me registrar para melhor compreensão da presente lide, que o presente processo foi julgado nulo pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão JF Nº 0224-05/10, sob o fundamento de falta de certeza quanto à caracterização da infração, tendo recorrido de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, conforme manda o art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício, deu pelo seu provimento, conforme o Acórdão CJF Nº. 0083-11/11, entendendo que os equívocos existentes eram perfeitamente

sanáveis, razão pela qual não poderia a 1ª Instância ter declarado a nulidade do lançamento de ofício, mas sim adotar as medidas necessárias ao saneamento do PAF.

Cumprindo à determinação da 2ª Instância o feito foi convertido em diligência a IFEP COMÉRCIO, a fim de que o autuante juntasse aos autos fotocópias do livro Registro de Inventário do contribuinte autuado, bem como os demonstrativos de cálculo das quantidades omitidas, do preço médio das mercadorias sobre as quais se constatou as diferenças apontadas e do novo demonstrativo de débito com apuração da base de cálculo e do valor do imposto encontrado.

Ocorreu que o autuante ao refazer o Roteiro de Auditoria de Estoques com a utilização do livro Registro de Inventário correto, isto é, pertencente ao estabelecimento filial autuado, apurou omissão de entradas de mercadorias e não mais omissão de saídas, conforme encontrara no levantamento quantitativo original, inclusive modificando o valor do ICMS devido que passou do valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$292.343,55 para R\$732.251,65.

Ao ser cientificado sobre o resultado do novo levantamento quantitativo de estoques o autuado protocolizou diversas petições, no caso, Pedido de Reconsideração – Ao CONSEF; Representação Fiscal – Controle de Legalidade – Distribuição por dependência – À PGE; Representação ao Presidente do CONSEF; Razões de Defesa – CONSEF.

Por entender que apenas a oitiva da PGE/PROFIS se fazia pertinente, por exercer o controle da legalidade – que se dá após o julgamento pela segunda instância – o processo foi encaminhado por esta Junta de Julgamento Fiscal àquele órgão para que emitisse parecer sobre a pretensão do autuado.

Conforme o parecer emitido pela ilustre Procuradora Drª Maria Dulce Baleeiro Costa, o entendimento daquela PGE/PROFIS é de que a questão se resolve do ponto de vista do prazo decadencial, haja vista que a nulidade decretada pela 5ª JFJ poderia ter sido afastada, se houvesse sido determinado, àquela época, a juntada aos autos dos elementos que comprovavam a infração, ou seja, que fundamentavam o crédito tributário.

Observa que o autuante ao prestar a informação fiscal reconheceu o equívoco, ou seja, ter tomado por base os livros fiscais da empresa matriz e não do estabelecimento filial autuado, e refez os cálculos, sem, contudo, ter apresentado as provas indispensáveis à constituição do crédito tributário - livros fiscais, demonstrativos, base de cálculo, alíquota, etc., sendo que a juntada de tais elementos, a esse momento, conduz ao reconhecimento imperioso da ocorrência da decadência dos fatos geradores ocorridos em 2005.

Efetivamente, no presente caso, o que se verifica é a ocorrência da decadência, haja vista que, já na primeira informação fiscal (fl. 342) o próprio autuante admitiu a existência de equívocos no levantamento, pois realizado com base em documentos fiscais do estabelecimento matriz e não do estabelecimento fiscalizado – filial – e esclareceu que testou os inventários e refez o levantamento quantitativo com os inventários corretos, tendo encontrado diferenças de estoques mais significativas do que o encontrado com os inventários errados, elevando consideravelmente o ICMS a cobrar.

Conforme já consignado a nulidade do lançamento do ofício foi decretada pela 5ª JFJ, entretanto, não ratificada pela 1ª CJF, que anulou a decisão, nos termos do Acórdão CJF Nº 0083-11/11, por entender que o vício poderia ser saneado, devolvendo o processo para saneamento e nova decisão pela Primeira Instância.

Ocorre que, ainda na primeira informação fiscal (fl. 342) o próprio autuante admitira a existência de equívocos no levantamento, pois realizado com base em documentos fiscais do estabelecimento matriz e não do estabelecimento fiscalizado – filial – e esclareceu que testou os inventários e refez o levantamento quantitativo com os inventários corretos, tendo encontrado diferenças de estoques mais significativas do que o encontrado com os inventários errados, elevando consideravelmente o ICMS a cobrar. Contudo, as provas de constituição do crédito tributário não foram entregues ao contribuinte, bem como não foram acostados aos autos àquela época, o que somente veio a ocorrer

em momento posterior, ou seja, quando o autuante cumprindo a diligência solicitada, esclareceu que refez o Roteiro de Estoque de Mercadorias com o Inventário correto fornecido pelo autuado, o que confirmou as suas previsões de que o resultado seria a elevação do valor do ICMS exigido. Consignou ainda o autuante que para permitir a ampla defesa do contribuinte anexara em mídia eletrônica todos os documentos comprobatórios dos cálculos.

Ocorre que a entrega dos referidos documentos foi feita em 15/03/2012, conforme intimação à fl. 399, com aviso de recebimento AR, portanto, após o prazo decadencial de 5 anos, na forma do art. 173, I, do CTN, c/c o art. 107-B, do COTEB.

Diante disso, acorde com o Parecer PGE/PROFIS, considero a autuação integralmente insubsistente.

Quanto à solicitação do impugnante, formulada na sessão do julgamento, para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, no endereço Alameda Benevento, nº 479, Edifício Empresarial Itaigara Sul, Sala 404, Itaigara – Salvador/BA, CEP 41.825-000, ressalto que inexistente óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206863.0004/09-9**, lavrado contra **DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA**.

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, 11 de abril de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR