

A. I. Nº - 129423.0002/13-3
AUTUADO - C AMORIM CIA LTDA
AUTUANTE - MARIA LUIZA FREITAS AMARAL VILAS BOAS
ORIGEM - INFAZ V. CONQUISTA
INTERNET - 14.05.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-05/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM REGISTRO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que após a diligência fiscal, quando efetuadas as inserções de notas fiscais não consideradas no levantamento inicial, os valores originais foram alterados, reduzindo o valor do lançamento. No entanto, novas mercadorias foram consideradas no levantamento durante a diligência e assim, foram geradas novas infrações. Na forma como foram lançadas, ofendem frontalmente o devido processo legal e a ampla defesa, pois alterou os critérios originais do lançamento efetuado. Recomendada a renovação da ação fiscal. Infração 1 improcedente e infração 2 procedente em parte. Auto de Infração. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 25/03/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$37.561,11 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1 - Falta de recolhimento do imposto relativo à 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, sendo lançado o valor total de R\$23.687,61, acrescido de multa de 100%.

2 - Falta de recolhimento do imposto, 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 mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$13.873,50 acrescido da multa de 100%.

A impugnante apresenta defesa à fls 65/68, em que diz constatar que no levantamento quantitativo realizado pelo Auditor Fiscal, deixou de inserir, em relação aos exercícios de 2009 e 2010, as notas fiscais de remessa (CFOP 5905) e retorno (CFOP 1906) do depósito fechado para a empresa. Cópias dos livros fiscais de entrada e saídas (ANEXO 01) e das referidas notas fiscais (ANEXO 02), podem comprovar o ocorrido.

Que a não inserção, no levantamento realizado, das notas fiscais de remessa e retorno distorce o valor do lançamento das duas infrações relacionadas no auto de infração, que ora se combate, e

nos dois exercícios auditados. Além disso, no exercício 2010, especificamente em relação ao mês de abril (04/2010), não foi computado todo o movimento mensal (entradas e saídas).

Aduz especificamente em relação ao exercício de 2009, que constatou-se que em relação as mercadorias cujos códigos encontram-se abaixo determinados, ocorreu erro na unidade numeral constante no levantamento. Os estoques inicial e final estavam multiplicados por mil, conforme especificação abaixo:

Código	Estoque inicial		Estoque final	
	Levantamento	Real	Levantamento	Real
0057330	13330	13,330	11648	11,648
0083869	42107	42,107	38107	38,107
0120974	19641	19,641	19581	19,581
0121448	19515	19,515	19445	19,445
0151324	1450	1,450	1380	1,380
0175788	4833	4,833	4693	4,693
0175819	2486	2,486	2346	2,346
0239137	49000	49,000	48000	48,000

Que este fato ocasionou diferenças no levantamento realizado, diferenças estas irreais. Para comprovar a distorção juntou-se ao processo cópias de notas fiscais de vendas dos produtos relacionados acima (ANEXO 03), onde demonstra que suas saídas ocorrem por fracionamento. Além disso, e por conta da divergência já apontada, o preço médio adotado no levantamento é ilusório em relação ao adotado no mercado para as mencionadas mercadorias.

Acrescenta que no caso da autuação em tela, não há dúvida quanto às inconsistências praticadas no levantamento quantitativo de estoque que resultou na cobrança das infrações 01 e 02 tipificadas no presente auto de infração. Não há como oferecer sustentações a estas infrações que ora se impugna, que não tem alicerce legal, e que não pode dissociar-se dos princípios delineados no artigo 37 da Constituição Federal.

Frisa ainda que o lançamento ora efetuado está comprometido pela falta de clareza na determinação da base de cálculo e, conseqüentemente, na apuração do tributo devido consoante doutrina aceita pelos tributaristas, como nos ensina IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, cujo trecho transcreve na defesa.

Que há de se observar que a legislação estadual, especificamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do estado da Bahia delinea no sentido que será considerado nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator (art. 18, IV,a). Observa-se no auto de infração que há como se definir com segurança que infrações 01 e 02 determinadas corretamente e que o tributo devido foi apurado em valores exatos. Alega ser necessário que o lançamento esteja formalizado com perfeita nitidez para que o contribuinte possa ter certeza de que realmente aquele imposto lançado seja efetivamente devido.

Assim colocada a questão e, em síntese, considerando a falta de consistência na determinação de base de cálculo e apuração do ICMS devido constantes das infrações 01 e 02 do auto de infração há que serem declaradas insubsistentes as infrações 01 e 02 do auto de infração que ora se acata, tornando-se sem efeito o imposto exigido, bem assim a multa pretendida.

Acaso não seja acatado o pedido inicial que seja, então, procedida diligências, aquelas necessárias à plena elucidação das questões ora suscitadas.

Às fls. 76/77, a autuante apresenta informação fiscal, onde aduz que após análise das razões de impugnação, constata que não foi apresentado nenhum conteúdo para que o referido Auto de Infração seja nulo, pois não aponta fato ou ato que possa ser considerado para nulidade.

Aduz que a autuada, apenas aponta os erros, mas esqueceu ou não existem as notas fiscais que comprovam as alegações, como também esqueceu que os levantamentos quantitativos de estoque de mercadorias, foram realizados tendo como base os arquivos magnéticos SINTEGRA (anexo as fls. 59), fornecido pela própria empresa e apresentado regularmente a INFAZ, com todos os registros de entradas, saídas, inventário, inclusive os registros de abril de 2010, conforme Convênio 57/95 SINTEGRA.

Mantém a ação fiscal, porque agiu estreitamente conforme as determinações da Legislação vigente, esperando que este Egrégio Conselho de Fazenda julgue PROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO em todos os seus termos, condenando-se ao infrator o pagamento de débito objeto de defesa e seus acréscimos legais.

À fl. 84, a 5ª JJF converteu o processo em diligência para que o impugnante fosse intimado a apresentar em dez dias as cópias reprográficas de todas as notas fiscais que alega estarem ausentes do levantamento de estoque e que em procedendo as alegações, auditor fiscal estranho ao feito refizesse os cálculos dos demonstrativos.

À fl. 86, a própria autuante apresenta nova informação fiscal em que confirma que o impugnante foi devidamente intimado e apresentou cópias das notas fiscais ausentes nos exercícios de 2009 e 2010 e que foram incluídas nas planilhas do SAFA e foram refeitos os cálculos apresentados e geradas novas infrações. A infração 1, em 31/12/2009, o valor de R\$13.595,08 e a de 31/12/2010 de R\$10.092,53, ambos passam para ZERO. A infração 2, em 31/12/2009 passa de R\$3.448,52 para R\$332,15 e a de 31/12/2010 passa de R\$10.424,98 para R\$28,49.

No entanto, são lançadas mais 4 infrações decorrentes do surgimento de mercadorias que não foram consideradas no levantamento original, em decorrência das notas fiscais que foram apresentadas na diligência. À fl. 553 a impugnante tomou ciência da informação fiscal mas permaneceu silente.

VOTO

Constato que após a diligência, e o refazimento dos cálculos após a apresentação de documentos fiscais ausentes do primeiro levantamento, já na segunda informação fiscal, fls. 610, na infração 1, o valor lançado em 31/12/2009 foi alterado de R\$13.595,08 para zero, e o valor de 31/12/2010, foi alterado de R\$10.092,53 para ZERO, não remanescendo qualquer valor para o total da infração 1.

Já a infração 2, foi alterada em 31/12/2009 de R\$3.448,52 para R\$332,15 e o valor de 31/12/2010 foi alterado de R\$10.424,98 para R\$28,49, remanescendo na infração 2, o valor total de R\$360,64. Assim, comprovado que após a diligência fiscal, quando efetuadas as inserções de notas fiscais não consideradas no levantamento inicial, os valores originais foram alterados, de forma a se encontrar a verdade material. Infração 1 improcedente e infração 2 procedente em parte.

No entanto, com a apresentação das notas fiscais ausentes, novas mercadorias foram consideradas no levantamento durante a diligência e constato que na informação fiscal, fls. 86, a autuante elaborou novos relatórios decorrente da inserção de notas fiscais que não foram consideradas no levantamento original; no entanto foram geradas novas infrações, por conta de mercadorias que não estavam no primeiro levantamento, como lâmpadas, mas que estavam nas notas fiscais apresentadas na diligência.

O lançamento tributário, via de regra, é regido pelo princípio da inalterabilidade, ou seja, uma vez realizado não pode mais sofrer modificação pela autoridade administrativa, conforme o disposto no art. 146, do Código Tributário Nacional. O lançamento só pode ser regularmente alterado nos casos previstos do art. 145 e 149 do CTN, e a situação presente não se enquadra nas exigências legais. Tais infrações, na forma como foram lançadas, ofendem frontalmente o

devido processo legal e a ampla defesa, pois alterou os critérios originais do lançamento efetuado.

É inadmissível revisão do lançamento com inclusão de novas infrações ou itens não considerados no lançamento original. Assim entendo ser perfeitamente possível e recomendável a renovação da ação fiscal para se lançar imposto constatado em erro material no presente lançamento, e apresentados no decorrer da diligência, já que quando foi lavrado o presente o auto de infração, tais ocorrências não haviam sido identificadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **129423.0002/13-3**, lavrado contra **C AMORIM CIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$360,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II "d" do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade competente a renovação da ação fiscal para lançamento do imposto decorrente das infrações detectadas durante a realização da diligência fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR