

PROCESSO - A. I. Nº 206896.0919/13-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FOXTROT COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0156-02/17
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/03/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0017-11/19

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA EXAÇÃO. Os arquivos magnéticos apresentam inconsistências, tornando o levantamento realizado inseguro quanto a apuração dos valores. Item nulo. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Não verificado o devido processo legal, por não se consignar na intimação o prazo legal concedido ao contribuinte para correção de inconsistência. Item nulo. Auto de Infração nulo, nos termos previstos no art. 18 do RPAF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0156-02/17, por ter desonerado o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, ao considerar Nulo o Auto de Infração, lavrado em 27/12/2013 para exigir o crédito tributário no valor de R\$50.184,73, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

Infração 1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$41.224,57, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base da presunção 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2009, realizada com a utilização de arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte.

Infração 2. Multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$757,41, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações insertas nos arquivos magnéticos SINTEGRA e os valores constantes nas DMA, no exercício de 2009.

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração NULO por constatar que os arquivos magnéticos foram apresentados com inconsistência e, em consequência, não poderia o autuante partir para a realização de um levantamento quantitativo nos moldes em que foi feito, ainda que reconhecendo as inconsistências existentes, como também, em relação à infração 2, tendo em vista que a base para o lançamento, mais uma vez, foram os arquivos magnéticos SINTEGRA, tidos como inconsistentes, e, consequentemente, imprestáveis para servir de comparação, pela incerteza dos saldos ali contidos, consoante já visto na infração 1, conforme os seguintes excertos:

VOTO

[...]

No mérito, a infração 01 nada mais é do que consequência da realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, em relação ao qual, algumas observações são pertinentes.

[...]

Passando à análise objetiva dos fatos, a busca da verdade material foi incessantemente procurada, inclusive o feito convertido em diligência, a fim da que esta fosse alcançada, o que, à vista dos fatos já relatados se mostrou

infrutífera, diante do fato da alegada e comprovada impossibilidade de se refazer os arquivos magnéticos por parte da empresa autuada, frente dos obstáculos técnicos colocados pela empresa responsável pelo seu sistema de informática e controle de estoque, do autuante não rebater, sequer abordar as inconsistências de seu levantamento apontada na última intervenção da empresa, frente a duplidade existente em lançamentos de documentos fiscais, o que leva à conclusão de que o levantamento padece de vício que o macula e inquia com a nulidade, diante do fato do autuante ter tomado como parâmetro para a apuração dos valores lançados códigos que não guardam correlação, qual sejam os de treze dígitos e os de quatorze dígitos, e à vista dos levantamentos incluídos na mídia acostada ao feito, sequer ter feito agrupamento de produtos, o que o torna ineficaz, e faz com que a necessária segurança jurídica que a autuação deve possuir não se mostre presente no presente caso, o que permite a aplicação do teor do artigo 18, inciso IV, alínea "a" do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, ainda em se tratando de presunção, como nos autos em questão, acolhendo, pois, a tese defensiva.

Isso diante do fato de o tributo só poder incidir sobre fatos reais. Para que haja a tributação, necessário se torna a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual deve demonstrar de forma inofismável a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, naquilo que a doutrina denomina de princípio da verdade material, já abordado anteriormente. E esta prova não veio ao processo, diante da forma pela qual foram elaborados os levantamentos realizados pela auditoria.

Assim, à vista das dificuldades verificadas, em relação aos arquivos magnéticos, e a sua discrepância com os cupons fiscais, poderia o autuante ter realizado outros roteiros de fiscalização mais eficazes, optando, até mesmo pela adoção extrema de arbitramento da base de cálculo se fosse o caso. Não poderia, como fez, partir para a realização de um levantamento quantitativo nos moldes em que foi feito, ainda que reconhecendo as inconsistências existentes.

Tanto é assim que na sua última manifestação, o autuante reafirma seu propósito de refazer o levantamento, desde que de posse de arquivos consistentes, o que não se afigura possível, diante dos elementos coligidos pela autuada, decorrente da empresa de suporte de seus sistemas.

Se por um lado, a empresa autuada agiu erradamente ao não apresentar os arquivos magnéticos SINTEGRA sem inconsistências, nem retificá-los quando solicitado, como prevê a legislação, inclusive prevendo a sua apenação ao descumpri-la, por outro lado, na forma do artigo 42, inciso XIII-A, o autuante, da mesma forma não agiu corretamente ao efetuar um levantamento de estoque baseado em arquivos magnéticos inconsistentes, muito embora fizesse menção a tal fato, apesar de em outro momento de suas intervenções, asseverar que os arquivos magnéticos que serviram de base para a autuação se apresentavam inconsistentes e, desta forma, imprestáveis para fins de embasamento de qualquer auditoria.

Da mesma maneira, acolho a manifestação última do contribuinte, apesar da discordância do autuado, que a entende intempestiva, diante do largo lapso temporal decorrente da intimação realizada e a sua apresentação, pelo fato de que, conforme amplamente exposto anteriormente, no processo administrativo fiscal se buscar de forma velada a verdade material.

Por tais razões, julgo a infração 01 nula, ao tempo em que esclareço que tal posicionamento igualmente foi tomado por ocasião do julgamento do Auto de Infração 206896.0108/12-2 lavrado contra o mesmo contribuinte, pelo mesmo autuante, e em situação análoga à presente, o qual foi julgado nulo pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF 0008-05-13, Decisão confirmada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF 0392-12/14, ao negar provimento ao Recurso de Ofício tendo sido, inclusive, tal fato mencionado pela defesa em suas intervenções no presente feito.

Da mesma maneira, no Auto de Infração 206896.0111/11-5 no qual contam mesmo autuante e autuada, na Infração 01, de igual teor daquela do presente, tendo inicialmente os arquivos magnéticos sido apresentados com inconsistência, após retificação foram refeitos os demonstrativos originais, e a infração julgada procedente em parte, através do Acórdão JJF 0334-05/11, diante da redução ocorrida no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, sendo tal Decisão confirmada através do Acórdão CJF 0370-11/12, que não acolheu o Recurso de Ofício interposto, o que prova que aflorando nos autos a verdade material, o desfecho do processo se apresenta diferente, tal como a sua Decisão.

Já a infração 02, decorre da falta de entrega de arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, conforme valores confrontados entre o somatório das operações insertas nos arquivos magnéticos SINTEGRA e os valores contidos nas DMAs conforme planilha anexa.

Enfatizo que em momento algum, a defesa se insurgiu contra esta infração, atacando, em todas as suas intervenções ao curso deste longo processo, apenas e tão somente a infração 01.

Tal fato, entretanto, não exime o julgador de algumas observações: começo pelo fato de que, analisando a planilha de cálculo da infração contida na mídia acostada à fl. 20, devidamente entregue ao autuado consoante recibo de fl. 21, além de impresso à fl. 19, a apuração do débito se deu a partir do confronto entre os valores de

saídas informados nas DMAs do exercício de 2009 (R\$ 5.099.261,85), com os informados nos arquivos SINTEGRA (R\$ 5.023.520,65), resultando em diferença de R\$75.741,20 sobre a qual foi aplicado o percentual de 1%.

Como visto, a base para o lançamento, mais uma vez, foram os arquivos magnéticos SINTEGRA, tidos como inconsistentes, e, consequentemente, imprestáveis para servir de comparação, pela incerteza dos sados ali contidos, consoante já visto na análise da infração 01.

Assim, não há outra saída, para o julgador, que não seja a decretação de sua nulidade, o que faço de ofício, amparado no mesmo artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, diante da insegurança quanto a ocorrência efetiva da infração imputada.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração nulo, diante da nulidade das duas infrações que o compõem.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Da análise do Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0156-02/17, inicialmente, no que tange à infração 1, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, eis que o veredito que concluiu ser nula a infração se fundamentou no fato da auditoria de estoque procedida ter se lastreado em arquivos magnéticos do SINTEGRA apresentados com inconsistência e, desta forma, imprestáveis para fins de embasamento de qualquer auditoria, visto que, para que haja tributação, necessário se torna a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual se deve comprovar de forma inofismável a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, em razão da verdade material, o que não ocorreu no caso concreto, existindo insegurança no lançamento de ofício.

Assim, apesar das diversas tentativas para tornar consistentes os arquivos magnéticos, verifica-se que não ocorreu, a exemplo do excerto às fls. 334; 353 e 390 dos autos, pelo qual o próprio autuante afirma que:

“Outrossim, visando descaracterizar a pretensão da ocorrência de cerceamento de direito a ser alegada, aceitamos refazer os trabalhos de auditoria caso o contribuinte, de fato, oferte os novos arquivos magnéticos realmente corrigidos, haja vista que as suas afirmações anteriores de que ocorreram as retificações requeridas não correspondem, conforme confissão do mesmo, à realidade esperada por quem respeita a legislação”.

“Apesar de ter recebido o aludido Termo de Intimação, conforme cópia acostada em sua nova peça defensiva às fls. 379 a 387, de 18/07/2016, não consta ter o mesmo fornecido os arquivos magnéticos corrigidos, visando possibilitar o reexame dos dados, objeto de questionamento por parte do Conselho de Fazenda Estadual, falecendo condições objetivas de se elaborar os demonstrativos pertinentes”.

Registre-se, ainda, que, segundo se depreende do grifo abaixo, existiam outras inconsistências, a saber:

Passando à análise objetiva dos fatos, a busca da verdade material foi incessantemente procurada, inclusive o feito convertido em diligência, a fim da que esta fosse alcançada, o que, à vista dos fatos já relatados se mostrou infrutífera, diante do fato da alegada e comprovada impossibilidade de se refazer os arquivos magnéticos por parte da empresa autuada, frente dos obstáculos técnicos colocados pela empresa responsável pelo seu sistema de informática e controle de estoque, do autuante não rebater, sequer abordar as inconsistências de seu levantamento apontada na última intervenção da empresa, frente a duplicidade existente em lançamentos de documentos fiscais, o que leva à conclusão de que o levantamento padece de vício que o macula e inquia com a nulidade, diante do fato do autuante ter tomado como parâmetro para a apuração dos valores lançados códigos que não guardam correlação, qual sejam os de treze dígitos e os de quatorze dígitos, e à vista dos levantamentos incluídos na mídia acostada ao feito, sequer ter feito agrupamento de produtos, o que o torna ineficaz, e faz com que a necessária segurança jurídica que a autuação deve possuir não se mostre presente no presente caso, o que permite a aplicação do teor do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, ainda em se tratando de presunção, como nos autos em questão, acolhendo, pois, a tese defensiva.

Diante de tais considerações, corroboro com a Decisão recorrida de concluir pela nulidade da exação, por restar comprovado que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, conforme termos a seguir reproduzidos:

“Assim, à vista das dificuldades verificadas, em relação aos arquivos magnéticos, e a sua discrepância com os

cupons fiscais, poderia o autuante ter realizado outros roteiros de fiscalização mais eficazes, optando, até mesmo pela adoção extrema de arbitramento da base de cálculo se fosse o caso. Não poderia, como fez, partir para a realização de um levantamento quantitativo nos moldes em que foi feito, ainda que reconhecendo as inconsistências existentes”.

Quanto à infração 2, vislumbro que a nulidade da exação decorre do fato de que na intimação, datada de 16/03/2012, reproduzida às fls. 324/325 dos autos, não consigna o prazo de trinta dias para o contribuinte corrigir o arquivo magnético apresentado com inconsistência, como previsto, à época, no art. 708-B, § 5º, do RICMS/97. Também pelo fato de o próprio autuante afirmar que em 03/04/2012 o contribuinte enviou os arquivos magnéticos como se corrigidos estivessem, o que o levou, em 10/04/2012, a encaminhar nova intimação, requerendo as correções devidas, a qual diz encontrar-se às fls. 61 e 64, porém não constatada.

Sendo assim, sob fundamentação diversa da Decisão recorrida, declaro de ofício a nulidade da exação 2, por não ter se verificado o devido processo legal, como já mencionado, em razão de não se consignar na intimação o prazo legal concedido ao contribuinte para correção das inconsistências, assim como não existir nos autos a aludida “nova intimação”.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206896.0919/13-9**, lavrado contra **FOXTROT COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2019.

RUBENS SOARES BEZERRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS