

PROCESSO - A.I. Nº 232884.0015/00-3
RECORRENTE - JBM COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 2143-12/01.
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 03.06.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0070-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de Decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência, bem como as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. As decisões invocadas, dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo, por intermédio do seu ilustre patrono, em relação ao Acórdão nº 2143-12/01 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário anteriormente interposto.

A questão objeto deste Recurso de Revista diz respeito a “falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria, em exercício aberto”.

Em relação ao item acima destacado, a 2ª CJF manteve a Decisão de 1ª Instância fundamentada no Voto abaixo :

Examinando as arguições de nulidades suscitadas como preliminar no Recurso interposto, verifico que o recorrente centraliza a discussão quanto ao fato do item 1, que trata do levantamento quantitativo de estoque, em exercício aberto, tomar por base a declaração de estoque datado de 13/04/99.

A documentação acerca do trabalho elaborado pelo autuante fls. 10 a 67 dos autos, afere a existência de irregularidades no Estoque, caracterizadas por saídas sem emissão de notas fiscais, e a Declaração da Contagem de Estoque, acostada aos autos, foi o motivo que ensejou a nulidade do Auto de Infração anteriormente lavrado, cuja cópia da Decisão encontra-se acostada ao presente processo, às fls. 251 a 253.

Assim, a alegação de que os documentos não se prestam a embasar o Auto de Infração em comento, deve ser repelida desde já, pois a nulidade decorreu do vício que foi tido como insanável, por má formação do PAF, e o refazimento do Auto de Infração foi uma medida correta, e que tem previsão legal, consoante a regra do art. 21, do RPAF/99, que determina que a autoridade ao decretar a nulidade deverá mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas. Outro fato a ser levado em conta, é que não se

trata de existência de vício na Declaração do Estoque, visto que a mesma foi devidamente assinada por preposto da empresa, conforme documentos de fls. 68 a 70 dos autos, sendo portanto um documento que respalda a exigência fiscal, e não prospera o argumento de que considerado Nulo o Auto de Infração por vício formal, não possa ser refeito o mesmo, para no mérito, examinar os mesmos documentos, que permanecem incólumes, pois não foram objeto de apreciação.

As alegações do recorrente não têm respaldo legal, ao entender diante da nulidade do Auto de Infração, anteriormente lavrado, por faltar o elemento que desse substrato à acusação de omissão de saídas, apuradas mediante a contagem física de estoques, no exercício aberto, em razão da falta da multicitada Declaração de Estoque inquinaria de nulidade este Auto de Infração, ora em exame, uma vez que não obsta que a Fazenda Pública através dos seus prepostos, no prazo previsto para constituir o crédito tributário, renove o procedimento fiscal, instruindo o Auto de Infração com os mesmos elementos e demonstrativos.

No presente caso, o Auto de Infração de que se refere o recorrente – Auto de Infração nº 232884.009/99-2, foi corretamente julgado Nulo e confirmado no Recurso de Ofício pela 2ª Câmara.

Convém ressaltar, que a Junta de Julgamento Fiscal, poderia ter decidido pela diligência, na fase instrutória, para determinar que o autuante anexasse a aludida Declaração de Estoque, que em face da sua ausência ensejou a eiva de que alegou o recorrente, e foi acolhido pelo referido órgão julgador, porque se tivesse procedido de tal modo, teria saneado o processo, consoante determina o art. 18 § 1º do RPAF/99. Ademais, o art. 127, § 7º, prevê para o caso em que o autuante na informação fiscal junte novos demonstrativos, se dê ciência ao sujeito passivo e reabra o prazo, para querendo, o mesmo se manifestar sobre a juntada de novos documentos. Tendo estas regras processuais a finalidade de zelar pela saúde do processo, para afastando as irregularidades e vícios que maculem o mesmo, porquanto a nulidade, comporta questionamentos, diante da divisão acerca dos atos nulos e dos considerados anuláveis, e destes se admitem a convalidação com a sanação da irregularidade existente, não resultando, necessariamente em nulidade, e garantindo o que preceitua o art. 5º, inciso LV da CF/88, ou seja, possibilitando o contraditório e a ampla defesa.

Considero que de fato, a inexistência da Declaração de Estoque, se constitui uma irregularidade, que no caso em tela, não tendo sido saneada, teve o desfecho da decretação da nulidade, mas, no mérito, a ação fiscal prospera com a lavratura do Auto de Infração, objeto deste processo, acompanhado dos elementos que comprovam a infração apontada, e a Declaração de Estoques, às fls. 68 a 70 dos autos, onde identifica as mercadorias existentes na data da contagem (13/04/99), data em que se tomou por base para o termo final da contagem do estoque, tratando-se de exercício em aberto.

Deste modo, a preliminar argüida pelo recorrente não tem pertinência, vez que não pode se ignorar a existência dos levantamentos e demonstrativos que apontam a realização de operações sem a emissão de documentos fiscais, o que resulta na falta de pagamento de imposto.

Trata-se de matéria eminentemente fática e o recorrente não apresentou qualquer demonstrativo ou elemento que pudesse contrapor aos acostados na peça vestibular.

Por outro lado, o pedido de Diligência por fiscal estranho ao feito, não atende ao que determina o art. 145 do RPAF/99. E de outro modo, não produzindo o sujeito passivo qualquer levantamento que possa contrapor aos elaborados pelo autuante, para ser objeto de reexame por um fiscal estranho ao feito, aqui tem plena aplicação a regra dos arts. 140 e 143 do mesmo RPAF, e em face da documentação fartamente acostada aos autos, pelo autuante, razões que me levam a não acolher a tal pedido.

Quanto à alegação de que a contagem teria sido feita por gênero e não por espécie, razão não assiste o recorrente, pois o que se vê do demonstrativo de fl. 11, é a identificação de produtos por marcas, e tal procedimento não contraria a Instrução Normativa 310/90, nem a Portaria nº 445/98. Ressalte-se que a documentação fiscal (Livro de Inventário com cópias anexas) e algumas notas fiscais acostadas ao processo indicam que o autuante tomou por base a forma como estavam descritas as mercadorias para nortear o seu trabalho fiscal.

Deste modo, acompanho quanto ao item 1, o entendimento da PROFAZ, exarado no Parecer às fls. 292 e 293 dos autos, e neste item, tenho como correta a Decisão Recorrida, pois a referida infração está devidamente caracterizada”.

Inconformado com a Decisão acima, o sujeito passivo volta a argüir, em sede de Recurso de Revista, basicamente, os mesmos argumentos já expostos no Recurso Voluntário, os quais, ficam resumidos conforme abaixo.

Após efetuar uma “sinopse do processo”, reitera todos os argumentos expendidos no curso de todo o processo administrativo, requerendo reapreciação dos mesmos. Sustenta a preliminar de nulidade do Auto de Infração diante do “aproveitamento de atos extraídos da autuação anterior julgada nula” pois validou um demonstrativo que fazia parte de Auto de Infração julgado Nulo. Diz que não se trata de um documento fiscal, conforme entendeu a Sra. Relatora da 2ª CJF, se assim fosse, razão assistiria a ilustre relatora pois a decretação da nulidade do Auto de Infração anterior não atingiria documentos fiscais e contábeis pois estes são apenas espelho da efetiva operação realizada.

Considera absurda a Decisão da Câmara que, ao seu entendimento, revogou a nulidade anteriormente decretada. Acrescenta que no ano de 2000, já encerrado o exercício de 1999, o autuante utilizou “contagem física” elaborada em 13/04/99 para concluir pela ocorrência de omissão de saídas. Não concorda que uma contagem física efetuada em 13/04/99 possa ser utilizada para uma autuação em novembro/00, na medida em que essa contagem física foi declarada nula, portanto inexistente. Argüi que deveria ter sido efetuada nova contagem física no ato da ação fiscal.

Acrescenta que a auditoria por exercício fechado foi indevidamente abandonada quando da lavratura do Auto de Infração nº 232884.0009/99-2, que foi anulado, porque o autuante não teria concordado com o lançamento efetuado no livro Registro de Inventário, em 31/12/98. Aduz a falta de motivação fática e legal para adoção, em exercício já encerrado, de auditoria por exercício aberto e, estando o exercício autuado encerrado, com decretação da nulidade da contagem física juntamente com o Auto de Infração nº 232884.0009/99-2 e sua motivação, jamais poderia tal levantamento servir de sustentáculo para o presente Auto de Infração.

Afirma que o que se pretende com o presente Auto de Infração não é a renovação da ação fiscal, pois nada de novo existe. O que se deseja fazer é tentar suprir, sem base legal, via novo Auto de Infração, vício que contaminou outro Auto de Infração anteriormente cancelado. Não concorda que a ausência do documento que resultou na anulação do Auto de Infração anterior “apareça” e tente lastrar novo procedimento fiscal.

Argumenta, a seguir, a falta de padronização das mercadorias por espécie, onde foi considerada no campo especificação a expressão “todos” por marca de produtos e não por espécie distintas, a partir de cada marca. Com isso, a autuação engloba calçados “por marca” o que, na sua ótica, torna viciado o trabalho fiscal, já que não existe nos autos justificativa para tal procedimento. Argüi que esse procedimento não condiz com a norma contida na Portaria nº 310/90. Diante disto considera comprometido não só o levantamento quanto o cálculo do preço médio.

Visando consubstanciar seus argumentos, cita e transcreve os Acórdãos nºs 0782/96 e 1246/99, oriundos de Câmara de Julgamento, onde, o primeiro refere-se a Auto de Infração julgado Nulo pelo fato do levantamento quantitativo ter sido elaborado tendo por base método inconsistente, em desacordo com a Instrução Normativa nº 310/90. Já o segundo, trata-se de nulidade de levantamento realizado por gênero e não por espécie de mercadorias.

Em seguida, argüi que outro ponto irregular da autuação diz respeito a apuração dos preços médios unitários já que não constam no processo demonstrativo de apuração de tais valores. Diante disto considera insegura a autuação, dificultando o amplo exercício do direito de defesa. Neste tópico, apresenta como paradigma as Resoluções nºs 3.757/96, 0018/97 e 4011/96, todas originárias de Câmaras de Julgamento, cujos respectivos Autos de Infração foram julgados Nulos em razão de, respectivamente: falta de demonstração do método utilizado para apuração da base de cálculo e, os dois últimos por inexistência de elementos comprobatórios da determinação da base de cálculo.

Adentra as Razões de Mérito alegando que se encontra obstruído de exercer livremente o seu direito de defesa. Refere-se à existência de ofensa ao princípio de autonomia dos estabelecimentos, a ausência de padronização das mercadorias por espécie e ao arbitramento indevido e sem lastro técnico do valor da base de cálculo. Diz que essas questões já foram abordadas anteriormente e apresenta como paradigma o Acórdão nº CJF nº 1982/00 que trata de Auto de Infração julgado Nulo pelo fato de não ter sido juntado ao PAF documentos que registrassem o estoque final. Na realidade, este é, exatamente, o Auto de Infração anteriormente anulado e que resultou no novo procedimento fiscal ora em análise.

Diz que consta do ato anulado que a autuação incluiu em levantamento do estabelecimento matriz, aquisições efetuadas por outras filiais. Em relação à determinação da base de cálculo assevera que não foi atendido o art. 60, inciso II, “a”, do RICMS/97, no tocante a utilização do preço médio praticado pelo contribuinte e que essa média não poderia ser apurada com o agrupamento de mercadorias por gênero.

Comenta a diligência fiscal realizada para fim de julgamento do Auto de Infração anulado anteriormente e, após outros comentários a respeito de questões já mencionadas neste Recurso, requer o seu Conhecimento e o Provimento para que a Infração 1 do Auto de Infração seja julgada Nula ou Improcedente.

A PROFAZ se pronuncia por intermédio do Parecer nº 106/02, fls. 363 e 364, onde, analisa todo o Recurso e conclui pela ausência dos requisitos de admissibilidade exigidos no art. 169, inciso II, alínea “a”, do RPAF. Entende esse órgão jurídico que as Decisões Paradigmas indicadas, transcritas e anexadas aos autos relatam situações jurídicas claramente diversas da situação jurídica constatada nos presentes autos.

Considera que nas Decisões Paradigmas, vislumbrou a nulidade de procedimentos fiscais em função de equívocos insanáveis cometidos na lavratura daqueles Autos de Infração, quais sejam : inexistência de elementos comprobatórios na determinação da base de cálculo; inexistência da peça demonstrativa do levantamento do preço unitário médio; levantamento quantitativo

elaborado com base em método inconsistente e conflitante com as disposições da Instrução Normativa nº 310/90.

Já no presente PAF, a infração fiscal restou claramente descrita, tipificada, quantificada, comprovada diante provas documentais e fundamentada na legislação vigente. O levantamento do estoque identifica os produtos por marca em consonância com os termos da Instrução Normativa nº 310/90 e Portaria nº 445/98.

Na assentada do julgamento dia 17/04/02 o Conselheiro Dr. Max Rodrigues Muniz solicitou e obteve vista ao PAF.

VOTO

De início, quero consignar que acolho integralmente o opinativo da Douta PROFAZ por também entender que o recorrente não atendeu ao requisito para admissibilidade do Recurso de Revista previsto no art. 169, inciso II, “a”, do RPAF-BA em vigor. Na realidade, os argumentos expendidos pelo recorrente, são idênticos aos já apresentados quando da apresentação das Razões de Defesa inicial e, por igual, em sede de Recurso Voluntário, os quais foram corretamente afastados nos julgamentos já realizados, cujos fundamentos esposados nos votos respectivos ficam aqui mantidos.

Realmente, neste Recurso de Revista, o recorrente pleiteia, em preliminar, a Nulidade do Auto de Infração, onde apresenta a título de paradigma Decisões que retratam situação jurídica claramente diferente da que se encontra neste PAF, na medida em que as Decisões apresentadas tratam de nulidade de Autos de Infração em razão de :

Resolução nº 0782/96: *Levantamento quantitativo elaborado tendo como base método inconsistente e em desacordo com a Instrução Normativa nº 310/90.* Situação que não se aplica no caso presente pois o recorrente não aponta qualquer tipo de inconsistência no levantamento que respalda o presente Auto de Infração. O argumento de que houve agrupamento indevido das mercadorias por marca, suscitada pelo recorrente, não se enquadra no Roteiro de Auditoria AUDIF nº 207, estabelecido pela Instrução Normativa nº 310/90, que no item 2.4 autoriza o agrupamento generalizado das mercadorias, justamente no ramo de atividade do recorrente, nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias, fato este que está comprovado nos autos através das notas fiscais juntadas pelo autuante. Portanto, esta resolução não atende ao requisito para admissibilidade do Recurso.

Acórdão CJF nº 1246/99: *Levantamento efetuado por gênero e não por espécie. Descaracterizado o cometimento da infração.* Apesar do Acórdão não ter sido juntado pelo recorrente, da leitura da ementa depreende-se que se trata de situação que não se assemelha ao presente PAF pois neste, além de não restar descaracterizada a infração o levantamento atende a norma estabelecida pela Instrução Normativa nº 310/90.

Diante disto, afasto a preliminar de nulidade argüida já que não houve aproveitamento de ato extraído de outro Auto de Infração julgado Nulo. Esse Auto de Infração foi julgado NULO justamente pela falta de juntada da Declaração do Estoque, documento esse que não foi anulado e nem poderia ser, pois se refere a uma contagem física realizada no dia 13/04/99, cuja apuração foi acompanhada e ratificada pelo representante da empresa presente naquele momento.

Quanto à arguição de nulidade por falta de demonstração do cálculo do preço médio unitário, tais documentos constam às fls. 61 a 63 dos autos, com recibo de entrega ao recorrente. Já as resoluções apresentadas como paradigma tratam de:

Resolução nº 3757/96: *Levantamento quantitativo. O autuante não junta ao processo o indispensável método que esclarecesse como se chegou à base de cálculo.* No caso em tela, o cálculo do preço médio unitário está demonstrado às fls. 61 a 63 dos autos, cuja cópia do demonstrativo foi entregue ao contribuinte mediante recibo aposto à fl. 63. Portanto, não atende ao requisito de admissibilidade.

Resolução nº 0018/97: *Levantamento quantitativo. Inexistência de elementos comprobatórios na determinação da base de cálculo.* Situação idêntica a comentada no item relativo a Resolução nº 3.757/96.

Resolução nº 4011/96: *Levantamento quantitativo. Ausência de demonstrativo de apuração do preço médio unitário.* Repete-se as situações antecedentes e acima comentadas.

Acórdão nº 1982/00: *Levantamento quantitativo. Não foi acostado aos autos documentos que registrassem o valor do estoque final.* Este Acórdão refere-se, exatamente, a Decisão da 1ª CJF que manteve a Nulidade do Auto de Infração em razão de não ter sido anexado aos autos o demonstrativo da contagem do estoque. A própria Câmara determinou que fosse feito o procedimento fiscal, devidamente consubstanciado. O novo procedimento fiscal está amparado na Declaração de Estoque, fls. 76 a 78, assinada pelo representante da empresa, a qual deixou de ser juntada ao Auto de Infração anterior. Portanto, não serve como paradigma para o presente caso.

Em razão do exposto concluo pelo afastamento das preliminares de nulidade enquanto que o recorrente não preencheu o requisito legal para admissibilidade do Recurso de Revista já que os assuntos abordados nos Acórdãos apresentados em paradigma não guardam identidade com a questão tratada no Acórdão objeto do presente Recurso de Revista.

Em consonância com o opinativo da Douta PROFAZ e com base no art. 173, inciso III, do RPAF-BA, voto pelo NÃO CONHECIMENTO deste Recurso de Revista e pela manutenção da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho da Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, NÃO CONHECER o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232884.0015/00-3**, lavrado contra **JBM COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$173.907,97**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **8 UPFs-BA**, prevista no art. 42, XX, “c”, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE- REPR. DA PROFAZ