

PROCESSO - A.I. Nº 03727966/98
RECORRENTE - IRMÃOS PIANNA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0033-01/02
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 21.05.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0154-12/02

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. **a)** REDUÇÃO EFETUADA A MAIS NAS OPERAÇÕES COM MÁQUINAS E IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS. Reconhecida pelos autuantes a existência de erros de cálculos reduzindo-se o valor do débito. **b)** REDUÇÃO NAS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO CONSIDERADAS MÁQUINAS OU IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS, RESULTANDO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Imputação não elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO E MULTAS, INCLUSIVE POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. A constatação de saídas de mercadorias não declaradas na escrita fiscal, caracteriza falta de pagamento do imposto, haja vista que as saídas constituem o aspecto temporal da norma de incidência do tributo estadual sobre circulação de mercadorias. Quanto à diferença de entradas, é ponto pacífico que a falta de contabilização de entradas de mercadorias, conforme presunção autorizada por lei, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriores também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, em face dos equívocos na determinação dos valores. Infração parcialmente mantida. Inocorrência dos vícios apontados que ensejam nulidade, pois não houve cerceamento de defesa. Afastadas as preliminares de nulidade. Decisão por maioria. Razões de mérito insuficientes para modificar a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O autuado não se conformando com a decisão proferida no julgamento de 1ª Instância, através do Acórdão 1ª JJF nº 0033-01/02, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, apresentou Recurso Voluntário mediante advogado legalmente habilitado nos autos.

As infrações arroladas no Auto de Infração em lide, em síntese foram as seguintes:

- 1) Redução de base de cálculo do ICMS, efetuada, a mais, nas operações com máquinas e implementos agrícolas, importando em menor recolhimento de imposto, nos meses de abril e junho de 1999.
- 2) Redução da base de cálculo do ICMS nas operações com mercadorias não enquadradas no regime, resultando menor recolhimento do imposto, nos meses de abril, maio, junho e dezembro de 1994.
- 3) Omissão de entradas apuradas através do levantamento quantitativo de estoques com aplicação de multa de 10% sobre a base de cálculo dos exercícios de 1995 e 1996.
- 4) Omissão de saídas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 1995 e 1996.
- 5) Omissão de entradas com presunção de saídas decorrente da diferença entre omissão de entradas e de saídas apurada através do levantamento quantitativo no exercício de 1996.

O julgamento proferido pela 4^a JJF no Acórdão nº 1186/99, pela Nulidade do Auto de Infração foi reformado na 1^a Câmara através do Acórdão nº 0136/00, ao Prover o Recurso de Ofício onde afastou a Nulidade e devolveu o processo para que realizasse a diligência que considerasse necessária, e assim apreciasse o mérito da lide.

O Relator do PAF à fl. 2102, converteu o mesmo em diligência para os fiscais autuantes, buscando esclarecimentos acerca da infração apontada, e da existência dos vícios processuais, cerceamento de defesa e incerteza, além da falta de clareza na descrição dos fatos.

Requeru correções nos levantamentos quantitativos, face a aplicação da Portaria nº 445/98. Solicitou ainda esclarecimento acerca da determinação do preço médio das mercadorias, questionando como foi determinada a base de cálculo, e ao final, se necessário o refazimento do demonstrativo de débito.

Os autuantes atendendo ao teor da diligência, procederam as correções dos cálculos do imposto adequando aos ditames da Portaria nº 445/98, que em levantamento quantitativo de estoque constatando-se tanto omissão de entradas quanto de saídas, exige-se o imposto sobre o maior montante. E que relativamente à multa por falta de escrituração das entradas, a mesma fica absorvida pela da infração principal.

Elaborou novo demonstrativo de débito onde ficou reduzido o valor original do Auto de Infração.

O novo julgamento proferido na 1^a JJF através do Acórdão nº 0033-01/02 pela Procedência Parcial do Auto de Infração, levou em conta as observações e cálculos apontados na diligência quanto ao item 1 e referente aos itens 3, 4 e 5, todos relativos aos levantamentos quantitativo de estoques dos exercícios de 1994, 1995 e 1996, que também tiveram seus valores corrigidos face aos equívocos dos autuantes e resultantes da adequação à multicitada Portaria nº 445/98. Procedeu o Relator a correção dos valores relativos do item 1, face os autuantes não observarem a Portaria nº 251/94, quanto à conversão dos valores em Reais.

O autuado cientificado da Decisão proferida no Acórdão nº 0033-01/02 através do seu representante legal interpôs no prazo decendial o Recurso Voluntário, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

Inicia a peça recursal fazendo referência aos julgamentos anteriores ou seja aquele realizado pela Junta de Julgamento Fiscal, o da Câmara que reformou a decisão e o 2º julgamento da Junta que apreciando o mérito julgou Procedente em Parte. Alega que o Auto de Infração continha nulidades, passando a comentar o teor do voto que considerou a infração descrita de forma imprecisa e de faltar certeza ao lançamento.

Ressalta as colocações feitas pelo Relator da 4ª JJF ao fundamentar o voto pela nulidade, transcrevendo parte do mesmo.

Alega que a demora da conclusão da fiscalização contrariou o RPAF e o art. 196 do CTN, transcrevendo o art. 33 e § 1º do RPAF que trata do Termo de Início de Fiscalização. Aduz ainda que Acórdãos proferidos neste CONSEF dão respaldo aos seus argumentos, referindo-se ao Acórdão da 4ª JJF nº 1287/99 e Resolução da 5ª JJF nº 0580/99, e o Acórdão da Câmara Superior nº 0205/01, e faz alusão ao Parecer da PROFAZ exarando o processo que gerou o Acórdão referido – 0205/01, requerendo que lhe seja dispensado o mesmo tratamento, no seu pleito quanto a nulidade.

Referente ao mérito, argüi quanto ao ônus da prova que incide sobre quem alega, e assim discorre sobre a matéria acerca do tema, da lavra do eminentíssimo tributarista Hugo de Brito Machado.

Cita ainda jurisprudência do STJ envolvendo a questão da prova.

Alega que os demonstrativos não indicam as notas de compras e de vendas, o que, ao seu ver, importou em cerceamento de defesa e por isso considera um ato administrativo imotivado, o que torna o lançamento imprestável.

Argüi ainda que só foi intimado do relatório da diligência, mas que não recebeu cópia da mesma e nem houve abertura de prazo para contestá-la, transcrevendo o art. 110 do RPAF.

Insurge-se contra a realização da diligência ter sido feita pelo próprio fiscal autuante, que apenas ratificou o lançamento original.

Pretendendo que sejam reexaminados os levantamentos, alega que os relatórios resultam em torno de 5.000 páginas, daí deixar de apresentar, em documento escrito e por isso faz em arquivo magnético para que seja lido em qualquer planilha, como o Excel da Microsoft (envelope de fl. 2181).

Pede ao final que julgue Nulo o Auto de Infração por considerar insanáveis os vícios existentes, ou se ultrapassada argüição da nulidade que seja julgado Improcedente o Auto de Infração em lide.

Faz juntada de decisões que considera paradigma ao caso em exame, junta arquivo magnético e listagens de venda dos exercícios de 1995 e 1996 (fls. 2183 a 2345).

A PROFAZ exarou Parecer à fl. 2350, onde afasta as nulidades argüidas pelo recorrente, pois considera que o processo retornando ao estágio inicial restabeleceu-se o contraditório e a ampla defesa. Acerca da argüição quanto ao prazo para a conclusão do trabalho fiscal, observa que o efeito da inobservância dos prazos geram efeitos distintos porque para o contribuinte a conseqüência é a preclusão, e para o Fisco, gera a impossibilidade de imputação de multas e acréscimos moratórios, o que implica em devolver ao contribuinte a espontaneidade. Concluiu pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente passo a decidir quanto a argüição do recorrente da existência da nulidade no processo que ao seu entender não teria sido examinada no processo, portanto, um fato novo a ser examinado nesta fase recursal.

O apelo do recorrente é de que teria havido demora na conclusão dos trabalhos da fiscalização, alegando que decorreram 102 dias, e que este procedimento do autuante violou o art. 33, § 1º, do RPAF que teve inspiração no art. 196 do CTN.

Desde logo, afasto tal argumento porque embora não conste nos autos a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, deve ser considerado a regra inserta no art. 26 do RPAF/99, que assim dispõe, *verbis*:

Art. 26 – Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I – apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II – lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III – intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento, exhibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar o recolhimento de tributo;

IV – emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

Logo, as intimações de fls. 5, 6, 7 e 8, com a ciência do contribuinte, datadas de 20/03/98, 03/04/98, 06/05/98 e 14/05/98, dão total respaldo à continuidade da ação fiscal que teve a conclusão em 30/06/98.

Verifico que o recorrente considerou a regra do RPAF (Decreto nº 28.596/81) vigente à época da autuação. Ressalvo, contudo que o mesmo traz no art. 23, as situações que dão ensejo ao início do procedimento fiscal, *verbis*:

Art. 23 – Considera-se iniciado o procedimento fiscal:

I – pela apreensão de mercadorias, livro ou documento;

II – pela intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou elementos solicitados pela fiscalização;

III – pela lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

IV – pela lavratura do Auto de Infração.

Como bem assinalou a Ilustre Representante da PROFAZ, a consequência para o Fisco em não observar o prazo para a conclusão da fiscalização é devolver a espontaneidade ao contribuinte.

Ocorre que esta não foi exercida no curso do prazo, acaso não observado pelos autuantes, de onde se conclui que, não logra êxito a pretensão do recorrente quanto aos argumentos de que houve descumprimento de formalidade prevista em lei, se não obstante a regra do art. 33 que trata especificamente do Termo de Início de Fiscalização, o legislador elegeu no art. 23, outras formas de se considerar iniciado o procedimento fiscal e incluindo a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, dentre outras ali elencadas.

Deste modo, afasto a argüição de Nulidade e adentro às razões de mérito.

Relativamente aos itens descritos na peça exordial, constato que o recorrente embora trate de forma genérica de ônus da prova, alegando que cabia aos autuantes desincumbirem-se de tal mister, não se detém, ainda que de forma suscinta aos itens 1 e 2 da acusação. Apenas se refere aos levantamentos dos autuantes que apontam omissão de compras e ou de saídas. Afirma que não há indicação das notas quer de compras, quer de saídas e isto se constitui em cerceamento de defesa.

Ocorre que se tal acusação fosse confirmada, a ação fiscal jamais poderia prosperar, pois estaríamos diante de um real e evidente cerceamento de defesa que enseja a nulidade do processo, mas, repito que tal fato não ocorreu, pois, conforme se vê às fls. 189 a 274 (levantamento do exercício de 1995 – entradas e saídas) e fls. 275 a 406 e 407 a 473, demonstrativo de estoque, e levantamentos de entradas e saídas, dão respaldo a acusação fiscal, pois indicam o número das notas fiscais de aquisição e de vendas, o que se opõe à afirmação do recorrente de que não houve indicação dos documentos. Ademais o resultado da diligência de fls. 2105 a 2110, foi objeto da intimação de fls. 2115 a 2117, não tendo o recorrente apresentado nenhuma manifestação. Ressalte-se que o documento de fl. 2116, não deixa dúvida quanto ao recebimento de cópia da diligência. Nestas condições, restou constatado que na peça recursal o autuado não apresentou elementos que pudesse elidir a infração concernente aos levantamentos quantitativos de estoque.

As Resoluções e Acórdãos que rechearam a peça recursal, fls. 2152 a 2179 dos autos, apresentadas como paradigmas não socorrem o autuado, tampouco as listagens de movimentação dos itens, fls. 2183 a 2345, pois o que caberia ao mesmo, era apresentar levantamentos quantitativos de entradas e de saídas que pudesse ser confrontados com os elaborados pelos autuantes, e retificados para adequar à Portaria nº 445/98. Também considero imprestável como elemento de prova a juntada do arquivo magnético (fl. 2181) que consigna relatórios concernentes ao levantamento, sob argumento de impossibilidade de apresentar em folhas de papel.

Deste modo, não tendo contestado as correções feitas pelos autuantes face à diligência solicitada pelo Relator de 1^a Instância, o mesmo, acertadamente considerou os números indicados na diligência e julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

É inquestionável a fragilidade da peça recursal no que tange à produção de prova material capaz de desconstituir o lançamento do crédito tributário, apurado na peça exordial, com as correções posteriores.

Pelo acima exposto, acompanho o Parecer da PROFAZ para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso interposto pelo sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03727966/98, lavrado contra **IRMÃOS PIANNA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$98.424,22.**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$986,76 e de 70% sobre R\$97.437,46, previstas nos incisos II, “a”, e IV, “a”, do art. 61 da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ