

PROCESSO	- A .I. Nº 01884564/92
RECORRENTES	- FAZENDA PUBLICA ESTADUAL e COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS - MATSULFUR
RECORRIDOS	- COMPANHIA DE MATERIAIS SULFUROSOS - MATSULFUR e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 2093-01/01
ORIGEM	- INFAZ BRUMADO
INTERNET	- 28.05.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0169-12/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Em relação ao exercício de 1987, a autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia, o que torna nulo o procedimento fiscal. Quanto ao exercício de 1988, descabe a autuação, pois a diferença apurada é a de menor expressão monetária. **c)** MERCADORIA EM ESTOQUE DESACOMPANHADA DE NOTA FISCAL. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA **a)** ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. À época dos fatos geradores era vedada a utilização de crédito fiscal relativo a energia elétrica e serviço de comunicação. **b)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES. Infração caracterizada. O contribuinte não apresentou os documentos fiscais comprobatórios a fazer jus ao direito de utilização dos créditos fiscais. **c)** NOTAS FISCAIS ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS EM DUPLICIDADE. Revisão fiscal elide parcialmente o lançamento. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA REGULARMENTE ESCRITURADA. Infração desconstituída. **e)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. É legal o estorno de débito mediante utilização de crédito fiscal em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais. Comprovado, através de revisão fiscal, o procedimento correto do contribuinte. Infração insubsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** CANCELAMENTO IRREGULAR. O autuado elidiu em parte a ação fiscal. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Revisão fiscal comprovou a insubsistência da infração. 4. BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ACESSÓRIAS (FRETE E MANUSEIO). Infração inexistente. Não acatadas as preliminares de nulidade. A nulidade suscitada na assentada de julgamento foi rejeitada em decisão por maioria. Recurso

de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria. Sendo item 3, em decisão por maioria; item 4, em decisão não unânime e item 5, em decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto tempestivamente, pelo sujeito passivo na forma prevista no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, em face da decisão proferida na 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima referido, e Recurso de Ofício na forma do art. 169, I, “a”, do mesmo RPAF, face a exoneração do sujeito passivo de parte do débito exigido na presente ação fiscal.

A autuação aponta as seguintes irregularidades:

1. Omissões de saídas de cimento apuradas através de levantamento quantitativo que acrescido de TVA de 20%, nos períodos abaixo discriminados, resultou em imposto nos valores de:
 - . Exercício de 1987 – Cr\$218,06
 - . 01 a 31.12.1988 - Cr\$1.331,90
2. Omissão de saídas de mercadorias em decorrência de entradas de mercadorias tributadas não contabilizadas nos seguintes períodos e valores:
 - . 01 a 30 de setembro de 1988 - Cr\$11,87;
 - . 01 a 31 de janeiro de 1989 - Cr\$108,80;
 - . 01 a 31 de maio de 1989 – Cr\$818,44;
 - . 01 de junho a 31 de julho de 1989 – Cr\$678,99;
 - . 01 de agosto a 30 de setembro de 1989 – Cr\$2.424,08;
 - . 01 de outubro a 30 de novembro de 1989 – Cr\$709,97;
 - . 01 a 31 de dezembro de 1989 – Cr\$3.782,32;
 - . 01 a 30 de setembro de 1990 – Cr\$552.028,42;
 - . 01 de outubro a 31 de dezembro de 1990 – Cr\$506.815,21;
 - . 01 de janeiro a 30 de setembro de 1991 – Cr\$16.353,05;
 - . 01 a 31 de outubro de 1991 – Cr\$8.751,19;
 - . 01 a 30 de novembro de 1991 – Cr\$797.060,41;
 - . 01 a 31 de dezembro de 1991 – Cr\$211.622,55.
3. Mercadoria estocada em depósito desacompanhada de documentação fiscal, fato apurado em levantamento físico de estoque em aberto, período de 01 de janeiro a 09 de julho de 1992 – Cr\$61.596.753,29.
4. Utilização indevida de crédito fiscal referente a contas de eletricidade (COELBA), telefonia (TELEBAHIA), comunicações (EMBRATEL), transportes ferroviários (Rede Ferroviária Federal – 3ª vias de despachos de cargas), nos períodos e valores:
 - . Dezembro de 1989 – Cr\$2.509,36;

- . Exercício de 1990 (janeiro – Cr\$1.156,90; fevereiro – Cr\$1.735,18; março – Cr\$4.134,72; abril – Cr\$12.578,13; maio – Cr\$66.692,67; junho – Cr\$32.527,57; julho – Cr\$84.485,40; agosto – Cr\$17.145,19; setembro – Cr\$19.779,45; outubro – Cr\$23.022,84; novembro – Cr\$16.126,56; dezembro – Cr\$6.081,00);
 - . Exercício de 1991 (janeiro – Cr\$28.849,15; fevereiro – Cr\$18.734,71; março – Cr\$18.374,18; abril – Cr\$31.721,80; maio – Cr\$25.236,50; junho – Cr\$23.419,10; julho – Cr\$32.480,25; agosto – Cr\$35.156,59; setembro – Cr\$35.693,79; outubro – Cr\$49.587,18; novembro – Cr\$68.470,71; dezembro – Cr\$69.076,80);
 - . Exercício de 1992 (janeiro – Cr\$99.449,99; fevereiro – Cr\$123.712,80; março – Cr\$253.188,41; abril – Cr\$280.009,09; maio – Cr\$1.152.101,33; junho – Cr\$2.865.935,64).
5. Notas Fiscais de vendas canceladas irregularmente. Cancelamento de notas fiscais sem obedecer as normas regulamentares, observando-se evidentes sinais de ter dado trânsito às mercadorias, inclusive com carimbos de postos fiscais, vistos de recebimentos do destinatário, outras notas fiscais sem estarem com todas as vias juntas, com os canhotos destacados, outras até assinadas como recebidas, etc., nos seguintes períodos e valores:
- . Exercício de 1987 (janeiro – Cr\$2,84; março – Cr\$16,30; abril – Cr\$14,78; maio – Cr\$1,92; junho – Cr\$2,82; agosto – Cr\$26,71; setembro – Cr\$3,24; outubro – Cr\$29,45; dezembro – Cr\$39,61);
 - . Exercício de 1988 (janeiro – Cr\$3,34; março – Cr\$76,60; abril – Cr\$81,92; maio – Cr\$21,43; junho – Cr\$14,28; julho – Cr\$33,89; setembro – Cr\$95,52; novembro – Cr\$293,29);
 - . Exercício de 1989 (fevereiro – Cr\$991,49; março – Cr\$366,60; abril – Cr\$161,62; junho – Cr\$387,35; setembro – Cr\$9.743,63; novembro – Cr\$1.580,32);
 - . Exercício de 1990 (junho – Cr\$64.914,38; novembro – Cr\$1580,32);
 - . Exercício de 1991 (fevereiro – Cr\$108.318,39; abril – Cr\$10.442,56; junho – Cr\$28.190,55; setembro – Cr\$135.312,47; dezembro – Cr\$610.966,53);
 - . Exercício de 1992 (fevereiro – Cr\$203.113,37).
6. Estornos de débitos realizados irregularmente, referentes às Notas Fiscais nº 037145 e 037146, série única, dadas como canceladas mas sem anexar todas as vias (julho de 1992) – Cr\$1.719.431,85.
7. Falta de escrituração de notas fiscais de aquisições de mercadorias no REM. Multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias, nos seguintes períodos e valores:
- . Exercício de 1987 (janeiro – Cr\$2,06; março – Cr\$2,72; maio – Cr\$6,53);
 - . Exercício de 1988 (outubro – Cr\$112,55; dezembro – Cr\$168,95);
 - . Exercício de 1989 (janeiro – Cr\$195,19; outubro – Cr\$437,00).
8. Utilização indevida de ICMS sobre notas fiscais registradas no REM em duplicidade, nos seguintes valores e períodos:
- . Exercício de 1987 (fevereiro – Cr\$3,71; junho – Cr\$11,75);
 - . Exercício de 1988 (outubro – Cr\$202,60; dezembro – Cr\$152,05);
 - . Exercício de 1989 (outubro – Cr\$699,20).

9. Utilização indevida de crédito pela falta de apresentação da Nota Fiscal nº 319.488, série única (outubro de 1988) – Cr\$101,30.
10. Transferência de cimento para filiais com preço inferior ao de custo ao incorporar a menor ou a não incorporar despesas acessórias, nos seguintes valores e períodos:
 - . Exercício de 1991 (janeiro – Cr\$3.546.648,44; fevereiro – Cr\$923.246,79; março – Cr\$1.705.542,08; abril – Cr\$889.559,72; maio – Cr\$3.732.773,00; junho – Cr\$2.723.002,34; julho – Cr\$1.450.823,09; agosto – Cr\$2.647.080,18; setembro – Cr\$2.639.676,89; outubro – Cr\$3.321.209,74; novembro – Cr\$4.615.459,66; dezembro – Cr\$3.538.568,70);
 - . Exercício de 1992 (janeiro – Cr\$7.316.840,06; fevereiro – Cr\$4.605.664,53; março – Cr\$12.056.612,82; abril – Cr\$13.625.237,05; maio – Cr\$43.142.642,91 e Cr\$12.945.668,40 (com alíquota de 12%); junho – Cr\$29.896.559,19; julho – Cr\$10.789.266,67).

A Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 2093-01/01, após rechaçar a nulidade suscitada pelo autuado quanto ao exercício de 1987, acerca do argumento de decadência do exercício, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, considerando relativamente as infrações apontadas na peça vestibular do seguinte modo:

Infrações 01 e 02: Trata-se de levantamento quantitativo relativo ao exercício de 1987 e em face das divergências entre os demonstrativos elaborados pelos autuantes e o elaborado pelo autuado e diante do argumento deste da inexistência de diferenças, o processo foi convertido em diligência, não tendo esta dirimido as dúvidas existentes e por entender que nova diligência provavelmente não lograria êxito, e por entender ainda, que o autuante não tendo efetuado um levantamento das entradas nota por nota, não se poderia identificar a diferença, concluiu que a incerteza do débito relativo a acusação de omissão de saídas de cimento conduzia à insegurança da infração, ensejando a nulidade conforme dispõe o inciso IV, “a”, do art. 18, do RPAF/99. De igual modo, considerou os exercícios de 1988 e 1989, 1990 e 1991, respaldando-se em esclarecimentos do diligente fiscal, ainda que não tenha concluído a diligência diante da impossibilidade de manuseio do livro de Controle de Produção, e da forma como o autuante elaborou os demonstrativos.

Infração 03: Trata-se de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, embora o autuado tenha alegado que o funcionário que assinou a declaração de estoque não tivesse competência para tal, considerou que não restou provada a ilegitimidade da declaração, dando plena validade, ainda que conste no livro de Controle de Produção, quantidade diversa, pois prevaleceria a contagem física. Considerou Procedente a autuação, quanto a este item.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal referente a energia elétrica, telefonia, comunicações e transportes ferroviários. Considerando que não compete ao CONSEF apreciar arguições de inconstitucionalidade abordadas pelo autuado, analisou o art. 49 da Lei nº 4.825/89, concluindo que o mesmo não respaldava o creditamento relativo a energia elétrica e comunicação e percorrendo sob a legislação concluiu que a glosa do crédito foi correta. Relativo aos créditos utilizados nos transportes ferroviários, o art. 214, III, “a”, do RICMS/89 dispõe que a ferrovia emitirá Despacho de Cargas em Lotação, sem destaque do ICMS. Diante da não apresentação dos Conhecimentos de Transportes que possibilitaria creditamento e em razão daqueles não gerarem créditos fiscais, e levando em conta as informações prestadas na 1ª diligência, concluiu pela Procedência desse item, no valor de Cr\$5.499.532,99.

Infração 05: Cancelamento irregular de notas fiscais, separando em três grupos como sendo: a) notas fiscais canceladas com contratos assinados; b) nota fiscais canceladas sem canhoto; c) notas fiscais canceladas faltando algumas vias, com canhoto assinado e sem canhoto. Considerando o que determina a legislação, artigo 116, § 2º do RICM/88 e art. 129, § 2º do RICMS/89, entendeu que a falta de uma das vias da nota fiscal cancelada é motivo que caracteriza a irregularidade e porque ficou comprovado o trânsito de muitas deste grupo de notas fiscais, votou pela procedência parcial, relacionando as referidas notas e exigindo o débito no valor de Cr\$473.343,08, sendo de diversos exercícios de 1988 a 1991.

Infração 06: Estornos de débitos realizados irregularmente. Tomou por base as informações do revisor, que atestou serem verdadeiras as razões do defendente, considerando improcedente a exigência fiscal relativa a este item.

Infração 07: Falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias no livro Registro de Entradas exigindo a multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias referentes as notas fiscais não lançadas. Considerou diante da comprovação pelo Revisor da insubsistência da acusação de algumas notas fiscais, do fato dos autuantes não anexarem as provas materiais das citadas notas, decidindo pela Improcedência deste item.

Infração 08: Utilização indevida de crédito de notas fiscais de entradas registradas em duplicidade no livro REM. Ficou constatado tanto pelo primeiro quanto pelo segundo Revisor que houve apenas uma nota fiscal registrada em duplicidade e quanto às demais, houve apenas escrituração irregular. Votando pela procedência parcial com o ICM no valor de Cz\$101.300,76 (ou Cr\$101,30), conforme demonstrativo à fl. 184.

Infração 09: Utilização indevida de crédito por falta de apresentação de nota fiscal. Ficou provado a legitimidade do crédito, com a juntada da 1ª via da nota fiscal, pelo diligente fiscal que efetuou a última revisão, o que desconstituiu a infração.

Infração 10: Transferência de cimento para as filiais com preço inferior ao custo ao incorporar a menos ou não incorporar as despesas acessórias (frete e manuseio), onde o autuado alegou que o mesmo ocorreu com cláusula FOB, apresentando diversos conhecimentos para comprovar o alegado, do período de janeiro/91 até fevereiro/92. E quanto ao período a partir de março, verificou que o serviço de transporte foi realizado pelo autuado. Concluiu pela Improcedência da exigência fiscal. E quanto a taxa de manuseio, não identificou nos autos qualquer prova de como a fiscalização concluiu que a mesma fazia parte do custo da operação. Acolheu os argumentos defensivos e conclui pela improcedência também da exigência fiscal.

Elaborou demonstrativo de débito e considerando Procedente em Parte o Auto de Infração reduziu o débito fiscal para o montante de Cr\$67.569.370,66.

O autuado através de seus representantes legais, apresentou as seguintes razões recursais:

- 1) que o Recurso era tempestivo porque o fax foi remetido do escritório de seu representante legal em 04/12/2001.
- 2) alega que diversos itens no julgamento foram considerados insubsistentes e pede reforma da decisão relativo ao itens que foram mantidos como sendo: 1- mercadorias estocadas em depósito desacompanhada de documentação fiscal, 2- utilização indevida de crédito fiscal

- referente à energia elétrica, telefone, comunicação e transportes ferroviários; 3- notas fiscais de vendas canceladas irregularmente, e
- 3) diz que, referente a acusação de mercadorias estocadas em depósito desacompanhadas de documentação fiscal, as diferenças não existem porque a fiscalização sequer teve o cuidado de examinar o livro Registro de Controle de Produção e Estoque, e que o exame desses documentos seria imprescindível para a apuração desta infração.
 - 4) alega que a fiscalização de certas atividades, e no caso da produção de cimento é complexa e exige conhecimento de “certas nuances”, sob pena de incorrer em equívocos como teria ocorrido no caso em tela.
 - 5) alega que as informações foram prestadas por funcionário de empresa sem competência funcional para firmar a declaração e que estaria diante de uma autuação fundada em presunção ilegal. Cita farta jurisprudência acerca do tema “presunção”.
 - 6) quanto ao débito referente a utilização indevida de crédito de energia elétrica, telefonia, comunicação e transportes ferroviários, alega que tem previsão nos artigos 94 e 97 do RICMS/81, posto que expressamente permite que se abata os créditos desde que vinculados à comercialização de mercadorias, à produção, à extração, ou à industrialização. E que faz jus ao mesmo porque a CF no art. 155, § 2º, inciso I, lhe assegura tal creditamento.
 - 7) relativo ao crédito dos serviços prestados pela Rede Ferroviária Federal, alega que a autuação procedeu a glosa do crédito pela falta da 1ª via do conhecimento de Transportes, mas que na impugnação apresentou declaração daquele órgão e assim requer o reconhecimento do direito ao crédito.
 - 8) alega que as vendas canceladas ocorreram por erros de processo ou porque foi modificado a que se acertou no pedido inicial, e tais fatos resultaram em demissão do funcionário responsável pela emissão de notas fiscais em razão do volume de cancelamento.
 - 9) utiliza os mesmos argumentos da impugnação quanto aos motivos dos cancelamentos para elidir a autuação separando notas fiscais canceladas sem o canhoto e notas canceladas faltando algumas vias com o canhoto assinado.
 - 10) argüi serem indevidas as multas aplicadas nos valores exigidos, e considera flagrante a ilegalidade das mesmas porque entende que a multa é sanção por inadimplemento. Acrescenta ainda que não deve prevalecer a incidência de juros moratórios e multa de ofício.
 - 11) discorre sobre a natureza dos juros de mora e multa de mora.

Conclui a peça recursal requerendo o cancelamento do Auto de Infração e o Provimento do Recurso.

A PROFAZ, à fl. 667 emitiu Parecer onde considera que as alegações do recorrente não afastam as infrações, pois entende que o levantamento quantitativo está respaldado na legislação e foi feito na presença do preposto da empresa.

Relativamente ao crédito fiscal considerado indevido, em relação a energia elétrica, só foi permitido utilizar o mesmo com o Decreto nº 1856 de 1992. E quanto ao serviço de comunicação a utilização do crédito era condicionada à veiculação do referido serviço ao processo produtivo, que não ocorreu no caso em exame.

Com relação ao cancelamento irregular de notas fiscais, concluiu que o recorrente não apresenta provas capaz de elidir a autuação, opinando ao final, pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente passo a examinar os itens que se constituem objeto do Recurso de Ofício, face à sucumbência consoante dispõe o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e art. 146 do COTEB com a redação da Lei nº 7.438/99.

O primeiro e segundo itens reportam-se ao levantamento quantitativo de estoque do exercício de 1987, 1988, 1989, 1990 e 1991, após exame detalhado dos demonstrativos e levantamentos acostados aos autos e com base nas informações do diligente fiscal, considero que os elementos não determinam com precisão e certeza a infração apontada, ensejando a nulidade da acusação, como acertadamente concluiu a Junta de Julgamento Fiscal. Deste modo, entendo que não cabe reparo na Decisão Recorrida e assim o Recurso é Não Provido.

Relativo ao item 5: Cancelamento irregular de notas fiscais. Verifico que de forma criteriosa a Ilustre Relatora da Decisão Recorrida examinou a questão, observando que existiam cancelamentos onde haviam canhotos assinados, outras sem o canhoto e um grupo que faltavam as vias das notas fiscais. Entendeu que aquelas com evidências de que deram trânsito às mercadorias pois estão com visto dos posto fiscais, não tendo o autuado apresentado qualquer prova que pudesse desconstituir a infração, votou pela procedência parcial, o que entendo que não cabe reparo diante da transparência com que analisou a questão. Por todo o exposto mantenho a Decisão Recorrida quanto a este item.

Item 06: Estorno de débito realizados irregularmente. Diante da informação do revisor, considerou a Relatora da Decisão Recorrida que tendo as notas fiscais sido lançadas com débito de imposto, naquelas circunstâncias, os creditamentos por estorno de débito eram legítimos, e assim descabia a exigência fiscal. mantenho a Decisão Recorrida, uma vez que analisando os documentos de fls. 179 a 182 constatei que o autuado inclusive emite a nota fiscal para regularizar o estorno de débito como determina o art. 111 do RICMS/89, *verbis*: A escrituração fiscal do estono de débito será feita mediante emissão de nota fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”.

Infração 07: Falta de escrituração de notas fiscais no livro REM com aplicação de multa de 5%. Mantenho a Decisão Recorrida que considerou improcedente a exigência fiscal, uma vez que o revisor fiscal comprovou que algumas notas objeto da acusação, estavam lançadas no livro Registro de Entradas e que outras, diante da ausência de prova material concordou com a formação de defesa de que as Notas Fiscais nºs 265.918, 322.514, 322.515 e 338.097, não foram emitidas para a sua filial, e na sua peça de impugnação aponta quem seria o destinatário das mesmas.

Infração 08: Utilização indevida de crédito relativo a notas fiscais registradas em duplicidade. A Junta decidiu com base na revisão fiscal que concluiu razão assistir ao autuado que teria ocorrido erro quanto ao número das referidas notas, o que apenas teria ensejado escrituração irregular. E que apenas a Nota Fiscal nº 318.723 restou provada que estaria lançada em duplicidade, sendo portanto, devido a glosa do crédito relativo a mesma. Neste sentido, tenho a Decisão Recorrida como correta, e o item procedente em parte, para exigir o imposto face à glosa do crédito no valor de Cr\$101,30, constante do demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 184 dos autos.

Infração 09: Utilização indevida de crédito por falta de apresentação de Nota Fiscal – Exigência fiscal descaracterizada em face da juntada da 1ª via da nota fiscal pelo revisor conforme fl. 540.

Assim a Decisão Recorrida considerou legítimo o crédito fiscal e desconstituiu a infração. Diante dos fatos e à vista do documento fiscal, mantenho a Decisão Recorrida, e Nego Provimento ao Recurso, relativo também a este item.

Quanto ao item 10 que trata das transferências de cimento para filiais com preço inferior ao custo, ao incorporar a menos ou não incorporar despesas de fretes e manuseios, a Junta de Julgamento Fiscal, baseando-se nos esclarecimentos do revisor que atestou que até fevereiro de 1992 eram os fretes tomados a preço FOB, e a partir de março em face da inexistência de prova nos autos considerou as razões do defendente observou ainda que nos demonstrativos elaborados pelos autuantes o preço das transferências eram sempre superior aos praticados pela matriz em Montes Claros-MG, considerou improcedente a exigência fiscal. Mantenho a Decisão Recorrida. Ademais porque falta prova inequívoca nos autos, e informações dos autuantes acerca do cálculo da taxa de manuseio no valor da operação.

Por todo o que foi exposto, considero sem reparo a decisão da 1ª Instância e correta a procedência parcial da presente ação fiscal, sendo portanto, pelo IMPROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário três itens foram objeto do apelo do autuado, ante o inconformismo com a decisão, interpondo tempestivamente o Recurso ora em exame.

Item 03: Mercadorias estocadas em depósito desacompanhadas de nota fiscal, apuração feita em levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto. Considero que os levantamentos elaborados pelo autuante e a declaração de estoque acostada aos autos assinada pelo preposto da empresa, dão suporte à exigência fiscal. Ademais, como analisou a Ilustre Relatora da Decisão Recorrida, se considerar as notas de saídas relativas ao mês de julho aumentaria o débito fiscal.

No curso da votação o Conselheiro José Carlos Baqueiro suscitou a nulidade do item em comento sob o argumento de falta de demonstração pelo autuante da forma como apurou o preço unitário médio do item objeto do levantamento.

Contudo, submetida a nulidade que sendo questão prejudicial ao prosseguimento do julgamento do referido item em decisão por maioria, foi afastada, uma vez que não foi arguida pelo recorrente e assim não entendeu que os valores unitários médios apontados lhe causavam prejuízo. Assim invoco o § 2º do art. 18 do RPAF que dispõe; "Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade (grifo nosso).

Deste modo considero que os documentos de fl. 38 (demonstrativo de estoque), fl. 39 (levantamento das entradas), fl. 40 (levantamento de saídas) fl. 41 (declaração de estoque), não foram elididas pelo recorrente, que alega não ter o funcionário que acompanhou a contagem do estoque existente conforme consta na declaração (fl. 41), competência para fazê-lo, mas, que não comprova a sua ilegitimidade. Nestas condições, a alegação de que trata-se de presunção ilegal não prospera.

Nestes termos, acompanho o opinativo da PROFAZ e acolho os fundamentos do voto da Relatora da Decisão Recorrida, que afastou o argumento do recorrente, uma vez que a contagem de estoques foi feita de forma regular e não pode ser preterida diante das alegações de que as

quantidades consignadas no livro de Controle de Produção e Estoque é que deveria prevalecer. Voto pelo Não Provitimento do Recurso quanto a este item.

Referente ao item 04, que trata de utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência de ter o autuado se apropriado dos créditos relativos às contas de energia elétrica, telefones, comunicação e do transporte feito pela rede ferroviária, também não logra êxito os argumentos do mesmo, visto que à época do período apurado, a legislação não autorizava tal creditamento, como assinalou o diligente fiscal às fls. 507 a 509 dos autos, onde discorre sobre a legislação pertinente e conclui sugerindo que a autuação seja mantida.

Comungo do entendimento da Representante da PROFAZ, exarado no Parecer à fl. 667 de que somente com o Decreto nº 1856 de dezembro de 1992, a legislação estadual permitiu o crédito de energia elétrica, e quanto ao serviço de comunicação, condicionava que o mesmo estivesse vinculado à integração do processo produtivo, não ocorrido no caso em exame.

Quanto ao crédito utilizado referente ao serviço de transporte, considero correto o posicionamento da Junta, e do diligente que entendeu indevido o crédito utilizado pelo recorrente, embasado no Despacho de Carga em Lotação, vez que este não é documento hábil para gerar crédito fiscal.

Relativamente ao item que trata de notas fiscais de vendas canceladas irregularmente, já tendo sido apreciado no Recurso de Ofício, mantenho a Decisão Recorrida, posto que restou comprovado que algumas notas fiscais deram trânsito a mercadorias.

Ressalte-se que o próprio recorrente admite que erros ocorrem, ainda que involuntariamente, e cita exemplos. Neste caso, mantenho a Decisão Recorrida e acorde com o opinativo da PROFAZ no Parecer à fl. 668, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto às alegações do recorrente relativo a aplicação de multa de ofício e juros de mora, as mesmas tem previsão legal na Lei nº 4.825/89 que no art. 61, trata das multas a serem aplicadas às infrações ali elencadas. Encontram respaldo legal no COTEB – Lei nº 3.956/81 (arts. 99, 100, 101 e 102), com alterações da Lei nº 7.438/99.

Por todo o acima exposto, concluo diante dos elementos constantes no processo que a bem fundamentada Decisão da 1ª Instância não cabe reforma, razão por que NEGOU PROVIMENTO aos Recursos.

VOTO DISCORDANTE RECURSO DE OFÍCIO - CIRO ROBERTO SEIFERT

Com a devida *venia*, discordo veementemente da Decisão Recorrida e do voto da ilustre Relatora desta 2ª CJF, quanto à nulidade dos itens 1 e 2.

Conforme se depreende do voto proclamado no julgamento da 1ª Instância, a nulidade destes itens se deu porque, em face das divergências entre os demonstrativos elaborados pelos autuantes e o elaborado pelo autuado e diante do argumento deste da inexistência de diferenças, o processo foi convertido em diligência, não tendo esta dirimido as dúvidas existentes e por entender que nova diligência provavelmente não lograria êxito, e por entender ainda, que o autuante não tendo efetuado um levantamento das entradas nota por nota, não se poderia identificar a diferença, concluiu que a incerteza do débito relativo a acusação de omissão de saídas de cimento conduzia

à insegurança da infração, ensejando a nulidade conforme dispõe o inciso IV, “a”, do art. 18, do RPAF/99.

De igual modo, considerou os exercícios de 1988 e 1989, 1990 e 1991, respaldando-se em esclarecimentos do diligente fiscal, ainda que não tenha concluído a diligência diante da impossibilidade de manuseio do livro de Controle de Produção, e da forma como o autuante elaborou os demonstrativos.

O diligente da IFESP declarou, na sua informação fl. 521, que “como os autuantes não apresentaram um demonstrativo contendo os documentos fiscais e as respectivas quantidades que foram utilizadas, mas apenas o resumo dos dados mensais, não foi possível identificar onde ocorreram as diferenças”. Esta declaração está presente em todos os exercícios relativos aos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Nota-se que o próprio autuado produziu a sua defesa, também, de forma em que as notas fiscais foram resumidas (agrupadas). (fl. 231)

Ora, o levantamento quantitativo elaborado foi de um único produto, o que não impede a conferência dos dados se estes estiverem agrupados por mês, pois basta somar as quantidades de cimento contidas nas notas fiscais de entradas e de saídas, como o próprio contribuinte fez na sua impugnação.

Tanto é possível a conferência que o diligente a fez em fevereiro/87, outubro e dezembro/88, janeiro/89, agosto/90 e novembro/91. Porque então a alegada impossibilidade em relação aos demais meses?

O que mais causa perplexidade é a análise do resultado do julgamento da infração 3, considerada procedente, pois o levantamento quantitativo, este em exercício em aberto, da mesma forma foi executado resumindo as quantidades de produto constantes nos documentos fiscais mensalmente (fls. 38 a 40).

Ora, se a nulidade dos itens 1 e 2 se deu em função do levantamento “inadequado” do autuante, porque o mesmo não ocorreu quanto à infração 3, posto que executado da mesma forma?

A minha conclusão, após verificar os tais demonstrativos do levantamento quantitativo e os demais elementos dos autos, é que é possível sanear, adequadamente, o processo.

Assim, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO Recurso Voluntário, para modificar a Decisão Recorrida e afastar a nulidade decretada em relação aos itens 1 e 2 da autuação, devendo os autos serem remetidos à 1ª Instância para, após o adequado saneamento do processo, julgar o mérito destes itens.

PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA - JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO

Entendo ser nulo o item 3 do Auto de Infração, pois entre os documentos acostados ao processo, pelo autuante, relacionados com o levantamento quantitativo de 1992, não encontrei aquele que demonstraria como chegou o autuante à base de cálculo do imposto lançado a débito do contribuinte. Qual o método utilizado? Não há segurança para se admitir o valor unitário colocado no demonstrativo referente a 1992.

De acordo com o art. 18, I, II, III e IV, do RPAF, é nulo o item 3 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **01884564/92**, lavrado contra **COMPANHIA MATERIAIS SULFUROSOS - MATSULFUR**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **Cr\$67.569.370,66**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre Cr\$5.972.617,37, prevista no art. 61, III, “b” e VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e art. 47, III, “b” e VIII “a” da Lei nº 3.956/81 e 70% sobre Cr\$61.596.753,29, prevista no art. 61, IV, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

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

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO DISCORDANTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - VOTO DISCORDANTE

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ