

PROCESSO - A. I. Nº 08945594/00
RECORRENTE - NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão - 4ª JJF nº 2423/00
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 24.07.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº0275-11/02

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Demonstrada a insegurança da ação fiscal. Modificada a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/04/00, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$2.961,24, em razão do autuado possuir em estoque mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 29 a 32 dos autos impugnou o lançamento fiscal, fazendo, inicialmente, um relato dos fatos que ensejaram a presente ação fiscal, para, em seguida, aduzir os seguintes argumentos:

1. alega, preliminarmente, a não observância de algumas questões regulamentares pela fiscalização, a saber: a) que a ação fiscal para apreensão de documentos e mercadorias está regulada pelo art. 940 do RICMS, desde que “constituem prova material de infração da legislação fiscal”, sendo o Termo de Apreensão peça fundamental para a instauração do processo fiscal consoante dispõe o art. 28, II, do RPAF, devendo nele constar os motivos determinantes da apreensão; b) que o Auto foi lavrado por “estocagem de bens ou mercadoria desacoberta de doc. fiscal idônea”, entretanto, foram indicados como dispositivos infringidos os arts. 201, I, 218, IV e V e 209, assuntos diversos da infração descrita, além do que a ação fiscal não levou em consideração as notas fiscais de aquisição de mercadorias (Anexo A-5.) e as notas fiscais de sua emissão e também apreendidas;

2. prosseguindo em sua defesa, informou que a ação fiscal produziu mais dois Autos, os de nºs. 894.439-3 e 895.249-3, pelo que requer sejam os mesmos julgados conjuntamente, conforme dispõe o art. 40 do RPAF, cujo teor transcreveu, sendo que os autos em questão foram lavrados em nome da esposa do representante legal da empresa, D. Alessandra Gomes Reis e Silva do Carmo, pessoa física presente no momento da ação fiscal, sem nenhum vínculo com a empresa. Alegou, ainda, que em 24/03/2000, apresentou-se como responsável através da petição à IFMT, solicitando a liberação das mercadorias, cujo pleito foi atendido, com a emissão das Notas Fiscais Avulsas nºs. 3686 e 3687, antes da lavratura dos Autos acima indicados. Asseverou que ação fiscal é nula, na forma do art. 18, como nulo são os atos praticados sem a obediência e em desrespeito às regras do RPAF, conforme disposto no art. 40, além do art. 41, que determina a lavratura do Auto fundamentado no Termo de Apreensão.

No mérito, alegou a inexistência do fato gerador para a cobrança do imposto, uma vez que as mercadorias não estavam desacobertas de notas fiscais, além do que não houve a circulação das mercadorias desacompanhadas de notas fiscais. Ademais, a declaração Auditoria de Estoque com o rol das mercadorias apreendidas quando cotejadas com as notas fiscais de aquisição comprovam a sua regularidade, de acordo com o demonstrativo levantado como um espelho à declaração de

Auditoria de Estoque (Anexo A-8). Assevera que os poucos itens de mercadorias cujas notas não foram encontradas, foi em decorrência de uma ação conturbada da fiscalização, entretanto, tal fato não implicou em perda de arrecadação, já que as mercadorias constam nas suas tabelas, são afins com a sua atividade comercial e as notas fiscais atestam a sua comercialização.

No tocante à base de cálculo, o autuante tomou como referencial, as suas próprias tabelas, editadas com base em notas fiscais de compras e custos, as quais servem de parâmetro para apurar o preço de venda, enquanto a apreensão teve como pressuposto “a estocagem desacoberta de documento idôneo”. Ao concluir, esclarece que não restou provado que a empresa mantinha estoques desacompanhados de documentação fiscal, nem realizou saídas de mercadorias desacompanhadas de notas, pelo que requer a nulidade do Auto de Infração;

O autuante, à fl. 43 apresentou a sua informação fiscal, em que pede a procedência integral do Auto de Infração.

Por considerar insuficiente a informação fiscal, este Relator converteu o PAF em diligência à IFMT-Metro, para que o autuante a prestasse com clareza e precisão, na forma prevista no § 6º, do art. 127, do RPAF/99.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, apresentou a sua informação fiscal às fls. 48 a 53, fazendo, inicialmente, um breve relato da defesa formulada, para, em seguida, contraditá-la nos seguintes termos:

1. que a ação fiscal desencadeada foi necessária para salvaguardar os interesses do fisco estadual, como meio de prova da infração a legislação tributária. Informou que as mercadorias constantes no Relatório de Auditoria de Estoque - Exercício Aberto, foram apreendidas para que a documentação fiscal correspondente fosse apresentada, tendo o Termo de Apreensão sido lavrado em conformidade com o art. 940, I e II, do RICMS/97, onde foram arroladas as mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível. Ressaltou que a lacração do estabelecimento foi medida extrema aplicada, objetivando evitar a ocorrência de dano ao Erário, procedimento respaldado no art. 92, caput e parágrafo único do RICMS/97. Asseverou que o pedido para apresentação dos documentos fiscais correspondentes às mercadorias apreendidas, além de não invalidar o Termo de Apreensão, ratifica o procedimento fiscal pela constatação de que, no momento da apreensão, não foram mostrados os documentos fiscais que comprovassem a origem das mercadorias encontradas em situação irregular;
2. quanto ao questionamento do autuado sobre o Termo de Apreensão, segundo a qual no mesmo deve constar os motivos determinantes, aduz que o preposto fiscal, ao solicitar a documentação, referente às mercadorias apreendidas, tal fato revela, claramente, que a referida documentação não acompanhava as mercadorias. Ressalta que não haveria o início do procedimento fiscal com a lavratura do Termo de Apreensão, se a documentação fiscal estivesse disponível e vinculada às mercadorias;
3. com referência a alegação da defesa, de que o Auto de Infração foi lavrado como “estocagem de bem ou mercadoria desacoberta de documentação fiscal idônea”, tendo sido indicados como dispositivos infringidos os artigos 201, I, 218, IV e V e 209, assuntos diversos da infração tipificada no próprio Auto, esclarece que tal fato pode ter ocorrido em razão da falta de documentação fiscal correspondente às mercadorias apreendidas ou mesmo no caso de dúvidas quanto à emissão de documentos fiscais. Ressalta que não houve equívoco, e mesmo que houvesse, o procedimento fiscal não seria prejudicado por erro de tipificação, já que a infração está claramente definida na legislação tributária, cabendo apenas o saneamento do processo em procedimento sumário, conforme art. 19, do RPAF/99;
4. no tocante a alegação que a ação fiscal não levou em consideração as notas fiscais de aquisição das mercadorias e as notas fiscais de saídas não procede, já que de acordo com as informações

prestadas pelo preposto fiscal apreendedor das mercadorias, indicam que as notas apresentadas não se coadunavam com os produtos encontrados nas instalações do estabelecimento. Ressalva que conforme já mencionado anteriormente, o interstício decorrido entre a feitura do Termo de Apreensão e a lavratura do correspondente Auto de Infração, foi suficiente para se avaliar a documentação fiscal fornecida e averiguar a existência ou não de compatibilidade entre a documentação apresentada e os bens encontrados no interior do estabelecimento;

5. em relação à alusão da defesa, segundo a qual a autuação contrariou o art. 40, do RPAF, não pode ser aproveitada para o presente caso, em virtude dos Autos de Infração terem sido lavrados pela fiscalização do trânsito de mercadorias, os quais foram confeccionados no momento da constatação das irregularidades. Ademais, para a permissão de lavratura de mais de um Auto de Infração correspondente a um mesmo período fiscalizado, em procedimento efetuado com roteiros definidos para comércio, é necessário à autorização do Inspetor Fazendário, mediante justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal.

6. no tocante a alegação do autuado, da inexistência do fato gerador para a cobrança do imposto, assegura que o procedimento foi pautado nos ditames normativos, já que o Termo de Apreensão lavrado à época da infração, consignou a ocorrência das irregularidades, pela falta da documentação fiscal das mercadorias encontradas em seu interior. Informou que no caso de estocagem irregular, sem que haja a apresentação do documento fiscal no momento da ação fiscalizadora, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto e esgotado o prazo para pagamento do imposto no instante da constatação, conforme dispõe o RICMS/97;

7. no que diz respeito ao demonstrativo apresentado pelo impugnante, segundo o qual constitui prova inequívoca de que as mercadorias apreendidas possuíam a documentação fiscal correspondente, não procede, desde quando tal documento não identifica perfeitamente as mercadorias, não aponta marca, modelo, fabricante, etc., além do que não é documento fiscal, bem como ao fazer referência a uma nota fiscal que possivelmente conteria determinado bem, não constitui prova material de que este mesmo bem tenha documentação fiscal demonstrando sua origem. Aduz, ainda, que não há como comprovar a regularidade do estoque encontrado apenas com demonstrativo fornecido pela empresa. Quanto à alegação da defesa de creditar a inexistência das notas no instante do procedimento fiscal, a extravio natural por uma ação conturbada é estabelecer-se uma justificação perigosa no trato com a verdade dos fatos;

8. acerca da base de cálculo utilizada pelo autuante, que segundo o autuado contrariou a legislação do ICMS, afirma que o procedimento fiscal, embasou-se nas disposições regulamentares. Ressaltou que o fato do autuante haver adotado, para fins de apuração do montante da base de cálculo do imposto de suas tabelas de preços, editada em cima das suas notas fiscais de compras e nos custos, que servem de parâmetro para fixação do preço de venda, tal procedimento tem respaldo no art. 938, V, “b”, item 2, do RICMS/97. Assevera que este dispositivo permite a fiscalização, no trânsito de mercadorias, utilizar o critério do arbitramento da base de cálculo, no caso de ausência ou idoneidade do documento fiscal, adotando-se o preço da pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência. Ao finalizar, informa que o critério de utilização de preços do próprio autuado foi justo e vinculado ao ordenamento normativo, pelo que espera seja o procedimento fiscal confirmado e que a presente autuação seja mantida pelo órgão julgador.

VOTO DO RELATOR DA 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O fundamento da autuação foi em razão da estocagem pelo autuado, das mercadorias relacionadas às fls. 4 a 6, desacobertas da documentação fiscal correspondente.

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidades levantadas pela defesa, pelos seguintes motivos:

a) trata-se de ação fiscal efetivada por prepostos fiscais lotados na fiscalização do trânsito de mercadorias, que constatarem a existência em estoques no estabelecimento autuado de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal, tendo sido lavrado na oportunidade o Termo de Apreensão de nº 090334 (fl 3), procedimento rotineiro da IFMT-Metro, no cumprimento de suas tarefas fiscalizadoras;

b) no tocante a tipificação errônea pelo autuante, quando indicou como dispositivos infringidos os arts. 201, I, 209, 218, IV e V, enquanto na descrição dos fatos no Auto de Infração consta a estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, entendendo que tal ocorrência não enseja a nulidade da ação fiscal, de acordo com o disposto no art. 19, do RPAF/99, já que pela descrição dos fatos, ficou clara a infração apontada e o infrator;

c) quanto ao questionamento do autuado de que fora lavrado mais de dois Autos, pelo que requer sejam julgados conjuntamente, o mesmo não tem respaldo legal, já que o art. 40 e seu parágrafo único citado na defesa, faz referência a possibilidade de ser lavrado vários Autos de Infração, relativo ao mesmo período fiscalizado, procedimento que é aplicado a fiscalização do comércio; Com referência ao mérito, razão não assiste ao autuado, senão vejamos:

1. limitou-se o autuado a apresentar em sua peça defensiva às fls. 39 a 41 dos autos, um Demonstrativo onde está relacionado as mercadorias objeto da autuação, o qual segundo o mesmo comprova que as mercadorias apreendidas possuíam a documentação fiscal correspondente, o que, em meu entendimento, não elide a autuação, uma vez que não anexou as respectivas notas fiscais de aquisição;

2. sobre a alegação do autuado, da inexistência do fato gerador para a exigência do imposto, a mesma é inteiramente inconsistente, pois de acordo com o art. 39, V, do RICMS/97, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devido pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica, que detenha a posse de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal de aquisição;

3. no tocante a alegação do autuado, de que o preço utilizado pelo autuante na determinação da base de cálculo contrariou a legislação do ICMS, não tem embasamento legal, uma vez que o art. 938, V, “b”, item 2, do RICMS/97, permite a fiscalização, no trânsito de mercadorias, utilizar o critério do arbitramento da base de cálculo, no caso de ausência ou idoneidade do documento fiscal, adotando-se o preço da pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência, o que foi aplicado, acertadamente, pelo preposto fiscal.

Ante o exposto, considero correta a exigência fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 2423/00 pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, argüindo:

Preliminarmente o descumprimento do art. 40 do RPAF, porque o início da ação fiscal se deu a partir da emissão do Termo de Embarço à Fiscalização no formulário de Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 090333 (anexo A-3 da defesa) no dia 16 de março de 2000; os Agentes de Tributos lacraram os depósitos (inclusive este que tratamos neste Auto, localizado no primeiro andar do mesmo imóvel). Este ato deu início a ação fiscal.

Em 17/03/00, as mesmas servidoras retornaram ao nosso estabelecimento apresentando novos Termos de nº 090334 base para este AI nº 894.559-4, intimando a Nordestão a apresentar a IFMT

(Metro) dentro de 48 horas as notas fiscais de aquisição (entradas) das mercadorias constantes da aud. de estoque e o de nº 090335 em nome de Alessandra Gomes Reis e Silva do Carmo, base para o AI nº 895.249-3, para apresentação das “mercadorias encontradas em estoque sem inscrição estadual na estrada velha de Ipitanga Km. 1.5 – Rua Quênia. Ressaltamos que as mercadorias no momento da apreensão estavam desacompanhadas de quaisquer documentação fiscal” (anexo A-4). Certamente este retorno serviu para tentar consertar a ação fiscal anterior que sem nenhuma justificativa utilizou-se do expediente do embarço à ação fiscalizadora que não houve, insinuando falta de notas fiscais que já haviam sido levadas pela Auditora do CINFI.

Em 20/03/00, lavraram o Termo de Apreensão nº 86.385, também em nome de Alessandra do Carmo, relativamente ao outro depósito lacrado inicialmente em 16/03/00 com o termo de nº 90333 e que serviu de base para o AI nº 894.439-3.

Desde então até 20/03/00 as mercadorias foram retiradas dos depósitos do recorrente para os da Secretaria da Fazenda. As notas fiscais de aquisições respectivas bem como as de saídas e notas de pedidos já haviam sido levadas por prepostos do setor CINFI/SAT (Anexo A-5 da defesa) que viemos saber depois na IFMT pelas Agentes de Tributos que este órgão é que estava orientando a ação fiscal. Embaraço mesmo, somente aos nossos interesses comerciais que ficaram paralizados por cerca de dez dias sem podermos realizar vendas nem apresentar declarações inclusive ao fisco ou pagar comissão aos vendedores. etc.

Dessa forma estamos demonstrando que a ação fiscal apesar de única foi desdobrada em três (3) autos de infração (895.249-3, 894.439-3 e 894.559-4) com a mesma ocorrência, apenas distribuídos por outros Autuantes que não estiveram em nosso estabelecimento. A fiscalização não pode ser considerada de trânsito por que as mercadorias estavam em nossos depósitos.

As notas fiscais apreendidas pelo CINFI/SAT no decorrer da ação, se quer foram trabalhadas pelos Senhores Autuantes a fim de constatar a idoneidade das mercadorias, porque estes estavam em outra repartição da Fazenda, a IFMT.

Neste caso o regulamento do processo – art. 40, prevê a autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura de mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e a deslinde da questão, anexando cópia da justificativa do Senhor Auditor e da autorização em cada Auto. Portanto não é questão de respaldo legal, no dizer do Senhor Relator de Primeira Instância, a nossa pretensão de que pelo menos fossem apreciados os Autos nºs 895.249-3 e 895.439-3 juntamente com o presente, porque mesmo lavrados em datas diferentes (!) por interesses dos Senhores Auditores nasceram da mesma ação fiscal e o interesse maior, uma vez atendido o art., 40 citado, proporcionaria aos Senhores Julgadores melhores condições para o deslinde da questão e facilitaria sobremodo ao contribuinte (inclusive os seus custos) no exercício da sua defesa. Isso é, no nosso entendimento, a principal preocupação do regulamento do processo.

Quanto ao mérito, o julgamento de primeira instância foi julgado contra as provas do Auto. “Estocagem de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal em local não inscrito na SEFAZ/BA.” Dessa forma está comprovado se as mercadorias apreendidas são acobertadas de notas fiscais idôneas.

As mercadorias encontradas e apreendidas são de nossa propriedade e adquiridas com notas fiscais também apreendidas no desenrolar da ação fiscalizadora e Relação de Auditoria de Estoque. No momento da apreensão foi dito aos Prepostos Fiscais de que as notas fiscais se encontravam no escritório do Contador. Tomando com base tal relação, elaborou o recorrente demonstrativo das

mercadorias apreendidas com as notas fiscais respectivas (anexo A-8 da defesa), trabalho que o Senhor autuante não realizou. Este demonstrativo foi feito com as notas fiscais devolvidas pelo SAT/CINFI em 12/05/00, mais de um mês após a liberação das mercadorias (anexo A-8 da defesa) e após idas e vindas de uma repartição a outra (IFMT no Bonocô e o CINFI no CAB).

Alega que o fato importante é a comprovação de que não existe mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, porque consta comprovado que tais documentos foram apreendidos com as mercadorias. Assim, o termo de embargo a ação fiscal ficou letra morta, aliás, um ardil do Fisco para intimidar o contribuinte. Com o presente estamos anexando cópias das notas fiscais relativas às mercadorias constantes do demonstrativos de auditoria de estoque (anexo 1).

Concluindo, diz que não havendo a obediência ao art. 40 do RPAF, que repete norma prevista no Código de Processo Civil e, tão pouco os três processos não tiveram julgamentos na mesma assentada, o que se assim fosse feito propiciaria o “deslinde da questão” com maior facilidade e contribuiria com o exercício da ampla defesa. Assim, requer a NULIDADE do Auto de Infração em tela.

No mais, estando destarte demonstrado de que o estabelecimento que se refere o Auto tem inscrição estadual e é ponto de venda da Empresa. As notas fiscais relativas às mercadorias também foram apreendidas quando da ação fiscal realizada pelo CINFI/SAT. Não existe infração, portanto, o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

A PROFAZ solicitou conforme documento de nº 157/00, diligência à ASTEC afim de que informe se as notas fiscais ora adunada pelo recorrente dizem respeito as mercadorias apreendidas, expressando se foi correta a autuação em sua totalidade.

O colegiado deferiu a solicitação de diligência e a ASTEC se pronunciou através do Parecer de nº 0101/2001, concluindo:

“Da análise dos fatos apurados, é de se aduzir que o levantamento quantitativo demonstrou que a maior parte das mercadorias que foram objeto da autuação estavam acobertadas com documentação fiscal.

Por outro lado, foi identificada a omissão de entradas, ou seja, entradas sem a respectiva documentação fiscal, do produto “MACA AUXILIAR”, no valor de R\$100,00, conforme se pode ver dos demonstrativos ora apensados às fls. 103 a 108.

PS: O resultado do levantamento de estoques relativo à omissão de entradas encontra-se prejudicado, uma vez que a autuada não apresentou o livro a Registro de Inventário.”

O Recorrente retornou aos autos dizendo que ao atender a diligência suscitada e sendo a mesma realizada por preposto da ASTEC, verifica-se do Parecer nº 0101/2001, elaborado por aquele órgão fazendário, que não existe irregularidade alguma em relação às notas fiscais e as mercadorias em levantamento quantitativo, por isso, requer que o Conselho em relação aos dois outros processos (AI nº 894.439-3 e AI nº 895.249-3, por sinal lavrados contra Alessandra Gomes Reis e Silva do Carmo mas, sob a responsabilidade do recorrente) fossem realizadas iguais diligências porque atenderia ao princípio de ampla defesa contida especificamente no citado art. 40 do RPAF para que o “deslinde da questão” tornasse o procedimento fiscal improcedente, na melhor hipótese. Afinal uma única ação fiscal foi desdobrada e distribuída por funcionários que não participaram da ação acarretando prejuízo no entendimento do feito. Espera deferimento.

A PROFAZ retornou ao processo, renovando sob nº 55/01 nova diligência, face os motivos abaixo adunados:

“Solicitada diligência a ASTEC à fl. 95 foi a mesma deferida pela 1ª CJF.

Às fls. 101 foi anexada a conclusão da diligência pela ASTEC.

Ocorre que o pedido de diligência foi o esclarecimento de que se as notas fiscais apenas com o recurso voluntário diziam respeito às mercadorias objeto do auto de infração, sendo que a resposta do diligente no de que “a maior parte das mercadorias que foram objeto da autuação estavam acobertadas com documentação fiscal”.

Com efeito, esta resposta nada esclarece a dúvida suscitada pela PROFAZ. Ressalte-se ainda que a falta do livro Registro de Inventário não influencia no pedido exposto, pois, o objetivo é ter certeza se as notas fiscais adunadas são referentes as mercadorias encontradas estocadas sem notas fiscais.

Nesse passo, consideramos não realizada a diligência nos termos requeridos, sendo necessário o envio dos autos a ASTEC para os esclarecimentos elementares”.

O processo foi encaminhado em Pauta Suplementar ao colegiado que deferiu o pedido de renovação de diligência à fl. 118.

A ASTEC realizou a nova diligência e forneceu Parecer de nº 0022/02, anexado às fls. 119 a 122, com conclusão nos seguintes termos:

“Quanto à dúvida suscitada pela PROFAZ, expressa à fl. 95, acerca da correção da autuação em sua totalidade, vale esclarecer que esta é uma questão que envolve o mérito da lide e que este diligente encontra-se impedido de manifestar-se a respeito.

No que diz respeito ao esclarecimento quanto à pertinência entre as notas fiscais apresentadas e as mercadorias apreendidas, este revisor não teve condições de comprovar tal fato, em virtude da falta de elementos na Declaração de Estoque e nas Notas Fiscais que pudessem ser utilizados para a vinculação pretendida.

No que tange à declaração deste revisor de que "...a maior parte das mercadorias que foram objeto da autuação estavam acobertadas com documentos fiscal", temos a esclarecer que a recontagem do estoque evidenciou a existência de diferenças nas entradas dos itens "MACA AUXILIAR", cujo fato foi interpretado por este revisor como posse de mercadorias em estoque sem documentação fiscal, conforme orientação dada pelo art. 15 da Portaria 445/98 e com fundamento no art. 39, V, do RICMS/97. Neste caso, se dois itens do levantamento fiscal, dentre 53 selecionados, não tinham documento fiscal, por exclusão, os outros 51 estavam acobertados com nota fiscal, ou seja, a maior parte das mercadorias arroladas.

Em relação aos demais itens, ou seja, excluindo-se os itens "CAMA AUXILIAR" e " LAMPADA AUXILIAR", denota-se que a revisão fiscal indicou a existência de diferenças nas saídas, i. é, confronto entre as entradas e saídas de mercadorias resultou em quantidade acobertada com documentação fiscal maior do que as existentes em estoque. Desta forma, pode-se presumir que as demais mercadorias que se encontravam em estoque estavam acobertadas com documentação fiscal e que ainda houve omissão de saídas.

Quanto à falta de apresentação do livro Registro de Inventário, é de se esclarecer que em qualquer auditoria de estoques, seja em exercício fechado, seja em exercício aberto, é imprescindível a sua utilização. No caso sob estudo, considerando a impossibilidade de vincular as notas fiscais às mercadorias apreendidas, o levantamento quantitativo indicou que dois itens não tinham documento fiscal, entretanto, se apresentado o livro Registro de Inventário, poder-se-ia aventar a hipótese da existência destes itens no estoque remanescente do exercício anterior e zerar as diferenças encontradas.

Por tais razões, se o parecer da PROFAZ tender a exigir o imposto em decorrência de estocagem de mercadorias sem nota fiscal, sob o argumento de que os documentos fiscais adunados aos autos não guardam pertinência com as mercadorias apreendidas, podemos assegurar que a diligência fiscal não comprovou esta vinculação. Se a tendência for considerar o levantamento quantitativo completo, levado a efeito por este revisor, incluindo-se todas as entradas e excluindo-se todas as saídas, além das mercadorias encontradas em estoque, podemos asseverar que restou constatado que apenas os itens "MACA AUXILIAR ACOLCHOADA" e "LAMPADA AUXILIAR" encontravam-se descobertos de documentação fiscal. Neste caso, o valor da base de cálculo importa em R\$109,00 e o ICMS devido resultaria em R\$18,53. A considerar como inerente ao procedimento fiscal a omissão de saídas de mercadorias apurada na revisão fiscal, o valor da base de cálculo importa em R\$9.555,40 e o ICMS devido no valor de R\$1.624,41."

O contribuinte foi intimado a tomar conhecimento do Parecer da ASTEC nº 0022/2002, tendo dado ciência em 10/04/02, sem contudo retornar aos autos.

O autuante também foi comunicado do Parecer retrocitado e deu sua ciência em 18/04/02, porém não forneceu nada em contra razões.

A PROFAZ forneceu Parecer conclusivo da lavra da procuradora Dr^a Sylvia Amoedo, nos seguintes termos:

"Trata-se o presente processo de retorno de diligência efetuada pela ASTEC a pedido da PROFAZ, o qual foi submetido à Pauta Suplementar e autorizado pela Câmara. o presente auto de infração foi lavrado no trânsito de mercadorias, sob a alegação de estocagem de mercadorias sem documentação fiscal.

O que foi solicitado pela PROFAZ concerne à verificação das notas fiscais acostadas ao processo no recurso, e se elas têm ou não pertinência com a autuação, requer ainda a PROFAZ sejam indicados os reais valores devidos, o que foi realizado pelo revisor, em levantamento quantitativo de estoques.

Ressalte-se de logo a qualidade do trabalho efetuado pela ASTEC, verificou pormenorizadamente todas as alegações e documentação existentes. Chega à conclusão de que apenas dois itens restam descobertos de documentação fiscal, de onde também verifica o quantum devido; assim como calcula o valor referente à omissão de saídas de mercadorias, que foi levantado pela revisão.

A autuada não volta a se manifestar nos autos sobre a diligência, mas fora corretamente intimada para tanto, estando preservados os princípios processuais inerentes à ampla defesa.

Assim, após estas observações somos pelo provimento parcial do recurso voluntário interposto e a reforma da decisão de primeira instância para a adoção dos valores apontados pelo revisor da ASTEC."

VOTO

Diante dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei a insegurança do lançamento de ofício, porque:

1. Não existe nos autos o termo de intimação necessário conforme a legislação, à época, da lavratura do Auto de infração em lide;
2. Verifica-se que a infração apontada no Auto de Infração é “estocagem de bem ou mercadoria descoberta de documento fiscal. Idonêa”, enquanto está aposto nos dispositivos infringidos os art. 201, inciso I; art. 218, IV, e V do RICMS – Dec. nº 6284/97. Do confronto da infração apontada com os dispositivos infringidos, constata-se que a infração citada não combina com os dispositivos tidos como infringidos;
3. Observo que a insegurança do lançamento contagiou o auditor fiscal diligente que, em Parecer de nº 0101/2001, oferece na sua conclusão a afirmativa: “Da análise dos fatos apurados, é de se aduzir que o levantamento quantitativo demonstrou que a maior parte das mercadorias que foram objeto da autuação estavam acobertadas com documentação fiscal”.
4. Dado a incerteza da DOUTA PROFABZ quanto a assertiva do lançamento, face as notas fiscais adunadas aos autos e não tendo os esclarecimentos que acreditava necessários por parte da ASTEC, através do Parecer nº 0101/2001, aquele órgão responsável pelo controle da legalidade e do cumprimento da legislação tributária perqueriu à ASTEC, tendo este departamento do CONSEF retornado ao processo apresentando novo Parecer de nº 0022/2002. Pinçamos alguns trechos da conclusão do Parecer último citado, apenas para demonstrar a fragilidade do Auto de Infração:

“No que tange à declaração deste revisor de que "...a maior parte das mercadorias que foram objeto da autuação estavam acobertadas com documentos fiscal", temos a esclarecer que a recontagem do estoque evidenciou a existência de diferenças nas entradas dos itens "MACA AUXILIAR", cujo fato foi interpretado por este revisor como posse de mercadorias em estoque sem documentação fiscal, conforme orientação dada pelo art. 15 da Portaria 445/98 e com fundamento no art. 39, V, do RICMS/97. Neste caso, se dois itens do levantamento fiscal, dentre 53 selecionados, não tinham documento fiscal, por exclusão, os outros 51 estavam acobertados com nota fiscal, ou seja, a maior parte das mercadorias arroladas.

Em relação aos demais itens, ou seja, excluindo-se os itens "CAMA AUXILIAR" e "LAMPADA AUXILIAR", denota-se que a revisão fiscal indicou a existência de diferenças nas saídas, i. é, confronto entre as entradas e saídas de mercadorias resultou em quantidade acobertada com documentação fiscal maior do que as existentes em estoque. Desta forma, pode-se presumir que as demais mercadorias que se encontravam em estoque estavam acobertadas com documentação fiscal e que ainda houve omissão de saídas

Por tais razões, se o parecer da PROFABZ tender a exigir o imposto em decorrência de estocagem de mercadorias sem nota fiscal, sob o argumento de que os documentos fiscais adunados aos autos não guardam pertinência com as mercadorias apreendidas, podemos assegurar que a diligência fiscal não comprovou esta vinculação. Se a tendência for considerar o levantamento quantitativo completo, levado a efeito por este revisor, incluindo-se todas as entradas e excluindo-se todas as saídas, além das mercadorias encontradas em estoque, podemos asseverar que restou constatado que apenas os itens "MACA AUXILIAR ACOLCHOADA" e "LAMPADA AUXILIAR" encontravam-se descobertos de documentação fiscal. Neste caso, o valor da base de cálculo importa em R\$109,00 e o ICMS devido resultaria em R\$18,53. A considerar como

inerente ao procedimento fiscal a omissão de saídas de mercadorias apurada na revisão fiscal, o valor da base de cálculo importa em R\$9.555,40 e o ICMS devido no valor de R\$1.624,41”;

5. Às fls. 131, verso, consta que o fiscal autuante tomou ciência do Parecer ASTEC nº 0022/2002 e não teceu nenhum comentário em contra-razões, donde se conclui que aceitou o que consta do Parecer.
6. Em Parecer conclusivo, de fls. 136 e 137, a PROFAZ opina pelo provimento parcial do recurso voluntário no sentido de ser reformada a decisão de primeira instância, dentro dos valores apontados pelo revisor da ASTEC.

Diante do exposto, da visível insegurança do Auto de Infração em comento e da dubiedade da conclusão Parecer da ASTEC n.º 0022/2002, concedo o meu voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, e, dentro da norma expressa no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/97, considero NULO o lançamento. Contudo, deixo assegurado e recomendado o direito da Fazenda Estadual de renovar o procedimento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **08945594/00**, lavrado contra **NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA**.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão, Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira e Sandra Urânia Silva Andrade

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE- REPR. DA PROFAZ