

PROCESSO - A.I. Nº 207100.0001/98-8
RECORRENTE - GEPE CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 1.102/01
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 05.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0411-11/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, tanto diferenças de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto, tomando-se por base o valor de maior expressão monetária. A penalidade aplicada em face da falta de escrituração de entradas, apurada no mesmo período, deve ser absorvida pela aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Diligência fiscal refaz os levantamentos fiscais, além de adequá-los às normas da Portaria nº 445/98, reduzindo-se o débito determinado pela Decisão Recorrida. Rejeitadas todas as preliminares de nulidade argüidas na peça recursal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra o Acórdão nº 1.102/01 oriundo da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

De acordo com a descrição dos fatos, foram imputadas ao sujeito passivo as seguintes acusações, com repercussão no ICMS :

1. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais - exercício de 1993. Total da infração R\$1,60.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, em períodos fechados, concernentes aos exercícios de 1994, 1995, 1996 e 1997. Total da infração R\$9.402,11.
3. Omissão de entradas de mercadorias apurada através de auditoria de estoque em exercício fechado, com a aplicação da multa de 5% - exercício de 1994. Total da infração R\$133,92.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados, identificada através da não escrituração de entradas em valor superior ao das saídas omitidas no mesmo período, caracterizando a existência de receitas não contabilizadas empregadas no pagamento das mesmas – exercícios de 1995, 1996 e 1997. Total da infração nos três exercícios – R\$8.103,27.

Inicialmente, houve um primeiro julgamento em Primeira Instância que decidiu pela nulidade do presente Auto de Infração, entretanto, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sede de julgamento de Recurso de Ofício, deu provimento ao mesmo, tendo o PAF retornado à Primeira Instância para análise do seu mérito.

As preliminares de nulidade argüidas nas Razões de Defesa, acolhidas pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal e rechaçadas pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, foram as abaixo indicadas:

1. Invasão ilegítima do prazo de validade do Termo Inicial de Fiscalização. A fiscalização teve início em 09/03/98 e terminou em 04/05/98, com a lavratura do Auto de Infração. Em não havendo Termos de Prorrogação da Fiscalização, nem autorização do Inspetor Fazendário, nem assentado no livro RUDFTO da empresa tal providência, a ação fiscal é nula de pleno direito, conforme art. 33, § 1º, do RPAF/81, pois inexistiu legitimidade ativa para consecução do ato administrativo fiscal, assim como, o ato conclusivo se deu por perempção. Discorre longamente sobre o assunto (fls. 164 a 185);
2. Ausência de demonstrativos analíticos indispensáveis para o devido embasamento do levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias. Inexistindo, afirma, a acusação é precária, pois em desacordo com as normas determinativas do Roteiro 0207 do Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais (Portaria nº 1.069/90 do Sr. Secretário da Fazenda). Entende que as omissões de saídas apuradas são meãs presunções, vez que o levantamento foi realizado por “amostragem”, sem representatividade de todo o estoque de mercadorias da empresa. Traz à lide o art. 4º § 4º da Lei nº7.014/96, o Roteiro 0207 do Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, resoluções deste CONSEF e do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e das dificuldades encontradas por diligentes fiscais, quando de revisões em outros processos administrativos fiscais, para afirmar que só foi realizado, no presente, demonstrativo sintético, que não pode satisfazer um levantamento físico-quantitativo por espécie de mercadorias que pretenda ser sério (fls. 186 a 204);
3. Insuficiência de matéria fática em relação aos itens acusatórios, genericamente denominados de “créditos indevidos”. Sem apontar a origem de tal acusação (não está consignada nem no Termo de Encerramento da Fiscalização, nem no RUDFTO), o autuante a tornou incerta, cerceando seu pleno direito de defesa. Se, acaso, se tratar do consumo de energia elétrica, não declinou se a glosa foi total ou parcial, nem qual foi o percentual de admissibilidade utilizado. Embasa seus argumentos no Roteiro 204 do Manual de Fiscalização dos Tributos Estaduais e Resoluções do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (fls. 205 a 210);
4. Ausência de citação, no Termo de Início de Fiscalização, de “proposta mínima de trabalho”. Os roteiros de fiscalização não foram declinados, contrariando a legislação processualista, que disciplina o início da ação fiscal - § 1º do art. 33 do RPAF/81 (fls. 211 a 215).

Já a Decisão ora recorrida foi prolatada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal com fundamento no Voto abaixo transcrito :

“O presente processo voltou à Primeira Instância de Julgamento Fiscal, por Decisão da 1ª Câmara Julgamento Fiscal, que prolatou Decisão contrária à sua nulidade exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, determinando que seja examinado o mérito da lide, que ora passo a me pronunciar.

A infração 1 cuida da cobrança do ICMS decorrente da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Inicialmente observo que o lançamento na forma apresentada, efetivamente, encontra-se descrito de maneira sucinta, deixando dúvidas quanto ao motivo que ensejou a irregularidade. No entanto, no levantamento realizado está consignado que se refere a notas fiscais de energia elétrica (fl. 7) e o defendente assim entendeu. Mas para que não fosse alegado cerceamento de defesa, duas providências foram tomadas. A primeira quando o defendente foi intimado a tomar conhecimento da diligência realizada, relativa ao levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias, tendo prazo de 10 dias para contestação, o que o fez. Afora esta providência, já havia tomado

conhecimento da informação fiscal, que reafirmou serem os créditos glosados sobre as contas de energia elétrica. Naquele momento poderia desconstituir a acusação, inclusive como solicitado, porém calou-se. A segunda oportunidade lhe foi dada por este Colegiado ao intimá-lo à apensar ao PAF as contas de energia elétrica (fls. 628 a 630). Mais uma vez não se pronunciou e nem entregou os documentos pedidos. Neste contexto, qualquer irregularidade que ensejasse dúvida quanto ao motivo da autuação foi sanada e restou comprovado que o contribuinte tinha conhecimento, desde o início, qual o motivo da autuação, o que descaracteriza qualquer base para arguição de cerceamento do pelo direito de defesa e a infração está caracterizada, acorde art. 142 do RPAF/99.

Isto posto, o art. 94, VI do RICMS/89 (inciso acrescido pelo Alteração 40 – Decreto nº 1.856, de 29/12/92, com efeitos a partir de 01/01/1993) determinava que constituía crédito fiscal, para fins de cálculo do imposto a recolher, o valor correspondente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica do estabelecimento comercial, não sem pertinente o argumento da auditora fiscal que prestou informação em afirmar que à época dos fatos geradores do imposto (agosto a setembro de 1993) o direito ao uso ao crédito seria de apenas 25%. Entretanto, analisando o levantamento efetuada, constato que o que se apurou foi a duplicidade do uso do crédito além de que em valor de 100%, como exemplifico para melhor compreensão, utilizando como exemplo o mês de agosto/93 (fl. 7):

BASE DE CÁLCULO – CR\$4.128,44 ; ALÍQUOTA – 25% ; IMPOSTO – CR\$1.032,11 ; DIREITO AO USO DO CRÉDITO - CR\$516,05 ; CRÉDITO UTILIZADO – CR\$2.064,22 ; CRÉDITO INDEVIDO - CR\$1.548,17.

O autuante apenas glosou a duplicidade do crédito(CR\$1.032,11). Deveria, também, ter glosado os 50% utilizado indevidamente (CR\$516,05). Como não o fez, glosando tão somente a duplicidade dos créditos, e sendo vedado o agravamento, neste momento, da infração, voto pela procedência da infração no valor de CR\$4.396,25, ou R\$1,60 convertido em real.

As infrações 2 a 4 tratam de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias. Analisando as peças constitutivas do PAF, discordo do Parecer da ASTEC/CONSEF e dos argumentos extensamente apresentados pela defesa, principalmente em relação a afirmativa de que houve arbitramento da base de cálculo e que não existe no PAF provas de como aquela foi apurada. Pelo teor da extensiva defesa, o contribuinte tem o mais completo conhecimento de que a auditoria realizada foi de levantamento quantitativo dos estoques de mercadoria e não de arbitramento da base de cálculo. Inclusive citou o nº do roteiro de fiscalização do Manual de Fiscalização desta SEFAZ. Além disso, todos os papeis de trabalho estão apensados aos autos, onde estão identificados, de maneira minuciosa, todas as bases de cálculo do imposto apurado, tendo o contribuinte tido conhecimento do seu conteúdo. No mais, o art. 3º, item III da Portaria nº 445/98 determina textualmente: nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item de forma a reunir num mesmo item todas as espécies de mercadorias afins. Analisando as mercadorias constantes do levantamento (bermudas, saís, jaquetas, cintos, blusas, etc), cada uma delas possuem referências diversas (dependem da empresa que os confeccionaram e do tecido ou couro utilizado por exemplo), porém enquadram-se na mesma espécie. O argumento defensivo de que uma saia, ainda como exemplo, pode ser maxi, midi ou mini é esdrúxulo à matéria, genérico e claramente procrastinatório. O levantamento fiscal foi realizado sob as orientações dos procedimentos fiscais vigentes e emanados da legislação tributária. Observo, inclusive, que as mercadorias, no Registro de Inventário da empresa no exercício de 1993 (fls. 285 a 294) nem referência possuem, indo tal constatação, novamente, de encontro com as afirmativas da fiscal diligente e da defesa.

Sem qualquer base legal o argumento de que havendo apenação, os créditos sobre as compras e vendas omitidas devem ser abatidos. O que se constatou foram entradas e saídas de mercadorias sem documento fiscal, não existindo crédito a ser considerado.

A autuante calculou o preço médio unitário conforme as determinações legais, embora tenha cometido erro ao apurar o das mercadorias entradas no estabelecimento, fato este sanado quando da diligência fiscal. E, como observação final sobre o assunto, a utilização da média aritmética para apuração do preço médio unitário de uma mercadoria, como determina a legislação tributária, normalmente beneficia o contribuinte.

As Resoluções deste Colegiado trazidas à lide pelo defendente não se adequam à situação ora combatida, vez que o levantamento foi executado por espécie de mercadorias e não por gênero como entende o autuado.

Além do que aqui já exposto, deve-se adaptar os levantamentos quantitativos de estoques efetuados às determinações da Portaria nº 445/98, como a seguir indicado.

EXERCÍCIOS DE 1994 E 1995

O artigo 13, I da Portaria nº 445/98 determina que, em caso de constatação, no mesmo exercício, de omissão de entradas e saídas, deve ser cobrado o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária (no caso presente, as operações de saídas omitidas), com multa de 70%, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas. Dessa forma, acato os demonstrativos elaborados pela diligente, pois refeitos com acertos nos quantitativos das mercadorias.

EXERCÍCIOS DE 1996 E 1997

O artigo 13, II, incisos “a” e “c” da já citada Portaria determina que, em caso de constatação, no mesmo exercício, de omissão de entradas e saídas, sendo o valor das omissões de entradas superior ao de saídas, deve ser cobrado o imposto tomando-se por base as operações de saídas anteriormente realizadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o seu lançamento na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do respectivo imposto. No entanto, no valor do preço médio apurado não deve ser adicionada qualquer parcela a título de margem de valor adicionado. Também aplicada multa de 70%, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas. Dessa forma, acato os demonstrativos elaborados pela diligente, pois refeitos com o correto cálculo do preço médio das aquisições realizadas no último mês do período fiscalizado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo”:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

<i>CÓDIGO DE DÉBITO</i>	<i>DATA OCORRÊNCIA</i>	<i>DATA VENCIMENTO</i>	<i>VALOR DÉBITO (R\$)</i>	<i>MULTA (%)</i>
<i>INFRAÇÃO 01</i>				
<i>10</i>	<i>31/08/93</i>	<i>09/09/93</i>	<i>0,38</i>	<i>70</i>
<i>10</i>	<i>30/09/93</i>	<i>09/10/93</i>	<i>0,56</i>	<i>70</i>
<i>10</i>	<i>31/10/93</i>	<i>09/11/93</i>	<i>0,66</i>	<i>70</i>
<i>TOTAL</i>			<i>1,60</i>	
<i>INFRAÇÃO 02 a 04</i>				
<i>10</i>	<i>31/12/94</i>	<i>09/01/95</i>	<i>5.591,91</i>	<i>70</i>
<i>10</i>	<i>31/12/95</i>	<i>09/01/96</i>	<i>680,72</i>	<i>70</i>
<i>10</i>	<i>31/12/96</i>	<i>09/01/97</i>	<i>2.879,56</i>	<i>70</i>
<i>10</i>	<i>31/12/97</i>	<i>09/01/98</i>	<i>1.335,17</i>	<i>70</i>

TOTAL			10.487,36	
TOTAL DÉBITO			10.488,96	

Inconformado com a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário onde, inicialmente, pede a “nulificação do Acórdão proferido em primeira instância, para que se dê renovação da Decisão, por parte da Junta de Julgamento”, sob o argumento de que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal não acatou a nulidade do Auto de Infração em função da primeira preliminar de nulidade que argüiu e que versava sobre a falta de prorrogação dos trabalhos fiscais. Diante disto, cita que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal ao acatar esta primeira preliminar de nulidade, não chegou a examinar as demais preliminares de nulidade levantadas, em especial, a segunda preliminar que trata de ausência de demonstrativos analíticos indispensáveis para o devido embasamento do levantamento físico quantitativo.

Argumenta, em seguida, que esta segunda preliminar de nulidade foi examinada “apenas de relance” pela Junta de Julgamento Fiscal na segunda assentada de julgamento, reportando-se a diligência realizada pela ASTEC, a qual considera que merece total respeitabilidade. Adentra em outras considerações sobre o assunto aqui abordado, discorre a respeito de levantamentos efetuados por “gênero” e por “espécie” e, a título de consubstanciar seus argumentos, apresenta, “em primeira situação em paradigma”, duas decisões emanadas deste CONSEF, a primeira nº 0980/99 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal e, a segunda, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que em julgamento do Recurso de Ofício da Decisão aqui mencionada, negou provimento ao Recurso.

Naquilo em que o autor do Recurso denomina de “segunda situação, em paradigma” cita o Acórdão nº 1.499/00 onde o item 1 do Auto de Infração correspondente foi julgado Nulo em razão do levantamento quantitativo ter sido realizado por gênero e não por espécie de mercadoria.

Requer, que em fase de instrução do julgamento deste Recurso Voluntário, que os autos sejam convertidos em diligência até a Secretaria do CONSEF para juntada, na íntegra, das decisões cujas ementas citou em paradigma e que se dê “isonomia tributária”, em nível processualístico, pela igualdade de tratamento, a teor do art. 155 da CF/88. Pleiteia “novo exame diligencial” para que se evidencie de uma vez por todas, caso haja necessidade, que o levantamento físico-quantitativo foi procedido pelo gênero e não pelas espécies de mercadorias em estoque, indicando que os levantamentos sejam realizados pela Inspetoria Especializada sediada em Simões Filho.

Por fim, pede que, “na pior das hipóteses” em se mantendo o agrupamento por gênero, haveria que se demonstrar que os preços médios teriam sido calculados por média móvel ponderada, argumentando que isto não ocorreu. Diante disto, o autor do Recurso pede a anulação da Decisão Recorrida no sentido de que “a segunda preliminar de nulidade seja melhor apreciada”.

No item II da peça recursal, o seu autor passa a referir-se ao “Recurso Voluntário propriamente dito” onde, em “questão preambular” apresenta três decisões para que se estabeleça um “estudo comparado” das mesmas com a Decisão Recorrida, buscando alcançar o princípio da igualdade do tratamento. As decisões são: Resolução nºs 2518/95, 0413/01 e 1895/95 que tratam de nulidade de Autos de Infração em razão da ausência de termo de prorrogação da ação fiscal.

Em seguida, o autor do Recurso volta a enfocar a segunda preliminar de nulidade que interpôs desde a impugnação inaugural, onde inicia com a transcrição da diligência efetuada pela ASTEC, cujo conteúdo comenta, destacando que, a teor da mesma, conduz-se à conclusão de que seria perfeitamente possível o levantamento físico por espécie de mercadorias e que, o levantamento por gênero de mercadorias, só é possível quando não se possa detalhar pelas espécies, consoante o previsto no art. 3ª, III, da Portaria nº 0445/98. Diante deste argumento solicita que seja determinado o refazimento do exame físico-quantitativo, inclusive com elaboração pela Câmara

de Julgamento de nova elencação de quesitos a serem respondidos pelo autor da diligência que requer.

No subitem “c” refere-se ao “debate do mérito quanto aos levantamentos físico-quantitativos de mercadorias”, onde diz que mantém as assertivas impugnatórias já constantes da impugnação administrativa inaugural e do seu “pronunciamento aditivo” subsequente. Aduz que, na medida em que há agrupamento de mercadorias e que o preço médio não é bem demonstrado, a exigência aproxima-se a arbitramento da base de cálculo, ainda mais quando, na ótica do autor do Recurso, o contribuinte propicia todas as condições para um vasto detalhamento das espécies.

Em conclusão, requer :

1. A nulidade do Acórdão nº 1101/01 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após a apreciação da motivação lançada “*in limine*” no Recurso Voluntário.
2. A reforma da Decisão, determinando-se a nulidade ou a Procedência em Parte do Auto de Infração.
3. Que sejam deferidos os pedidos de diligência formulados.
4. Que, em último caso, que seja acionada a hermenêutica determinada pela boa prudência judicante, para que se aplique o princípio universal do “*in dubio pro reo*” nas questões debatidas desde a defesa inaugural até o presente Recurso Voluntário.

A Douta PROFAZ oferece o Parecer nº 903/01, doc. fls. 723 e 724 onde considera que as razões do recorrente não são capazes de alterar o julgamento de primeira instância. Para tanto, fundamenta seu Parecer observando que o recorrente nada traz de novo em seu Recurso.

Em relação à dita falta de análise profunda da segunda preliminar de nulidade impressa na peça defensiva, a leitura do Voto da Sra. Relatora da 1ª Junta de Julgamento Fiscal revela equívoco de entendimento pelo recorrente, pois, foi, efetivamente, analisado o argumento expresso na defesa, talvez, não como fosse desejado pelo recorrente, mas a análise solicitada ocorreu.

Quanto ao tratamento isonômico reclamado, entende a PROFAZ que não tem qualquer respaldo para prosperar, sendo válida a lembrança que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal já analisou de forma ampla a nulidade argüida quando em sede de Recurso de Ofício, não havendo que se falar em outra análise do mesmo ponto.

Em relação ao mérito a PROFAZ concorda com o julgado recorrido e seus fundamentos, acrescentando que o recorrente não demonstra outra forma de realização de levantamento quantitativo, ou seja, não revela como se daria o levantamento por espécie tão conclamado.

Em conclusão e considerando a falta de razões fático-jurídicas para alterar o julgado recorrido, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento do dia 20 de novembro de 2001, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu que o PAF fosse remetido à ASTEC/CONSEF para que a autora da diligência de fls. 469 e 470, efetue o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, já que, havia declarado “que seria perfeitamente possível efetuar tais levantamentos por espécie de mercadorias”. Recomendou-se que fosse observada a condição apresentada às fls. 285 a 294 dos autos, concernente ao livro RI.

Através do Parecer nº 0172/2002, fls. 721 a 740, a ASTEC inicialmente esclarece que, exceto em relação ao exercício de 1994, é possível a realização do levantamento quantitativo por espécie, tendo em vista que todos os produtos comercializados encontravam-se codificados

uniformemente, tanto no livro RI quanto nas notas fiscais de entradas e saídas. Pondera, entretanto, que a realização do levantamento quantitativo por espécie dos artigos levantados pelo autuante, teria que trabalhar com mais de 1.000 itens, o que entende ser desnecessário, pois, ao seu entendimento, levaria ao mesmo resultado. Por este motivo, informa que, com anuência da empresa, elaborou um novo levantamento por gênero das mercadorias, conforme demonstrativos anexos e declaração da empresa, fl. 740, concordando com a realização do levantamento por gênero de mercadoria, indicando, inclusive, preposto para acompanhar o levantamento fiscal.

Como conclusão, apurou um débito na forma abaixo indicada:

- Exercício de 1994: Omissão de saídas	BC R\$ 4.438,50	ICMS 17%	R\$ 754,55
- Exercício de 1995: Omissão de saídas	BC R\$ 594,76	ICMS 17%	R\$ 101,11
- Exercício de 1996: Omissão de entradas	BC R\$ 480,48	ICMS 17%	R\$ 480,48
- Exercício de 1997: Omissão de entradas	BC R\$10.898,20	ICMS 17%	R\$ 516,56
- Total do débito apurado.:			R\$1.852,69

Do resultado da diligência acima, foi dada ciência ao recorrente e ao autuante, tendo o primeiro se pronunciado à fl. 962 dos autos declarando que concorda com o valor do débito apurado através da diligência realizada pela ASTEC enquanto que, por outro lado, não houve manifestação por parte do autuante, tendo a INFAZ declarado, a título de justificativa, que o mesmo encontra-se aposentado, consoante despacho exarado à fl. 967 dos autos.

A Doutra PROFAZ emite novo pronunciamento, fl. 968, aduzindo que já se manifestou nos autos, fls. 723 e 724 e, em função da diligência realizada e da declaração do recorrente concordando com o seu resultado, retifica o Parecer anterior e opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente analiso as nulidades levantadas pelo autor do Recurso. Quanto ao pedido de nulificação da Decisão da Primeira Instância, ora recorrida, para que o PAF, mais uma vez, retorne à 1ª JF para exame das demais preliminares de nulidade argüidas na impugnação inicial, não tem cabimento o pleito formulado pelo autor do Recurso na medida em que, no primeiro julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 0488/01, a Sra. Relatora analisou, de forma detalhada, as quatro preliminares de nulidade apresentadas na impugnação inicial, sendo que, três delas foram afastadas e bem fundamentadas pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, enquanto a que trata de “invasão ilegítima do prazo de validade em relação ao Termo Inicial de Fiscalização” foi acolhida, no julgamento inicial, conforme se verifica, com clareza, no Voto constante às fls. 636 e 637 dos autos.

Em sede de julgamento do Recurso de Ofício, foi afastado o único argumento de nulidade acolhido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, ficando, assim, examinadas e superadas todas as preliminares de nulidade apresentadas pelo autor do Recurso, ocasião em que o PAF retornou à 1ª Junta de Julgamento Fiscal apenas para análise das razões de mérito.

De maneira que não vejo a presença nos autos de qualquer motivação para que se decrete a nulidade do Acórdão nº 1.102/01 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal uma vez que, tendo sido analisados nos julgamentos anteriores todas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, restava, apenas, a análise das razões de mérito, o que foi feito, onde, inclusive, está fundamentado o porquê do não acatamento da diligência ASTEC em relação a questão do levantamento ter sido efetuado por gênero e não por espécie de mercadorias, afastou-se o argumento de aplicação de arbitramento da base de cálculo e analisou-se a questão do cálculo do preço médio unitário, estando consignado no Acórdão sua adequação as normas da Portaria SEFAZ nº 0445/98, tendo sido, ainda, analisadas as Decisões apresentadas em paradigma.

A bem da verdade, o próprio autor do Recurso reconhece que a segunda preliminar foi apreciada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal e o que pretende, por absurdo, é que ela “seja melhor apreciada”, fato este que não faz qualquer sentido. O que se depreende é que, a “melhor apreciação” suscitada pelo autor do Recurso seria o acolhimento da sua tese defensiva, o que não é possível, já que não existe qualquer afronta ao art. 18 do RPAF-BA e seus argumentos não se prestam para tal fim. Afastado, pois, o pedido de nulificação do Acórdão nº 1.102/01.

Em relação à dita “questão preambular” apresentada no Recurso Voluntário, o autor do Recurso cita três decisões do CONSEF que tratam de Autos de Infração julgados Nulos, para que sejam comparadas com o julgamento realizado em segunda instância que não acatou a nulidade do Auto de Infração diante da não prorrogação dos trabalhos fiscais, através de revalidação do Termo de Início de Fiscalização.

Trata-se, também, de repetição de argumento já apresentado anteriormente pelo autor do Recurso, inclusive as mesmas decisões apresentadas em paradigma, das quais, *data venia*, não comungo com o entendimento apresentado pelas mesmas.

Esta questão está corretamente enfocada pelo Voto Vencedor do Acórdão da 1ª CJF nº 0744/01 que, através de lúcida fundamentação, considera que *“não há lastro para decretar a nulidade do Auto de Infração pela ausência nos autos de prorrogação do Termo de Início, não só por não se constituir tal fato em hipótese de nulidade prevista na Legislação Estadual, como vimos, como também pelo fato de que, tendo o contribuinte amplamente se defendido, inclusive pronunciando-se sobre revisão por ele mesmo solicitada, não houve prejuízo ao mesmo ou cerceamento dos seus direitos, situação que, aí sim, daria embasamento à decretação de nulidade, ex-vi o inci. II, art. 18 do RPAF/BA”*.

Em conclusão deste tópico do Recurso Voluntário, considero que o inusitado “estudo comparado” pedido pelo autor do Recurso, em nada lhe beneficia, na medida em que não há previsão na legislação tributária estadual para decretação de nulidade de Auto de Infração por “falta de revalidação de Termo de Início de Fiscalização”.

Quanto ao novo enfoque que, mais uma vez, o autor do Recurso dá em relação à segunda preliminar de nulidade, vejo que é infrutífera a repetição dos seus argumentos pois, nada de novo é apresentado. A questão da diligência efetuada pela ASTEC, que em resposta ao quesito nº 01, a ilustre autora da diligência respondeu que é possível a realização do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, considero perfeitamente correto o posicionamento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal ao não acolher tal posicionamento.

O fato concreto é que a legislação tributária permite, em determinadas situações, que se efetue o levantamento quantitativo por gênero de mercadorias, como se verifica no presente PAF. Para que seja possível efetuar o levantamento por espécie, conforme defende o autor do Recurso, necessário se torna que os estoques registrados no livro de inventário e as notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias contenham idêntica referência e denominação, principalmente, no caso presente, que envolve levantamento de blusas, saias, calças, bermudas, etc., o autor do Recurso não comprova nos autos a identidade de procedimento em relação às referências/descrições dos produtos no livro Registro de Inventário e notas fiscais de entradas/saídas de mercadorias.

A propósito, as cópias reprográficas do livro Registro de Inventário juntadas pelo recorrente aos autos, fls. 285 a 294, demonstram que as mercadorias ali inventariadas foram registradas por espécie, sendo que, os códigos estão colados em papel distinto e/ou colocados em tinta vermelha, após a reprodução das cópias, fato este que impossibilita o levantamento por espécie de mercadorias.

Tal exemplo, também verifico, por amostragem, nos documentos trazidos aos autos pelo próprio recorrente, na Nota Fiscal de entrada nº 034721, fl. 489, onde consta o artigo “blusa acinturada xadrez”, Código nº 07.02.01105 enquanto que, no demonstrativos de tipos de blusas elaborado pelo recorrente à fl. 490, não consta este código.

Diante do exposto, considero afastadas todas as preliminares de nulidade levantadas pelo autor da peça recursal pelo fato das mesmas se mostrarem totalmente inócuas e sem qualquer consistência e base legal para atingir ao objetivo almejado.

Adentrando ao mérito, vejo que o autor do Recurso preocupou-se apenas em descaracterizar o levantamento levado a efeito pelo autuante em razão do mesmo ter sido efetuado com base no gênero das mercadorias e não por sua espécie. Vê-se, contudo, que estes argumentos foram infrutíferos na medida em que o próprio recorrente, considerando as peculiaridades envolvidas na realização dos levantamentos, concordou, expressamente, que sua realização fosse feita com base no gênero das mercadorias, o que, efetivamente foi feito, cujo resultado foi aceito pelo recorrente, nada restando a ser questionado.

Desta forma, tal como a Douta PROFAZ e o próprio recorrente, acolho o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF e, com fundamento nela, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário no sentido de que a Decisão Recorrida seja modificada em relação aos itens 2, 3 e 4 deste Auto de Infração, remanescendo um débito em relação aos mesmos no valor de R\$1.852,69, na forma indicada pela ASTEC à fl. 736 dos autos, além do débito no valor de R\$1,60 referente ao item 1 que não foi objeto deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e alterar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207100.0001/98-8, lavrado contra **GEPÊ CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.854,30**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1,60 e 70% sobre R\$1.852,70, previstas, respectivamente, no art. 61, VIII, “a” e IV, “a”, da Lei nº 4.825/89 e art. 42, III, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ