

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 206915.0003/01-1
<b>RECORRENTE</b>	- A M S COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 2182-04/01
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ ALAGOINHAS
<b>INTERNET</b>	- 17.12.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0432-12/02

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** MERCADORIAS AINDA EM ESTOQUE. Exigência de imposto por responsabilidade solidária. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. **c)** MERCADORIAS NÃO MAIS EXISTENTES EM ESTOQUE. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão Recorrida. Diligência realizada na fase recursal reduz o valor do débito. Correção do valor inicialmente exigido. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da empresa já qualificada nos autos inconformada com a decisão proferida na 1ª instância através do Acórdão nº 2182-04/01 que julgou Procedente *in totum* a acusação fiscal formulada na peça vestibular.

O autuado anexando vários documentos apresentou na peça de impugnação alegando que diferenças de GLP representavam mercadorias que se encontravam fora do estabelecimento, e requereu a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal o autuante esclareceu como procedeu a contagem física de estoques e justificou a constatação das entradas dos botijões de GLP, como sendo acondicionadores que deveriam retornar à distribuidora acobertado por notas fiscais, e alegou que o autuado não teve este comportamento.

Levou em conta os erros apontados pelo autuado e elaborou novos demonstrativos que apontam majoração do valor do débito.

O julgamento proferido na decisão hostilizada pelo recorrente, considerou que o levantamento está em consonância com a Portaria nº 445/98, e que as arguições acerca do levantamento não foram comprovados de forma suficiente à descaracterização dos levantamentos apresentados pelo agente do Fisco. Acrescentou ainda que o autuante ao acolher as alegações do autuado da existência de falhas no trabalho fiscal elaborou novos demonstrativos que majoram o valor da exigência fiscal. Levou em conta que o autuado cientificado das informações prestadas pelo

autuante não se manifestando sobre os mesmos, deve ser interpretado como não impugnação ao mesmo, e assim, manteve a autuação fiscal julgando-a Procedente.

Na peça recursal, às fls. 280 a 283, o recorrente após ter efetuado um resumo das operações que realiza, argüi nulidade por cerceamento de defesa, afirmando que atendeu a intimação comparecendo na INFAZ, mas não foi informado quanto a alteração do valor do débito fiscal, e que entende que tais fatos dão ensejo à abertura de novo prazo para pagamento ou apresentação de nova impugnação. Prossegue argüindo as razões de mérito, alegando que não pode ser admitida a presunção de que os documentos apresentados fossem ignorados, e utilizados de forma equivocada para apurar a suposta infração. Alegando ainda, que não foi observado que a exigência foi feita em dobro, deixando de respeitar o pagamento efetuado antecipadamente ou retido na fonte.

Assevera que cumpriu a obrigação no que se refere à emissão de documentos fiscais, por ocasião das vendas, e efetuou os registros relativos às compras, mas que os documentos ou não foram levados em conta, ou os mesmos teriam sido utilizados de forma errada ensejando a suposta infração apontada pelo autuante. Afirma que não cabe exigência de imposto porque não cometeu infração alguma.

Alega que relativamente as notas fiscais que indica, as mesmas foram utilizadas para acobertar as compras de gás GLP dos fornecedores, e que teria o autuante erroneamente considerado vasilhames vazios, supostamente vendidos.

Diz que o autuante também não acatou as notas fiscais relativas às operações de simples remessa e que mais grave ainda, foi considerar tais remessas fora do campo de incidência de tributação, como se referissem a vasilhames vazios, fora da atividade desenvolvida pelo autuado.

Alega que decorre de disposição na Constituição Federal (art. 150, inciso IV), a utilização de tributo com efeito confiscatório.

E acrescenta um conceito acerca do que seja tributo confiscatório. Encerra requerendo a insubsistência do Auto de Infração e faz juntada de cópias de notas fiscais (de compras e de saídas) que foram objeto do levantamento contestado.

A PROFAZ exarou Parecer nº 131/02, às fls. 602 a 611 dos autos, quanto as razões do Recurso do sujeito passivo, concluindo que os argumentos por este apresentados são incapazes de alterar a Decisão Recorrida, porque relativamente ao argumento de cerceamento de defesa, entendeu que o mesmo não teria ocorrido, porquanto o recorrente foi intimado de todos os atos do processo fiscal em questão.

Acrescentou no que tange ao mérito, que os documentos juntados pelo recorrente eram os mesmos apresentados na defesa e que já haviam sido apreciados no julgamento de 1ª instância.

Considerou que o recorrente não se manifestando ao tomar ciência da informação fiscal, onde o autuante esclareceu acerca da alegação do recorrente sobre remessa de vasilhames, de que no levantamento de estoques a diferença não importava se decorreu de vasilhames vazios.

Relativo ao argumento da exigência de confisco, assevera que tanto o imposto apurado como a multa aplicada tem previsão na legislação tributária estadual e ao final, opinou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

No exame preliminar das peças acostadas aos autos, conclui que o processo requeria uma revisão fiscal pelo fato do autuante ter considerado no levantamento fiscal as notas fiscais de simples remessa para venda em veículos. Requeri que fossem elaborados novos levantamentos. A diligência foi aprovada pelos membros da 2ª Câmara e encaminhada à ASTEC, que emitiu Parecer nº 0220/02 às fls. 615 a 624 dos autos, onde foram refeitos os demonstrativos, reduzindo o valor do débito para R\$9.803,21.

O autuado foi cientificado do Parecer Técnico acima referido, conforme documentos de fls. 627 e 628, e no prazo decencial se manifestou quanto ao multicitado Parecer, arguindo que toma ciência da redução do valor do débito, em razão da exclusão das GLPs constantes das notas fiscais de remessa e reitera o pedido de Improcedência do referido Auto de Infração.

A PROFAZ retorna aos autos à fl. 632 verso, retificando o Parecer exarado às fls. 609/611, opinando pelo Provedimento Parcial, acolhendo os números apresentados na diligência.

#### **VOTO**

Inicialmente observo que o Recurso foi interposto no prazo decencial, vez que foi intimado da decisão de 1ª Instância em 27/12/2001 e apresentou o Recurso Voluntário em 03/01/2002, conforme documento do SIPRO (fl. 279 dos autos).

Quanto ao mérito da análise das peças constantes dos autos, verifico que o levantamento quantitativo de estoques, *in casu*, o do exercício aberto, cujo período apurado foi de 01/01/2001 a 04/05/2001, está em conformidade com as disposições constantes na Portaria nº 445/98.

Porém, não concordo quanto ao tratamento dispensado aos “vasilhames” que em uma empresa distribuidora que poderá não necessariamente, mas eventualmente ser objeto de venda, e aí ter a conotação de mercadoria, mas na sua essência “vasilhame” constitui item do acervo imobilizado da empresa, e portanto não deveria ter, no levantamento quantitativo de estoques, o mesmo tratamento como se mercadoria fosse.

Entendo que as notas fiscais indicadas como simples remessa por se tratar de operação para venda em veículo, conforme fls. 99 a 347, todas elas indicam no corpo da nota o número do talonário para venda, não deveriam constar do levantamento fiscal, pois a nota a ser computada no levantamento deveria ser a nota fiscal da efetiva venda.

Observo que as referidas Notas Fiscais de nºs 251, 256, 272, 278, 281, 284, 290, 293, 301, 308, 312, 316, 326, 329, 331, 337, 340, 343 e 347, constam do levantamento fiscal elaborado pelo autuante na informação fiscal, o que demonstra que não acolheu as alegações do autuado, e assim ratificou o procedimento, que considero equivocado, uma vez que implica em considerar 2 vezes na saída, a mesma mercadoria, ou seja por considerar as aludidas notas de remessa quando emitidas para vendas em veículos, e a nota fiscal da efetiva saída, o que resulta na distorção das quantidades.

Deste modo, entendo que deve ser feito o levantamento para excluir tais notas fiscais, uma vez que de acordo com o disposto no art. 417, e seus §§ 1º, 2º e 5º que determinam, *verbis*:

*Art. 417 – (Nas saídas internas e interestaduais de mercadorias para realização de operações fora do estabelecimento sem destinatário certo, inclusive por meio de veículo.....)*

*§ 1º – A Nota Fiscal de remessa emitida na forma do “caput” deste artigo conterà, no campo “Informações Complementares”, a indicação dos números e da série, quando for o caso, dos impressos de Nota Fiscais a serem emitidas por ocasião da venda das mercadorias.*

*§ 2º – A escrituração da Nota fiscal de remessa será feita de acordo com a seguinte orientação:*

*Inciso I - no Registro de Saídas, o valor das mercadorias será consignado apenas nas colunas “Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações sem Débito do Imposto – Outras”.*

*Inciso II – no Registro de Apuração do ICMS, o valor do imposto será consignado, no último dia do mês, no quadro “Débito do Imposto – Outros Débitos”, com a expressão “Remessa para venda fora do estabelecimento”.*

*§ 5º - Ao efetuar vendas fora do estabelecimento, por ocasião da entrega ao adquirente, será emitida Nota Fiscal. sendo a base de cálculo o efetivo valor da operação, quando não prevista expressamente de forma diversa em outra disposição regulamentar.*

De onde se conclui que, não podem ser computadas no levantamento, posto que no momento da venda efetiva ao adquirente, outra nota fiscal será emitida, que terá a sua base de cálculo e o imposto destacado, sendo portanto esta nota fiscal a que será considerada para efeito da contagem das saídas no aludido levantamento.

Assim, a Revisão Fiscal, se faz necessária para afastar as incorreções verificadas no levantamento fiscal, sob pena de cometer uma injustiça fiscal, diante da evidência de uma possível bitributação.

Deste modo, procedi na fase instrutória do processo, um pedido de diligência, não obstante a PROFAZ ter opinado pelo Não Provimento. Fundamentei as razões do meu requerimento para que fiscal estranho ao feito revisasse o levantamento quantitativo excluindo as notas fiscais de remessa.

Entendo que não obstante o autuado ao tomar ciência da Informação Fiscal, não ter apresentado novos elementos impugnando o novo levantamento fiscal, em nome do princípio da verdade material consagrado no art. 2º, do RPAF/99, e considerando o efeito devolutivo do Recurso que possibilita o reexame do mérito, à luz dos elementos apresentados pelo Diligente Fiscal, reformo a Decisão Recorrida, pois com a devida *venia*, não agiu com o costumeiro acerto, ao deixar de requerer diligência fiscal com o fito de escoimar as dúvidas e incorreções existentes na acusação fiscal, para apurar o real valor do débito.

Observo que na diligência fiscal, após a exclusão das GLPs referente a simples remessa, no total de 1130 unidades, o levantamento quantitativo que acusava 859 unidades de diferença de entradas passou a indicar 271 unidades de omissão de saídas, que não foi objeto da exigência fiscal remanescente. Ademais GLP de acordo com o art. 512-A, inciso I, "a" item 5, tem o sistema de recolhimento do imposto por substituição e nas operações internas, o responsável é o industrial refinador de combustíveis, portanto, a mercadoria já estando com a fase de tributação encerrada não pode mais ser objeto de exigência de imposto, no caso de levantamento quantitativo em que se apurou omissão de saídas.

Por todo o exposto, e do que consta dos autos, acolhendo os valores indicados na diligência fiscal às fls. 616 a 624 dos autos, reformo a Decisão Recorrida para julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$9.803,21, dando PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206915.0003/01-1, lavrado contra **A M S COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.803,21**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$0,37 e 70% sobre R\$9.802,84, previstas, respectivamente, nos incisos II, “d” e III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de Dezembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFZ