

PROCESSO - A.I. Nº 269094.0003/98-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANTINO D'ANTÔNIO
RECORRIDOS - SANTINO D'ANTÔNIO e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 1162/99
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0435-11/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Comprovação, no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, se o valor da diferença de entradas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto sobre a diferença das entradas por ser de maior expressão monetária. Redução da exigência fiscal, após a correção de valores. Decisão mantida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JF, através do Acórdão nº 1162/99, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe., bem como Recurso de Ofício, nos termos da alínea “a”, do mesmo dispositivo regulamentar citado

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor superior ao das saídas omitidas no mesmo período, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o valor das entradas omitidas nos exercícios de 1993 a 1997.

A Decisão Recorrida – fls. 140 a 143 - foi pela Procedência em Parte da exigência fiscal, com a seguinte fundamentação, que ora aqui transcrevemos “*in verbis*”:

“Preliminarmente, rejeito as preliminares de nulidade argüidas pelo patrono do autuado, eis que não procedem, uma vez que o Termo de Início de Fiscalização é um procedimento administrativo o qual não enseja a nulidade do Auto de Infração. Ademais o próprio autuado deu causa a este acontecimento retardando a entrega dos documentos exigidos.

Quanto ao Termo de Encerramento de Fiscalização, o Decreto nº 6.673/97, aprovou a unificação do referido termo ao Auto de Infração, sendo descabida tal preliminar.

Referente ao alegado cerceamento do direito de defesa, também não prevalece, eis que os livros e documentos fiscais, assim como o próprio processo administrativo fiscal, encontravam-se a disposição do autuado na repartição fiscal, a partir da notificação ao contribuinte datada de

22/12/98. Ademais, a própria defesa apresentada às fls. 104 a 130 dos autos, demonstram que o alegado cerceamento de defesa não ocorreu, pois suas alegações defensivas foram minuciosamente procedida.

Quanto ao mérito, constata-se através das peças processuais, o acerto parcial da ação fiscal. As alegações defensivas não elidiram a acusação fiscal, a qual está alicerçada em provas incontestáveis, conforme pode-se observar nos documentos juntados pela autuante. Por fim, determina o art. 50 do referido RPAF, aprovado pelo Decreto nº 28.593/81, vigente à época das alegações apresentadas, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

A ação fiscal foi procedida pela autorização legal de presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, amenos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu, pois o fato do mesmo comercializar, em sua maior parte, produtos não sujeitos a incidência do ICMS, não destitui a presunção, pois não desonera a omissão de saída tributadas prevista no dispositivo legal, haja vista que também comercializa produtos tributados, sendo que tal proporcionalidade não está prevista no dispositivo legal.

No tocante a alegação de que todas as entradas foram contabilizadas, também não procede, pois estas omissões de entradas não compreendem da escrita fiscal nem da escrita contábil do autuado, ao menos se o contribuinte possuísse escrita contábil diferenciada da fiscal, o que não foi trazido aos autos e que caracterizaria ilícito fiscal.

Relativo a falta de precisão na especificação das mercadorias, aglutinando mercadorias com especificações diversas, o autuante comprova que tal procedimento foi ensejado pelo próprio autuado, através da sua própria escrita fiscal, cujo procedimento do autuante está previsto no manual de fiscalização e na Portaria n.º 445/98.

Finalmente, quanto a alegação de erros cometidos pelo autuante na classificação dos produtos submetidos ao levantamento de estoque, cabem as seguintes considerações:

1. Exercício de 1993:

- Purimol X Pirimor – omissão de entradas anulada no valor de CR\$ 18.000,00 (fls. 64);
- Creolina X Eredina – omissão de entradas anulada no valor de CR\$ 16.776,00 (fls. 63);
- Galiota X Carro-de-mão - idem, idem, no valor de CR\$ 74.014,00 (fls. 62/63);
- Semente de beterraba: 500 gr X Ferrinose – idem, idem, no valor de CR\$ 1.159,84 (fls. 64);
- Semente de tomate Santa Clara – idem, idem, no valor de CR\$ 485.100,00 (fls. 65), conforme acatado pelo autuante;
- Super Simples X Superfosfato - idem, idem, no valor de CR\$ 238.163,20 (fls. 65);
- Sacos de nylon X sacos de repolho X sacos de polietileno - descabe a alegação da defesa. Tais mercadorias enquadram-se como omissão de saídas, não sendo objeto da ação fiscal (fls. 64);

Resumo: do valor de base de cálculo de CR\$ 21.616.947,30 (fls. 65), deve-se abater o valor de

CR\$ 833.213,04, resultando a base de cálculo de CR\$ 20.783.734,26 e o ICMS de CR\$ 3.533.234,70, equivalente a R\$ 1.284,81;

2. Exercício de 1994:

- Sacos de nylon X sacos de repolho X sacos de polietileno - omissão de entradas anulada no valor de R\$ 332,00 (1.660 unidades vezes R\$,020, conforme fls. 48 dos autos);
- Creolina X Eredina – omissão de entradas anulada no valor de R\$ 6,00 (fls. 46);
- Semente de beterraba: 500 gr X Ferrinose – idem, idem, no valor de R\$ 21,99 (fls. 45);

Resumo: do valor de base de cálculo de R\$ 14.383,16 (fls. 49), deve-se abater o valor de R\$ 359,99, resultando a base de cálculo de R\$ 14.023,17 e o ICMS de R\$ 2.383,93;

2. Exercício de 1995:

- Jarra plástica X Latão de leite – ambas são omissão de saída. Não interfere;
- Lavadeira Preta – omissão de entradas anulada de R\$ 810,72, conforme reconhecido pelo autuante, resultando a base de cálculo de R\$ 33.399,47 e o ICMS de R\$ 5.677,91 no exercício;

3. Exercício de 1996:

- Semente de beterraba: 500 gr X Ferrinose – ambas são omissão de entrada, não se anulam. Mantém-se o resultado;
- Galiota X Carro-de-mão - omissão de entradas anulada no valor de R\$ 75,00 (fls. 17), resultando a base de cálculo de R\$ 31.868,80 e o ICMS de R\$ 5.417,69;

4. Exercício de 1997:

- Galiota X Carro-de-mão - omissão de entradas anulada no valor de R\$ 56,00 (fls. 06), resultando a base de cálculo de R\$ 12.601,97 e o ICMS de R\$ 2.142,33.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 16.906,67”

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 148 a 166 – onde reitera as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva, ou seja, que a falta de prorrogação do termo de início de fiscalização importando em ultrapassagem do prazo de 30 dias determinados pelo §3º do art. 33 importou em carência de validade do lançamento de ofício, citando decisões deste colegiado que, alega terem se posicionado neste sentido. Alega, ainda, que não há prova nos autos de que houve a prorrogação informada pelo autuante em sua informação fiscal.

Requer, ainda, a nulidade do lançamento de ofício, alegando que inexistiu a lavratura do Termo de Encerramento de Fiscalização, e que o decreto que dispensava este termo em separado – Decreto nº 6673/97 - é ilegal, uma vez que a redação do COTEB à época exigia a lavratura do referido termo.

Reitera, ainda, seu pedido de nulidade alegando cerceamento parcial do direito ao contraditório e à ampla defesa, pelo atraso na devolução dos documentos fiscais à recorrente. Assevera que tendo sido concluída a ação fiscal em 30 de novembro de 1998, e tendo sido intimado em 22 de dezembro do mesmo ano, somente lhe foram devolvidos os livros e documentos em 05 de janeiro de 1999,

ficando com o prazo de apenas 15 dias para apresentação da defesa. Aduz que o art. 947, §3º, do RICMS/97 determina que a apreensão de livros e documentos fiscais somente deve perdurar até a conclusão da ação fiscal, sob pena de cerceamento de defesa. Requer a reabertura do prazo de defesa ou a conversão do processo em diligência para sanar os diversos equívocos que diz existirem no levantamento elaborado pelo autuante.

No mérito, ratifica os argumentos já apresentados na defesa, ressaltando que alguns foram objeto de correção pela JJF, e reitera que o autuante aglutinou num só item mercadorias que possuem especificações diversas, como tamanho, marca, material constitutivo, etc, o que teria desobedecido as normas da Portaria nº 445/98, requerendo a improcedência da autuação. Ainda no mérito, volta ao argumento de nulidade, agora sob o fundamento de que os levantamentos do autuante são frágeis e duvidosos, devendo ser decretado nulo o Auto de Infração.

Questiona a alíquota aplicável, entendendo ser desproporcional a aplicação da alíquota de 17% sobre todo o montante encontrado, pois a maioria esmagadora dos seus produtos seriam desonerados por isenção, já que fabrica adubos. Cita a regra do art. 5º da Portaria nº 445/98, que manda aplicar apenas a multa de 1 UPF-BA no caso de omissão de saídas de mercadorias isentas e aduz que não se deve presumir que todas as mercadorias se sujeitam a tributação. Cita decisões do CONSEF que alega serem favoráveis a este entendimento.

Ao final, requer a decretação da nulidade do Auto de Infração diante das preliminares apresentadas, ou, sendo estas ultrapassadas, requer a decretação da sua improcedência ou conversão do PAF em diligência para sanar os erros em relação ao levantamento quantitativo, ou ainda, caso mantida a acusação, seja considerada a proporcionalidade das mercadorias comercializadas sob isenção.

Em contra arrazoado – às fls. 170 a 171 - o autuante diz que o recorrente não trouxe fatos novos a serem apreciados, apresentando as mesmas alegações trazidas na defesa, e que já teriam sido apreciadas pela JJF. Reitera que solicitou prorrogação da fiscalização e foi autorizado a fazê-lo pela chefia imediata, e que tal prorrogação foi ocasionada pela demora do contribuinte e entregar os documentos exigidos, além de consignar que tal fato não ocasiona a nulidade do Auto de Infração, como também entende já devidamente afastada a nulidade ao argumento de inexistência de Termo de Encerramento de Fiscalização.

No mérito, assevera que todas as alegações também foram suficientemente efetuadas na informação fiscal e levadas em consideração pela JJF. Diz que a classificação por gênero foi levada a efeito em conformidade com a Portaria nº 445/98, diante da impossibilidade de especificá-las ocasionada pelo próprio contribuinte. Em relação às alíquotas, aduz que nas decisões citadas abordam-se situações em que se aplicou alíquotas distintas – normal e cesta básica em operações integralmente tributadas, o que seria diverso do ocorrido no presente lançamento de ofício.

A PROFAZ, através de Parecer – fls. 173 e 174 - manifesta-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, inicialmente rechaçando as preliminares de nulidade suscitadas, e no mérito consigna que não tendo o recorrente elaborado demonstrativo nem fornecido dados quanto à alegada falta de especificação das mercadorias elencadas no levantamento quantitativo, não há base para alterar a Decisão Recorrida.

VOTO

Inicialmente, quanto às preliminares de nulidade argüidas pelo recorrente, já devidamente rechaçadas pela Decisão de Primeira Instância, impende de logo o afastamento das mesmas, posto que o presente lançamento de ofício foi lavrado sem nenhuma macula que o inquene de nulidade.

Em relação à primeira nulidade suscitada, este Colegiado, embora em decisão por maioria, vem mantendo o entendimento de que a falta de prorrogação do Termo de Início de Fiscalização não inquina de nulidade o lançamento de ofício, mas tão somente possibilita ao contribuinte fiscalizado a confissão de débito acaso existente, espontaneamente, nos termos agora devidamente expresso do art. 28, §1º, do RPAF/99. Frise-se que, mesmo sob a égide do RPAF/81, esta era a interpretação predominante, embasada, inclusive, na regra do art. 18 deste diploma regulamentar, que não elencava no rol das hipóteses de nulidade do Auto de Infração a falta de prorrogação deste termo.

No que pertine à segunda nulidade suscitada, de fato o Decreto nº 6673/97 alterou o Decreto nº 28.596/81 – RPAF/81 – possibilitando a emissão do Termo de Encerramento de Fiscalização conjuntamente com o Auto de Infração, portanto feito na mesma peça. Esta alteração não foi objeto de qualquer pecha de ilegalidade pelo Poder Judiciário, a quem compete decretar este vício, até o presente momento. Neste sentido, válida a alteração processada, ressaltando que o RPAF/81 – vigente à época da ocorrência dos fatos, era expresso ao consignar, em seu art. 55, inciso I, que não cabe ao órgão julgador administrativo negar aplicação de ato normativo emanado do Governador do Estado, além do que, se não houve nenhum prejuízo ao recorrente, não há que se decretar nulidade.

Quanto à terceira nulidade argüida – cerceamento de direito de defesa e do contraditório – devemos consignar que de fato no encerramento da ação fiscal devem ser entregues ao contribuinte os livros e documentos fiscais arrecadados. Este encerramento se deu com a lavratura do Auto de Infração, ocasião em que, ao tomar ciência da sua lavratura, o que é comumente feito no próprio corpo do Auto de Infração, é devolvido os livros e documentos. No caso presente, o autuante informa que o contribuinte recusou-se a assinar o Auto de Infração, alegação não contestada pelo recorrente, frise-se. Por este fato, foi intimado o contribuinte via Aviso de Recebimento, assinando o seu ciente na data de 22 de novembro de 1998. Ora, somente a partir desta data, portanto, formalizou-se não só a cientificação da lavratura do Auto de Infração como a cientificação do encerramento da ação fiscal, estando, assim, disponível ao contribuinte não apenas os levantamentos e demonstrativos elaborados pelo autuante, como os livros e documentos fiscais arrecadados. Ressalte-se que o Auto de Infração e o Termo de Encerramento constituem uma só peça, por força da alteração processada pelo decreto acima citado.

Por outro lado, não logrou comprovar o autuante que a devolução dos livros e documentos apenas na data de 05 de janeiro de 1999 foi ocasionada pela repartição fazendária ou pelo autuante. Lembre-se que não cabe a ninguém se beneficiar da própria torpeza. Se o contribuinte estava ciente do encerramento da ação fiscal desde a data de 22.11.98, se somente resolveu procurar a repartição em 05.01.99 para recebimento dos referidos documentos, alegar que este fato lhe cerceou o direito de defesa ou o contraditório sem comprovar que houve recusa ou retardo ocasionado pela própria SEFAZ, é querer amparar-se em direito que não lhe assiste. O direito não socorre aos que dormem.

Ressalte-se, ainda, que o alegado cerceamento de defesa ou do contraditório sequer ocorreu, visto que o contribuinte defendeu-se perfeitamente, inclusive contestando item por item o levantamento fiscal efetuado. Falar, portanto, em cerceamento *parcial (sic)* de direito de defesa é evidente absurdo, que não merece guarida por parte deste Conselho.

No mérito, melhor sorte não encontra o recorrente. O levantamento fiscal foi feito levando-se em consideração a denominação dada pela própria empresa nos seus registros, aliás o autuante informa que se baseou *ipsis litteris* no livro Registro de Inventário do recorrente, informação também não contestada pelo contribuinte. A Portaria nº 445/98, citada pelo recorrente como amparo a sua tese não o socorre, visto que esta determina, em seu art. 3º, que nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas deve-se fazer o agrupamento por gênero. O autuante e a JJF efetuaram as correções cabíveis no levantamento quantitativo, e este fato não o torna frágil, como quer fazer crer o recorrente, pelo contrário, demonstra não só que teve o recorrente amplo conhecimento da imputação e dos elementos levantados pelo autuante, como inexistir demais incorreções, pois não foram apresentadas objetivamente.

Tratando-se de matéria eminentemente fática, caberia ao recorrente apresentar elementos que derrubassem a presunção legal de omissão de saídas, o que não fez, relembando-se que esta presunção é relativa, cabendo ao contribuinte afastá-la. Requerer diligência sem apresentar elementos objetivos é apenas retardar o andamento do processo.

Em relação à alíquota aplicada e a alegação de que opera com mercadorias isentas, tratando-se de presunção de omissão de mercadorias tributáveis, cabe ao contribuinte o ônus de provar que no montante omitido encontra-se mercadorias desoneradas, através de levantamento objetivo, o que também não fez, além do que diversas mercadorias arroladas são sujeitas à tributação normal, e o produto por ele fabricado – adubo - somente é desonerado se atendidas determinadas condições, não passíveis de verificação em levantamentos desta natureza.

Quanto ao Recurso de Ofício, no qual cabe a apreciação da parte em que sucumbiu a Fazenda Pública, entendemos correta a Decisão Recorrida, que corretamente efetuou as retificações necessárias no levantamento quantitativo elaborado pelo autuante.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício apresentados, mantendo-se a Decisão Recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269094.0003/98-2, lavrado contra **SANTINO D'ANTONIO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.906,67**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 61, IV, “a”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ