

PROCESSO - A. I. Nº 206955.0011/02-0
RECORRENTE - L C S REINA SOBRINHO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0321-04/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 23.12.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0449-12/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Infração caracterizada. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se diferenças tanto de entradas como de saídas, através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Razões recursais insuficientes para promover reforma no julgamento proferido na 1ª Instância. Infração subsistente. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/06/2002, exige ICMS no valor de R\$28.693,15, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias;
- 2) falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os seus pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

As infrações acima foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto.

Inconformada com a Decisão contida no Acórdão nº 0321-04/02, da 4ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração, a empresa entra com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento por entender que:

1 – O Auto de Infração é Nulo e não se fazem presentes os pressupostos válidos para a constituição do crédito tributário, pois inexistente a infringência a dispositivos legais. Além disso, a autuante desobedeceu o disposto no art. 28, do RPAF, o que deixou de assegurar a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa. No caso, o Auto de Infração “não obedeceu à ordem legal de demonstrar o débito tributário, discriminando a base de cálculo e o suposto tributo devido, bem como sem acréscimos e multas aplicadas, não se prestando para tanto as confusas planilhas que acompanham o Auto de Infração”. Afirmar a empresa que na planilha demonstrativo de cálculos das omissões a autuante discriminou diversas mercadorias e nas demais, levantamento quantitativo de saídas e levantamento quantitativo de entradas, elencou as mercadorias de forma diversa, através de kits, o que a impossibilitou de identificar perfeitamente as mercadorias. Tais fatos cercearam sua defesa.

2 – Por ofensa ao Princípio da Legalidade, já que a autuante não aplicou o correto conceito de atuação administrativa, podendo ser enquadrada no art. 316, parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro. Por saber que o tributo reclamado é indevido e por ter lhe causado constrangimento, a atitude da autuante torna nulo o Auto de Infração.

3 – Por não ter o fiscal realizado seu trabalho de forma regular, desobedecendo os ditames legais, o que o levou a conclusões equivocadas e desprovidas de maiores cuidados com os elementos jurídicos, conclui-se que tal prática, prevista como crime de prevaricação no art. 319, do CP, torna nulo o Auto de Infração.

Quanto ao mérito, para mostrar a fragilidade da autuação, a empresa de forma objetiva só contesta os números referentes à “capa gradiente fredom”, onde a autuante não consignou, em seus levantamentos, o estoque inicial, constante do inventário, sendo que a mesma distorção teria ocorrido com o “viva voz carregador veicular US 90” e o “Kit viva voz original”.

Após afirmar que todas as mercadorias adquiridas foram escrituradas e solicitar revisão fiscal, para esclarecer o assunto, a empresa pede seja o Auto de Infração julgado Nulo ou Improcedente.

A PROFAZ, em seu Parecer, após análise, opina pelo Não Provimento do Recurso por entender não cabíveis as nulidades suscitadas e por não ter o contribuinte apresentado nada que elidisse a ação fiscal.

VOTO VENCIDO

Inicialmente tenho que me referir as nulidades suscitadas pela empresa, que foram três.

Com referência às que se referem ao procedimento da autuante, por excesso de exação e prevaricação, concordando com a PROFAZ, entendo que são imputações de delitos penais, desprovidas de provas, não sendo o CONSEF o foro competente para análise das mesmas, que deve ser o judicial para onde deve a empresa recorrer, munida das provas necessárias.

No entanto quanto à nulidade relativa ao levantamento quantitativo, o meu posicionamento é outro. Em realidade, a autuante ao elaborar os demonstrativos de débito misturou diversas espécies de mercadorias o que a levou a, na prática, promover um levantamento quantitativo por gênero de mercadorias e não por espécie, o que não é possível, pois provoca cerceamento à defesa. Um exemplo foi o tratamento dados aos chamados “Kits” utilizados pela autuante de forma equivocada, pois misturou diversas mercadorias. Diante desse fato voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja modificada a Decisão Recorrida, pois de acordo com o art. 18, do RPAF, o Auto de Infração é Nulo.

Quanto ao mérito, entendo que a empresa conseguiu demonstrar que a autuante laborou em equívoco ao efetuar o seu trabalho. Uma prova disso é que o mesmo não consignou em seus levantamentos, o estoque constante do inventário relativo aos produtos “capa gradiente fredom”, “viva voz carregador veicular US 90” e “Kit viva voz original” o que significa dizer estar completamente comprometido todo o trabalho do mesmo. Da mesma forma, digo, quanto à elaboração do levantamento quantitativo por gênero e não por espécie de mercadoria, método não previsto na legislação. Tais falhas levam a valores que não são líquidos e certos devendo, por isso, prevalecer o quanto contido e registrado na escrita do contribuinte. Sendo assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado, para se modifique a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

VOTO VENCEDOR

Quanto à nulidade, suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Ilustre Relator, com a devida *venia*, não encontra amparo na legislação processual vigente, uma vez que não se constata as hipóteses elencadas no artigo 18, do RPAF/99. Também não ocorreu falta de discriminação das mercadorias como argüiu o Relator, para fundamentar o seu voto pela nulidade.

Ocorre que os demonstrativos acostados no processo não deixam dúvidas da identificação dos produtos.

Deste modo, a argüição da nulidade não prospera, e o meu voto é neste sentido.

Quanto ao mérito, também não logra êxito e o voto é pelo Não Provimento, com base no que passo a expor:

O recorrente não contesta os números apurados nos levantamentos fiscais. Limita-se a alegar que os mesmos não permitem identificar a que se referem as quantias tidas como imposto não recolhido, nem como se concluiu pelo montante do suposto débito.

Ocorre que trata-se de matéria fática, onde os levantamentos fiscais indicam as notas fiscais e a declaração do estoque apurado no dia 04.04.02, assinado por preposto da empresa e a autuante, e os demonstrativos espelham a situação encontrada através do levantamento quantitativo de estoques, em exercício aberto, bem como o procedimento fiscal está em consonância com as orientações contidas na Portaria nº 445/98.

Deste modo, diante da ausência de qualquer levantamento apresentado pelo recorrente que possa contrapor aos números apurados na presente lide, concordo com o opinativo da PROFAZ quando observou que o pedido de diligência não está motivado e o recorrente não demonstrou que a mesma esclareceria algum fato que por ele não pudesse ser comprovado.

Por todo o exposto, mantenho a Decisão Recorrida, e considero as alegações recursais incapazes de promover a pretendida reforma no julgamento da 1ª Instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206955.0011/02-0, lavrado contra L C S REINA SOBRINHO, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.693,15**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert, Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Raimundo Ferreira dos Santos, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Antonio Marques Ribeiro.

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

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ