

PROCESSO - A.I. Nº 298576.0013/02-8
RECORRENTE - LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº0347-04/02
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 19.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0466-11/02

EMENTA: NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. A autuação contém vício jurídico que afeta sua eficácia. Em se tratando de Levantamento Quantitativo de estoque, em exercício aberto, não pode existir incompatibilidade entre as datas da contagem física do estoque e o período considerado como abrangido pela ação fiscal. Negado o provimento do Recurso Voluntário e decretada, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 20 do RPAF-BA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo em relação a Decisão emanada da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão nº 0347-04/02 julgou Procedente o Auto de Infração em referência.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$10.870,74, em decorrência de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, em exercício aberto, em razão de:

- 1) Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria tributada 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 monetária – 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;
- 3) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
- 4) Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de

documentação fiscal, decorrente da omissão de registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A 4^a JJF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo transrito:

"Consoante descrição no Auto de Infração, foi imputado ao autuado quatro infrações, as quais, segundo o autuante, implicaram na falta de recolhimento do ICMS, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto.

Para instruir a ação fiscal, foram anexados aos autos às fls. 7 a 71, além de outros documentos, a Declaração do Estoque existente em 05/04/2002, as cópias das folhas do Livro Registro de Inventário com os estoques existentes em 31/12/2001 (estoque inicial), o Relatório das mercadorias selecionadas, os levantamentos das entradas, das saídas, do cálculo do preço médio, bem como dos demonstrativos da Auditoria de Estoques (Resumo) com as diferença detectadas. Consta, ainda, nos demonstrativos e levantamentos, que o autuado recebeu cópias dos mesmos, conforme recibo assinado pelo representante legal da empresa.

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas, as quais rebaterei na mesma sequência elencada pela defesa, pelas seguintes razões:

Duplicidade da exigência fiscal – Não procede à alegação defensiva, segundo a qual foi imputada a empresa às mesmas infrações em todos os itens da autuação, senão vejamos:

- a) *Em relação à infração 1, foi exigido imposto por responsabilidade solidária, por ser o autuado detentor de mercadorias tributáveis em estoque desacompanhadas da documentação fiscal de aquisição, conforme demonstrativo à fl. 63, onde foram detectadas omissões de entradas dos itens extrato de tomate das marcas OLÊ e CPS, leite em pó nutribon e pioneiro e detergente em pó;*
- b) *Com referência à infração 2, foi cobrado imposto pelo fato do autuado haver omitido entrada de mercadorias tributadas, conforme demonstrativo à fl. 74, o que autoriza a presunção da ocorrência de saídas de mercadorias anteriormente efetuadas sem o pagamento do imposto, cujas receitas foram aplicadas no pagamento das citadas entradas;*
- c) *No tocante às infrações 3 e 4, foi exigido imposto nos moldes da infração 1, porém, pelo fato de ser detentor de mercadorias em estoque enquadradas no regime de substituição tributária, desacobertadas da documentação fiscal de aquisição, bem como o imposto de responsabilidade do próprio autuado, em função do valor acrescido, conforme demonstrativo às fls. 65 e 66.*

Com base na explanação acima, considero sem fundamento a alegação defensiva.

Cerceamento do direito de defesa – Ao compulsar os autos, este Relator constatou que foram entregues cópias ao autuado dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, onde estão consignados as diferenças apuradas das diversas mercadorias arroladas na Auditoria de Estoque, o que possibilitaria a empresa, caso fosse do seu desejo, exercitar em sua plenitude o direito de ampla defesa, assegurado pela Constituição Federal aos litigantes, em processo judicial ou administrativo.

Princípio da territorialidade – Por não estar elencado, expressamente, no art. 18, seus incisos e alíneas, do RPAF/99, não posso acatá-lo como preliminar de nulidade do lançamento fiscal.

Ilegitimidade passiva – Entendo que as infrações exigidas no presente lançamento e apuradas mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias em exercício aberto, é de responsabilidade do autuado, conforme prevê a legislação do ICMS em vigor, aprovado pelo Decreto nº 6284/97.

Adentrando no mérito da autuação, constato razão não assistir ao autuado, pois não anexou em sua defesa nenhum levantamento para contraditar com os elaborados pelo autuante, em que apontasse eventual erro incorrido na Auditoria de Estoque levado a efeito.

Ante o exposto e levando em consideração o previsto no art. 143, do RPAF/99, segundo o qual a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, me诱导 a votar pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, requer a Nulidade do Auto de Infração argüindo cerceamento ao seu direito de defesa sob a justificativa de que quando da realização do levantamento do estoque, exercício em aberto, não se encontrava presente preposto da empresa autuado assim como, o autuante não lhe entregou os demonstrativos e os levantamentos quantitativos de estoque, que são os meios de prova essenciais à materialidade da infração.

Acrescenta que a intimação de um preposto do autuado para assinar o Termo de Início de Fiscalização, bem como para acompanhar os agentes do Fisco na realização da auditoria de estoque são elementos imprescindíveis à formalização do início da ação fiscal, sob pena de, não ocorrendo tais atos, apresenta-se vício insanável de formação do procedimento administrativo fiscal, acarretando sua nulidade.

No item 2 da peça recursal, intitulada “Mérito”, discorre a respeito de “Falta de clareza na imputação da infração”, onde volta a se referir a apresentação dos demonstrativos elaborados pelo autuante e cerceamento ao direito de defesa.

Em seguida argüi a existência de duplicidade na exigência fiscal em razão de que, em relação ao exercício de 2002 incide a mesma infração constante em todos os itens autuados.

Em conclusão requer que o Auto de Infração seja julgado Nulo.

A Procuradoria da Fazenda Estadual examinou os autos e, após analisar detalhadamente todos os argumentos do recorrente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por considerar as razões oferecidas pelo recorrente inócuas e inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

VOTO

Realmente as razões suscitadas pelo recorrente são meras repetições dos argumentos já apreciados no julgamento da 1^a Instância e que, de fato, não são suficientes à proporcionar a Nulidade do Auto de Infração. Entretanto, do exame dos autos, constatei um fato que inquia o lançamento de nulidade e, por esta razão, invoco o art. 20 do RPAF-BA para suscita-la de ofício, por se tratar de caso nulidade absoluta.

Eis os fatos: consta no PAF um Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, datado de 05/04/2002, onde foram requisitados tais elementos pertinentes ao período de 01/01/2002 a 31/03/2002, doc. fl. 7.

Em seguida existem duas folhas relativas a “Declaração de Estoque”, datada a primeira, fl.8, do dia 05/02/02 e, a segunda, fl. 9, no dia 05/04/02. Considerando que o “trancamento” do talonário de nota fiscal de saídas ocorreu às 10,35hs do dia 05.04.02 fica evidente que a contagem física do estoque foi realizada pelo autuante e preposto da empresa nesse dia 05.04.02.

Diante disto, todo levantamento teria que ser efetuado do dia 01/01/02 até o dia 05/04/02, data da contagem física, e não considerar o período de 01/01/02 a 31/03/02 conforme foi feito pelo autuante, fato este que significa a existência de um hiato entre os dias 01/04/02 a 05/04/02 não considerado pela fiscalização e que, certamente, influiu no resultado do levantamento quantitativo.

Ainda no Demonstrativo de Cálculo das Omissões o autuante considera como data de levantamento o dia 12/04/2002, quando, em se tratando de levantamento de estoque em aberto, a data que sempre deve ser considerada é aquela pertinente ao dia da contagem física.

Vejo ainda que a fiscalização foi iniciada em 05/04/02 e concluída em 28/06/02, enquanto que a ciência pelo autuado, com entrega dos demonstrativos, só ocorreu no dia 24/07/02. Apesar deste fato não se incluir nos argumentos para a nulidade aqui suscitada, entendo que mereça registro, já que o Auto de Infração já se encontrava saneado desde o dia 03/07/2002.

Diante do exposto e em razão de que existem incompatibilidades entre as datas da contagem física do estoque e o período considerado como abrangido pela ação fiscal, suscito, de ofício, a Nulidade do presente Auto de Infração no sentido de que, seja implementado novo procedimento fiscal a salvo das incorreções acima apontadas. Quanto ao Recurso Voluntário, voto pelo NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de Ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 298576.0013/02-8, lavrado contra **LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO**, devendo ser implementado, de imediato, novo procedimento fiscal, a salvo das incorreções expressamente apontadas.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ