

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0004/98-0
RECORRENTE - SANDIP COMERCIAL DE CALÇADOS E VESTUÁRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0186-03/03
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 03.10.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-12/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO ABERTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Rejeitadas as preliminares de nulidade. As duas primeiras, relacionadas, diretamente à supressão de instância e ao levantamento das mercadorias por gênero, em decisão unânime. A última, referente à falta do Termo de Início de Fiscalização, em decisão não unânime. No mérito, mantido o lançamento com os valores apurados no procedimento de revisão fiscal efetuada pela ASTEC. As notas fiscais não incluídas no levantamento fiscal foram emitidas após o início da ação fiscal, ficando afastada a espontaneidade do contribuinte. Além disso, é cabível, no caso, a exigência de multa e demais acréscimos legais. Se provado, entretanto, o lançamento em duplicidade, poderá a Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS) homologar o ato do contribuinte, para considerar os valores recolhidos. A exigência fiscal, todavia, é PROCEDENTE. Vencido o Relator nas questões de mérito. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$27.703,97, em decorrência de falta de recolhimento de ICMS não escriturado nos livros próprios, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, em exercício aberto.

Ocorreram dois julgamentos anteriores que foram considerados Nulos, por não ter sido acatado o pedido de perícia efetuado pelo autuado em sua defesa inicial.

O Julgador da Primeira Instância, em seu voto, para afastar a argüição de nulidade por falta dos Termos de Início e Encerramento de Fiscalização, considerou que o Auto de Infração obedeceu aos trâmites legais por decorrer da operação especial “Operação Estoque Legal”, nos termos do inciso IV do art. 30 do Decreto nº 7.401, de 07.08.98, que prevê que a lavratura do Auto de Infração seja precedida da emissão de intimação ao contribuinte para que efetue o pagamento do débito apurado.

Reiterou o seu entendimento quanto ao indeferimento da perícia solicitada nos julgamentos anteriores. No entanto, havia acatado a Decisão prolatada por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e solicitado a diligência, para que estranho ao feito respondesse aos quesitos formulados pelo autuado.

Assim, passou a analisar o mérito da ação fiscal que fora centrada no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, estoque aberto.

Constatou que o diligente havia verificado que as mercadorias estão discriminadas de acordo com o livro de Registro de Inventário, e que os códigos constantes nas notas fiscais de saídas foram apostos a lápis, supostamente após as suas emissões.

Justificou as notas fiscais que o diligente apontou como consideradas com os códigos errados pelo autuante, à exceção da Nota Fiscal nº 2648, cujo produto, por não possuir código, fora incluído na contagem de um determinado item, mas como havia considerado outros códigos para o mesmo produto, entendeu que todas essas mercadorias, no valor de R\$1.375,09, devem ser excluídas do levantamento.

Igualmente, no que tange às notas fiscais que o diligente apontou que teriam sido globalizadas em um único código, considerou os lançamentos corretos por terem o mesmo valor unitário ou menor, o que favoreceria o autuado.

Com relação às notas fiscais trazidas pela defesa, sob o argumento de que não haviam sido consideradas no levantamento fiscal, julgou pela evidência de terem sido emitidas posteriormente à ação fiscal, ainda que com a aposição de datas compreendidas no período do levantamento, face ao “trancamento” realizado na Nota Fiscal nº 24.457 e por exibirem quantidades e preços unitários totalmente incompatíveis com vendas a consumidores.

Por fim, acatou a revisão efetuada pelo autuante, na sua primeira informação fiscal, que resultara na redução da base de cálculo e julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário insurgindo-se contra a Decisão recorrida, suscitando a nulidade da Decisão recorrida porque a JJF não teria apreciado a questão principal enfocada pelo recorrente, em especial na sua petição datada de 07/04/2003, SIPRO nº 394558/2003, referente à nulidade do PAF, já que a autuação não teria atendido a padronização de mercadorias por espécie, o que implicaria, inclusive, em supressão de instância.

Ratificou o pleito de nulidade do Auto de Infração, em face de ausência dos termos de início e encerramento da fiscalização, por considerar que o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal de que essa falta estaria suprida por ser “operação estoque legal” estava em desacordo com o RPAF onde não consta tal exceção. Salientou, ainda, que a falta dos mencionados termos implica em prejuízo para o autuado que perde a possibilidade de usufruir os benefícios da “caducidade” da ação fiscal, até que nova seja instaurada.

Disse que a Decisão recorrida, no mérito, começa por afirmar que “a ação fiscal foi centrada no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias”, o que não reflete a realidade e a instrução do processo. Reitera que o levantamento foi feito por gênero, contrariando a norma e a jurisprudência

que determinam que tal método somente poderia ser utilizado na impossibilidade de se trabalhar por espécie.

Aduziu que, no caso do autuado, a JJF desconsiderou os códigos registrados nas notas fiscais, sob a presunção, não comprovada, de que teriam sido apostos depois da emissão daqueles documentos, e que, além de inexistir provas dessa presunção, ainda assim a codificação viabilizaria a auditoria pelo meio regular.

Salientou que as considerações do julgador, ao analisar o mérito, provam a possibilidade de trabalhar por espécie e apresentam divergências que interfeririam no levantamento em detrimento do autuado.

Sobre os documentos colados pela empresa após a ação fiscal, alegou que o “trancamento” não pode surtir os efeitos apontados, pois as datas dos documentos são posteriores e, na dúvida, o contribuinte não pode ser prejudicado, até porque o débito sobre as mercadorias foi lançado e que o julgador de Primeira Instância não esclareceu o que seriam “quantidades e preços incompatíveis”.

Apontou também que o julgador não avaliou as alegações do requerente acerca do Parecer da ASTEC que coadunam a tese da possibilidade da auditoria por espécie e com o pleito da ineficácia da autuação.

Ao final protesta pelo Provimento do Recurso para que seja decretada a nulidade da Decisão recorrida ou do Auto de Infração ou a sua Improcedência.

A PGE/PROFIS, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado.

Apontou que, em síntese, o recorrente alega que o Auto de Infração é nulo por falta dos Termos de Início e Encerramento de Fiscalização e em razão do levantamento fiscal ter sido realizado por gênero e não por espécie, o que os documentos fiscais permitiam. E que a Decisão recorrida é nula por não ter apreciado essa alegação.

Em sua análise, verificou que as nulidades suscitadas não devem ser acatadas. Considerou que o Termo de Início pode ser substituído pela intimação para pagamento, conforme decisões deste CONSEF; que a JJF apreciou todos os argumentos e fundamentos da defesa, inclusive a alegação de o levantamento ter sido feito por gênero e não por espécie.

No mérito, entendeu que a diligência evidencia que os documentos fiscais não permitiam maior especificidade no levantamento quantitativo elaborado, sendo cediço que o critério gênero/espécie é definido a partir da escrituração dos livros fiscais. Daí porque o levantamento agrupou as mercadorias seguindo a contabilização procedida pelo autuado.

VOTO VENCIDO

O recorrente suscitou duas preliminares de nulidade; a primeira, da Decisão recorrida, porque a JJF não teria apreciado a sua arguição de nulidade da autuação que não utilizara a padronização das mercadorias “por espécie”, o que implicaria em prejuízo do autuado, por supressão de instância.

Entendo que não houve essa omissão, posto que a questão foi enfrentada no julgamento do mérito, vale aqui destacar, tal como colocada na exordial pelo recorrente. Assim o Julgador de Primeira Instância, entendeu que a ação fiscal foi centrada no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias e de acordo com a padronização da contabilização do livro de Registro de Inventário, portanto, ao meu ver, nenhuma instância foi suprimida.

A segunda nulidade argüida, do Auto de Infração, foi em face de ausência dos termos de início e encerramento da fiscalização, por considerar que o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal de que essa falta estaria suprida por ser “operação estoque legal” está em desacordo com o RPAF, onde não consta tal exceção.

Esposo a fundamentação da Decisão recorrida e da Douta Procuradora para também afastar essa questão, pois não vislumbro que o procedimento especial adotado tenha trazido prejuízo para o recorrente, que tomou conhecimento prévio da ação fiscal e a acompanhou até o seu final. Além disso, a questão foi analisada nos julgamentos anteriores.

No mérito, verifico que as incorreções do levantamento quantitativo apontadas pela perícia foram consideradas pela Decisão recorrida, que efetuou a revisão dos valores exigidos.

No entanto, com relação às notas fiscais não consideradas na autuação, no pressuposto de terem sido emitidas após o início da fiscalização, entendo que, por estarem regularmente escrituradas no livro Registro de Saídas, com data anterior à intimação, devem ter o seu valor abatido da base de cálculo do período compreendido, a fim de evitar duplicidade de tributação.

As respectivas cópias das notas fiscais encontram-se no PAF.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso apresentado.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia para divergir do voto do ilustre Relator, em um ponto específico, relacionado às notas fiscais não consideradas pela fiscalização no levantamento de estoques. Encontra-se evidenciado nos autos que as mesmas foram emitidas após o início do procedimento fiscal, o que descaracteriza a espontaneidade da ação do contribuinte. E mais: ainda que as saídas documentadas nessas notas fiscais tenham sido oferecidas à tributação e novamente exigidas no Auto de Infração, não se pode fazer a exclusão das mesmas, pois o lançamento fiscal alberga a exigência de tributo, multa e outros acréscimos legais que não podem ser dispensados, salvo disposição de lei nesse sentido, conforme prevê o art. 97, inc. VI do Código Tributário Nacional, ao especificar que somente por norma legal pode se proceder à exclusão da multa vinculada ao crédito tributário, e a norma da Lei nº 7.014/96, que prescreve a respectiva sanção (art. 42, inc. III).

Nos autos, as provas juntadas evidenciam que as notas fiscais foram emitidas quando o recorrente já se encontrava sujeito à ação fiscal, pois os documentos são de numeração superior à nota fiscal visada pela fiscalização quando efetuou o trancamento dos talões. Todavia, provado que houve pagamento em duplicidade, poderá a Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), no controle da legalidade, homologar os valores já recolhidos. Restará ainda ao contribuinte efetuar quitação da multa e demais

acréscimos legais. Nessas circunstâncias a exigência fiscal é totalmente PROCEDENTE, já que o ato de emissão das notas fiscais, no curso da ação fiscal, volto a afirmar, não elide o cometimento da infração.

Quanto aos demais pontos deste Recurso Voluntário, em especial as três nulidades suscitadas pelo recorrente, entendo, em conformidade com o relator deste processo, que a Junta de Julgamento fiscal enfrentou as questões. E acrescento ainda as seguintes razões. Primeiro, não houve omissão do julgador da 1ª instância quanto à análise do agrupamento das mercadorias por gênero ou espécie, pois no pedido de diligência foi formulado quesito no sentido de elucidar esta questão (quesito nº 1) e no voto, ao discorrer sobre as questões de mérito, o procedimento foi detalhadamente analisado. Assim, ausente a alegação de supressão de instância. A nulidade envolvendo a ausência de Termo de Início de Fiscalização foi analisada e também afastada, conforme se verifica na leitura da página 327 do PAF. Já a nulidade do procedimento fiscal, relativamente ao agrupamento das mercadorias por gênero, a decisão, ao enfrentar as questões de mérito abordou detalhadamente o assunto, que foi precedido de revisão fiscal da ASTEC, que alterou em parte a exigência fiscal, após os devidos ajustes, implicando na redução do imposto lançado. Ausentes, portanto, as nulidades levantadas pelo recorrente.

No mérito, mantido o lançamento com os valores apurados no procedimento de revisão fiscal efetuada pela ASTEC.

Diante do exposto, meu voto é pela NÃO PROVIMENTO integral do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.0004/98-0**, lavrado contra **SANDIP COMERCIAL DE CALÇADOS E VESTUÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.703,97**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista, no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR VOTO VENCIDO

TOLSTOI SEARA NOLASCO - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS