

| | |
|-------------------|---|
| PROCESSO | - A. I. Nº 207105.0362/02-0 |
| RECORRENTE | - MERCANTIL SUPER COUROS LTDA. |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0252-04/03 |
| ORIGEM | - INFAZ BONOCÔ |
| INTERNET | - 06.10.03 |

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0093-12/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, ora recorrente, Mercantil Super Couros Ltda., por seu patrono – Adv. Fernando Marques, OAB/BA nº 11.026, irresignado com a Decisão contida no Acórdão JJF Nº 0252-04/03, pelo qual a 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/06/2002, exigia ICMS no valor de R\$297.630,39, já reduzido em novo demonstrativo de débito elaborado pela própria autuante para R\$297.315,34, imposto que deixou de ser recolhido, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque de mercadoria em exercício fechado.

O patrono do autuado reiterou preliminarmente o pedido de nulidade do Auto de Infração, por ausência do “Termo de Prorrogação de Fiscalização”, formulado em sua segunda manifestação e transcreveu às fls. 511 a 512, diversas ementas do CONSEF, que julgou nulos os Autos de Infração lavrados com os vícios nelas apontados e afirmou ter a 4ª JJF ter afastado indevidamente a preliminar de nulidade suscitada por entender que não fora suscitada no momento próprio, que seria com a apresentação da defesa e porque não teria trazido dano ao autuado, argumento que o Patrono do autuado refuta por entender que somente após a decretação da nulidade poderia exercer com segurança a espontaneidade e porque a legislação não exige, para decretação da nulidade, que o pagamento seja realizado com antecedência ou após expirado o prazo de validade.

O patrono do autuado renova as alegações acerca da ausência de padronização das mercadorias por gênero e espécie, porque teria sido o levantamento quantitativo realizado de forma irregular, levada a efeito por gênero e não por espécies de mercadorias, como acredita que poderia ter sido efetuado.

Repete o defendente argumentos já esposados quando da impugnação ao lançamento e cita também ementas do CONSEF, que julgaram nulos Autos de Infração lavrados, decorrentes de diferenças apuradas mediante levantamento quantitativo, feitos por gênero e não por espécie de mercadorias.

Repete, também, alegação anterior de que os documentos que não ensejaram efetivas operações de entradas, solicitados pela ASTEC, da forma como foi requerida, não existem, salvo a já exposta em sua manifestação anterior, que por não apresentarem sinais de trânsito evidenciariam que as mesmas não teriam entrado no Estado da Bahia. Aduz, ainda, que a acusação correta seria a utilização indevida de crédito, e que certamente o Fisco não a aceitaria como comprovação de regularidade das operações, exatamente ante a inexistência de sinais de trânsito, salientando que outra prova substancial é dada pela própria exigência fiscal, uma vez que o lançamento constatou omissão de entradas em montante quase idêntico ao total de operações consignadas nos aludidos documentos, sendo que, por se tratar de omissão de entradas, na hipótese de não ser acatada a alegação relativa às notas fiscais objeto da diligência, deve ser concedido o crédito fiscal, em razão da falta de registro de outras operações.

Protestando pela produção de novas provas, especialmente por nova revisão, pede que o Auto de Infração seja julgado Nulo ou Improcedente, ou, no máximo, Procedente em Parte, com o abatimento do crédito acima pleiteado.

A PGE/PROFIS, em Parecer da ilustre Procuradora Dr^a Sylvia Amoêdo, manifestou-se pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário por entender que os argumentos trazidos ao Recurso são inócuos e inaptos e insuficientes para proporcionar a alteração do julgamento de 1^a Instância e porque entendeu estar correta a Decisão guerreada.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo patrono do autuado na peça recursal, seja por não ter sido trazida aos autos no momento próprio, com fundamento no parágrafo 1º, do art. 123, do RPAF/99, uma vez que tal pedido deveria ter sido formulado por ocasião da sua impugnação inicial, protocolada em 07/08/2000, seja porque o prazo para execução da fiscalização é norma de controle administrativo para fins de gerenciamento e controle do tempo dedicado à execução da tarefa e remuneração do agente fiscal. Ademais, como apontado no julgamento de 1^a Instância, a ausência do Termo de Prorrogação de Fiscalização, não ocasionou qualquer prejuízo à empresa, ao contrário, poderia beneficiá-la, caso decidisse recolher espontaneamente o imposto que entendesse devido para a infração, sem a adição de multa, bem como dos acréscimos moratórios, após expirado o prazo de validade do Termo de Início de Fiscalização, conforme previsto no RICMS/97, esgotando-se a referida possibilidade com a notificação da lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao pedido de revisão, o indefiro porque a autuante quando prestou a sua informação fiscal, acatou a alegação defensiva, e refez o demonstrativo das omissões, sobre o qual o autuado em sua segunda intervenção não fez qualquer questionamento, salvo em relação ao agrupamento das mercadorias para fins de determinação do imposto devido, além de que, regularmente intimada pelo funcionário indicado para ato revisional, a empresa não apresentou a comprovação solicitada, como se pode aferir às fls. 499 a 504 do processo, não ficando caracterizado, portanto, o alegado cerceamento do amplo direito de defesa.

Afasto a alegação de que o levantamento quantitativo realizado pela autuante foi por gênero, sem levar em consideração as diversas espécies de mercadorias porque o autuado ao escriturar o livro Registro de Inventário com os estoques existentes em 31/12/97 e 31/12/98 (ver fls. 8 a 25), discriminava todas as mercadorias por espécies, sem maior detalhamento porquanto apenas acrescentava na descrição das mercadorias o nome do seu fabricante, como exemplificado no voto do relator quando do julgamento inicial. Acresça-se a isso que o gênero poderia ser “artigos de vestuário” ou “artigos de couro”. No entanto a autuante agrupou as mercadorias como calçados, bolsas, cintos etc, especificando os tipos. Para que pudesse descer a detalhamento por sub-espécies o autuado deveria ter escriturado desta forma e não acrescentando apenas a marca, como fartamente demonstrado.

Quanto às alegações relativas ao preço médio, as afasto porque foram colhidos diretamente dos livros e documentos fiscais da empresa e porque as grandes quantidades de cada item fazem com que a média dos preços implique no afastamento matemático de distorções significantes, como é próprio das medidas estatísticas da tendência central, não tendo o autuado demonstrado a ocorrência de distorções estatísticas que invalidassem a metodologia utilizada no procedimento fiscalizatório.

O argumento de que apesar de escrituradas em seu livro Registro de Entradas, as mercadorias indicadas nas notas fiscais de transferência não ingressaram em seu estabelecimento, não merece acolhimento porque o autuado foi regularmente intimado pela ASTEC, para apresentar outras provas da não efetividade das operações, não tendo cumprido a exigência.

Não há compatibilidade entre as Decisões produzidas pelo Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e do CONSEF, trazidas pela defesa, e a matéria do presente processo, porque neste o levantamento quantitativo não foi feito por gênero de mercadoria e sim por espécie.

O levantamento de fl. 518 anexado pela defesa em sua última intervenção e feito por amostragem segundo o autuado, relativo ao exercício de 1998, em que tenta demonstrar ser possível a realização do levantamento por espécie, prova exatamente o contrário do pretendido pelo patrono do autuado, pois é o defendente quem afirma na peça recursal que “pois não poderia o autuado auditar todos os produtos que comercializa” revelando que nem a própria empresa poderia efetuar o procedimento com a metodologia que pretendeu ser a mais correta para o procedimento fiscalizatório.

O pedido de concessão de crédito fiscal, não pode ser acatado, porque não foi cobrado no presente lançamento imposto por omissão de entradas e sim por saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Além disso, se o crédito fiscal não tivesse sido aproveitado, a cobrança pela utilização indevida de crédito, não seria correta, diversamente do que sugere o patrono do autuado.

Considero parcialmente correta a ação fiscal, já que as diferenças apuradas através de levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias em exercício fechado constituem em comprovação suficiente da realização de operações de vendas desacobertas das notas fiscais correspondentes, de uso obrigatório para documentá-las, implicando, com tal procedimento, na falta de recolhimento do ICMS, tendo a autuante procedido às correções necessárias para a determinação da real base de cálculo das saídas omitidas. Por isso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do

Recurso Voluntário apresentado, para que seja confirmada a Decisão de 1ª Instância de PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigência do imposto na importância de R\$297.315,34.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207105.0362/02-0**, lavrado contra **MERCANTIL SUPER COUROS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$297.315,34**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

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