

A. I. Nº - 156896.0025/02-9
AUTUADO - ÂDI CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - DALMÁRIO SILVA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 11.11.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0442-02/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA BASE DE CÁLCULO. Levantamentos efetuados por gênero, quando era possível a apuração por espécie (produto e marca), o que contraria o disposto no art. 3º, III, da Portaria 445/98. Falta de certeza da real base de cálculo. Acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/07/2002, exige o valor de R\$29.842,62, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 1998 e 1999, conforme demonstrativos e documentos às fls. 11 a 103 dos autos.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário, às fls. 107 a 113 dos autos, preliminarmente suscita a nulidade do Auto de Infração face a ausência dos imprescindíveis demonstrativos de apuração dos preços médios unitários, ou seja, da base de cálculo, o que implica em insegurança jurídica e cerceamento ao direito de defesa, obstando o exercício regular do contraditório, pois não conhece o meio utilizado para mensurar a base de cálculo. Cita jurisprudência.

Ainda como preliminar de nulidade do Auto de Infração ressalta a falta de certeza e liquidez da base de cálculo, uma vez que o autuante, sem justificativa e base legal, misturou inúmeras espécies em apenas três gêneros: “sandálias”, “sapatos” e “tênis”, o que não refletem a realidade no que diz respeito a padronização das mercadorias consignadas em seus documentos e livro Registro de Inventário, contaminando todo o trabalho por vício insanável, impossibilitando a apuração segura dos preços médios unitários e, como um todo, da base de cálculo do imposto. Neste sentido, anexa Parecer da PROFAZ no qual declina pela nulidade da auditoria de estoque realizada por gênero, quando era possível a apuração por espécie, como manda a legislação. Assim, ressalta que o levantamento deveria ser realizado a partir das discriminações dos produtos, que revelam as espécies existentes e valores variados, a exemplo do item “sandálias”: “sandália ortopé—9946.2”; “sandália turma do arpepio dedo—12353.4” e “sandália vicial—13881.2”. No mérito, aduz que no levantamento não foram consideradas as transferências e as devoluções de vendas, do que requer revisão fiscal do procedimento, ressaltando que encontra-se impedido de analisar os números levantados, diante das preliminares argüidas. Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 256 dos autos, entende que a defesa apresentada objetiva unicamente retardar o andamento do processo, pois o trabalho foi desenvolvido com segurança e baseado estritamente no que preceitua a legislação em vigor, identificando a infração

e o infrator. Destaca que o autuado não contesta os números apresentados nos levantamentos e que os preços médios das mercadorias foram determinados de acordo com a legislação.

Em decisão desta 2ª JJF o PAF foi convertido em diligência à ASTEC no sentido de se verificar a necessidade da aplicação da prerrogativa do art. 3º, inciso III, da Portaria 445/98, utilizada na ação fiscal, a qual prevê a reunião num mesmo item de todas as espécies de mercadorias afins, em razão do contribuinte não especificar com exatidão as mercadorias comercializadas, ou da mercadoria ser identificada por mais de uma denominação, a exemplo de sandália e chinela, ou ainda em razão da mercadoria comportar vários subgrupos ou diversas referências. Por fim, caso afirmativo, informar o valor remanescente do levantamento quantitativo, apresentando demonstrativo dos cálculos dos preços unitários médios.

Através do Parecer ASTEC n.º 0317/2002, o diligente informa que do exame das notas fiscais de saídas D-1 verificou que o autuado não discrimina as mercadorias pelos códigos e denominações constantes em seus livros Registros de Inventários, preenchendo-as em total desacordo com a exigência do art. 233, inciso V, do RICMS, ou seja, de forma imprecisa, que não permite a perfeita identificação da mercadoria comercializada, pois o produto está sumariamente discriminado, a exemplo de “TN NIKE” (fl. 295), o qual encontra-se inventariado com mais de uma dezena de denominações e especificações diferentes, além de variação de preço. Assim, conclui sendo legítima a motivação para o levantamento ter sido realizado por gênero e não por espécie, o que foi agravado pela natureza do estoque constituído de centenas de itens com pequenas diferenciações físicas e de denominações múltiplas. Por fim, anexa demonstrativos dos preços unitários médios (fls. 265 a 294) com valores superiores aos apurados pelo autuante e assevera que as devoluções e transferências foram consideradas na auditoria de estoque original.

O sujeito passivo, intimado sob a diligência procedida, destaca que a ASTEC, ao contrário do Parecer, provou que a auditoria foi feita por gênero, sem que houvesse impedimento para que tivesse sido realizada por espécie, visto que a apuração pode e deve ser feita, pelo menos, com a utilização de duas referências, quais sejam, o tipo do produto e a marca, da qual depende a mensuração mais precisa do preço médio unitário e, conseqüentemente, da base de cálculo do imposto. Ressalta que na diligência não se consignou qualquer óbice ou irregularidade na discriminação das marcas nos livros e documentos fiscais, cuja discriminação deveria de ser respeitada, como alegado na defesa, a fim de que os produtos de marcas diferentes e preços absolutamente diversos não fossem tratados como um só. Cita a título de exemplos tênis: Nike, Ortopé, Mizzuno, Topper, Rainha, etc, cuja mistura de marcas torna-se vício insanável e compromete todo o trabalho fiscal. Pede a improcedência ou nulidade do Auto de Infração.

Considerando que na diligência procedida pela ASTEC ficou comprovada a possibilidade de se efetuar o levantamento quantitativo por produto e marca, decidiram os membros da 2ª JJF enviar o PAF ao autuante para refazer a auditoria de estoque relevando a marca e o produto dos itens levantados.

O autuante, às fls. 317 a 318 dos autos, entende que o revisor não deixa qualquer margem de dúvida quanto à impossibilidade de realizar um levantamento por espécie de mercadoria. Assim, não atende a diligência solicitada.

Intimado sobre a manifestação do autuante, o sujeito passivo reitera suas razões de defesa (fls. 325 a 328).

Considerando que as provas documentais anexadas aos autos pelo revisor fiscal, à fl. 295, contrapõem a sua conclusão de que não é possível realizar o levantamento de estoque por espécie de mercadorias, uma vez que os documentos fiscais apresentados comprovam que a apuração pode ser feita com a utilização de duas referências, quais sejam: o tipo do produto e a marca, e não só pelo produto, conforme procedido pelo autuante, acordaram os membros desta 2ª JF retornar os autos ao revisor fiscal para que o mesmo esclarecesse se, efetivamente, existe a aludida impossibilidade, apresentando, a título de exemplo, documentos fiscais que ensejam tal impossibilidade, de forma que se possa acatar o seu Parecer Técnico.

Às fls. 334 a 336 dos autos, o diligente reporta-se às notas fiscais constantes à fl. 295 dos autos no sentido de que o autuado não discrimina correta e completamente as mercadorias com seus códigos identificadores da mesma forma em que se encontram registrados no livro Registro de Inventário e nas próprias notas fiscais de entradas.

Destaca, a título de exemplo, que na NF 13762 os itens Tênis Bical e Sandália Ortopé não possuem qualquer código do produto como se observa no Registro de Inventário (fls. 130, 137, 140, 144, 148, 152, 160, 161, e 165). Assim, com base na Portaria 445/98, reitera, ter o autuante efetuado o levantamento em perfeita consonância do caso concreto com a legislação, ao realizar o levantamento por agrupamento dos itens sapatos, sandálias e tênis, por estrita impossibilidade de fazê-lo por espécie de mercadorias, ante o procedimento do autuado de não discriminar completamente as mercadorias nas notas fiscais de saída da mesma forma registrada no livro Registro de Inventário.

Em seguida, assevera ser também possível realizar o levantamento de estoques adotando os diversos gêneros de sapato, sandália e tênis de cada fabricante, como por qualquer outro tipo de agrupamento de itens afins, destacando, contudo, ser incerto afirmar, *a priori*, sem realizar o levantamento, que este ou aquele agrupamento de itens promova um resultado com maior ou menor precisão, como pretende o autuado.

O autuante tomou ciência do resultado da diligência, não se manifestando. Já o autuado, ressalta que o parecer da ASTEC, em três momentos, deixa claro que a auditoria poderia ser levada a efeito de maneira mais específica, como mandam a lei e a jurisprudência, a fim de que não seja atingida por vício insanável um dos elementos essenciais do ICMS, qual seja, a base de cálculo. Reafirma que a ASTEC prova a eficácia da tese da defesa de que a auditoria poderia ser realizada, ao menos, com duas referências para cada produto, o que levaria a uma perfeita equacionalização dos preços médios unitários e, conseqüentemente, da base de cálculo, a qual não existe possibilidade de adequação, contra ou a favor de quem quer que seja, uma vez que se trata de elemento essencial do imposto, cuja apuração deve seguir o rigor da norma, sob pena de vício insanável. Por fim registra que a ASTEC concluiu ser exequível a realização do levantamento pelo gênero sapato, sandália e tênis de cada fabricante. Reitera seu pedido de nulidade ou improcedência da autuação.

VOTO

Inicialmente devemos consignar que cabe ao julgador ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Preliminarmente o processo apresenta vício insanável na consecução do levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, o qual deixou de ser executado pelo agrupamento de todas as espécies de mercadorias afins, como determina o art. 3º, inciso III, da Portaria n.º 445/98,

a exemplo do produto e da marca, de forma a se apurar com certeza a real base de cálculo do imposto exigido.

O fato é que da maneira que foi procedida a auditoria de estoque, através dos itens: “Sandálias”, “Sapatos” e “Tênis”, não me convenceu de que tal procedimento foi o mais adequado, por não ser o mais específico e próximo da realidade ao caso concreto, diante dos livros e documentos fiscais do contribuinte. Se assim o fosse, indaga-se a razão de não se ter procedido o levantamento pelo único gênero “Calçados”. Lógico que tal metodologia ainda se afastaria mais da realidade dos fatos. Logo, estou convencido da necessidade da renovação da auditoria procedida relevando-se o produto e a marca dos itens levantados.

Deve-se ressaltar, que tal tentativa foi neste processo aventada, porém não atendida, o que entendo que sanaria o processo, após a devida execução e reabertura do prazo de defesa. Contudo, diante das provas documentais trazidas pelo diligente da ASTEC, restou-me apenas a alternativa de considerar nulo este Auto de Infração e recomendar, nos termos do art. 21 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, a repetição da ação fiscal, salva das aludidas falhas.

Do exposto, voto o Auto de Infração NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **156896.0025/02-9**, lavrado contra **ÂDI CALÇADOS LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala de Sessões do CONSEF, 6 de novembro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR