

PROCESSO - A. I. N° 206908.0064/02-5
RECORRENTE - S & M DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0055-03/04
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ
INTERNET - 20.05.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0085-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA. NOVA DECISÃO. Todos os argumentos defensivos devem se apreciados no julgamento, para que seja respeitado o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Incumbe, ao órgão prolator da Decisão recorrida promover o saneamento do feito e proferir nova Decisão, a salvo de incorreções. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, consequente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Em sua defesa apresenta as seguintes alegações:

1. Que o levantamento efetuado tem várias falhas, o que leva à não credibilidade dos dados apresentados.
2. Que não foram consideradas as notas fiscais emitidas manualmente; anexa cópias das referidas notas.
3. Que no demonstrativo de Auditoria de Estoques, mercadorias similares não foram agrupadas, resultando em omissões de entradas e omissões de saídas, como exemplifica.
4. Que, com relação ao exercício de 2000, apurado com base em arquivos magnéticos, naquele período o contribuinte não estava obrigado a entregá-los, conforme art. 708-A do RICMS/97.
5. Que também nesse exercício, a fiscalização considerou como mercadorias tributadas normalmente, produtos enquadrados na substituição tributária, como isqueiros e aparelhos de barbear descartáveis, quando o correto seria cobrar a penalidade fixa de R\$39,71, conforme determina o art. 42, XXII, da Lei n° 7.014/96.
6. Que o Auditor considerou erroneamente o preço médio caixa em vez de unidade do produto.

Procede a juntada de notas fiscais de aquisição de mercadorias, para comprovar que compra com embalagens de embarque e vende em embalagens fracionadas, daí a necessidade do agrupamento de produtos semelhantes. Coloca à disposição, os documentos originais, ou qualquer outro que se faça necessário ao esclarecimento dos fatos.

Ao final pede que seja julgado Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor apontado nos demonstrativos que acosta, ICMS de R\$2.886,92, ou que seja feita revisão por estranho ao feito.

O autuante em sua informação diz que:

1. Através do programa SAFA foi realizado o levantamento quantitativo de mercadorias, nos exercícios de 2000 e de 2001.
2. O contribuinte procede à juntada de documentos fiscais que em sua maioria, ou quase totalidade não foi objeto do levantamento fiscal.
3. Não ocorreu o não agrupamento de mercadorias similares, pois “alguns produtos entravam com diferentes tipos de embalagem, saíam com diferentes tipos de embalagens e eram registrados em inventários da mesma forma”. Observa que o autuado cita cinco itens, sem apontá-los em nenhum demonstrativo, quando o levantamento englobou mais de trezentos itens.
4. A legislação do SINTEGRA remonta aos idos de 1984, a partir do Convênio nº 57/95, logo o argumento de falta de obrigação de apresentar o arquivo magnético não tem cabimento. Na verdade, teria havido uma tolerância da SEFAZ, em só exigir-lo com mais veemência a partir de 2001.
5. A empresa utilizou-se de vários artifícios para dificultar a ação fiscal, e que inclusive não intimou a empresa a apresentar os arquivos magnéticos do exercício de 2000, uma vez que nem os utilizou para a elaboração do levantamento de estoques. Chama a atenção para a quarta intimação, acostada à página 8.

Discorda da necessidade de revisão fiscal, posto que o autuado não trouxe em sua defesa nenhum elemento real que os demonstrativos fiscais estivessem em desacordo com a realidade dos fatos. Mantém a ação fiscal em todos os seus termos.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo teço as seguintes considerações:

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com o previsto no art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Nego o pedido de diligência formulado pela defesa, haja vista que estão presentes todos os elementos necessários para a formação de minha convicção, a teor do disposto no art. do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração decorreu da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2000 e de 2001.

Constatou que a partir da fl. 18 até a fl. 36, dos autos, encontram-se os levantamentos efetuados pelo autuante, relativos à Auditoria de Estoque, do exercício de 2000, tais como o Relatório das Mercadorias Selecionadas, o Levantamento Quantitativo das Saídas, o Levantamento Quantitativo das Entradas, o Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio.

O autuante adotou o mesmo procedimento ao promover a juntada dos levantamentos de folhas 37 a 389, relativo ao levantamento do exercício de 2001, o que demonstra a elaboração cuidadosa do trabalho efetuado na empresa.

Ademais, o contribuinte, em sua peça de defesa, fez alegações genéricas, não apontando onde estariam os supostos equívocos cometidos pelo auditor, nem procedendo à juntada de qualquer documento que comprovasse a sua irresignação, mormente quando o levantamento foi efetuado com base no programa SAFA, da Secretaria da Fazenda.

Verifico que o autuante esclareceu que não utilizou os arquivos magnéticos do exercício de 2000, erroneamente intimado por ocasião da intimação de fl. 7, retificada pela intimação de fl. 8, na qual apenas o arquivo magnético do exercício de 2001 foi exigido.

Deste modo, como o sujeito passivo contestou genericamente a infração, entendo que a defesa apresentada não pode ser considerada para desconstituir o levantamento efetuado, posto que não foram apontados especificamente erros no levantamento de Auditoria de Estoques.

Outrossim, meras alegações quanto à realidade fática, sem a apresentação de documentação comprobatória, não possui o condão de invalidar o levantamento fiscal efetuado com base nos documentos apresentados durante a ação fiscal.

Aplico ainda o art. 142 do RPAF/99, “a recusa de qualquer parte de comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se os valores efetivamente recolhidos”.

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte faz as seguintes alegações:

Inicialmente argüí preliminar de nulidade da Decisão, por supressão de instância, posto que as duas argumentações defensivas não foram apreciadas, não contando com qualquer alusão no voto da digna e competente relatora. A primeira diz respeito à inclusão na auditoria, de mercadorias enquadradas no regime de substituição e que por isso mesmo estariam com a fase de tributação encerrada , devendo a exigência do imposto ser substituída pela aplicação de multa formal. Apesar de constar no relatório do Acórdão essa alegação, não houve fundamentação para a superação do alegado, o que deveria constar expressamente no voto. Outro ponto não abordado no voto da ilustre relatora se refere ao método utilizado para a mensuração do preço médio unitário, ou seja, da base de cálculo, quando na autuação teriam sido utilizados valores superdimensionados, posto que preços de “caixas” teriam sido atribuídos a “unidades”. As alegações ora comentadas constam expressamente dos itens 4 e 7 da defesa e não contaram com a apreciação da JJF, apesar de terem sido superadas, então, por omissão. O remédio aplicável é a decretação da nulidade da Decisão, a fim de que outra seja proferida pela JJF, a salvo dos vícios apontados.”

Tece uma série de considerações para contestar o mérito da autuação, para concluir pedindo a nulidade da Decisão e a revisão por fiscal estranho ao feito, e, caso seja ultrapassada a questão prejudicial, ao final, instruído adequadamente o processo, seja julgado Procedente em Parte, com o débito limitado ao quanto já confessado, observado o pagamento constante do DAE anexo.

A douta Procuradoria concorda integralmente com as alegações do recorrente e opina pela decretação da NULIDADE da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para a apreciação do quanto alegado pela defesa.

VOTO

Acompanho integralmente o opinativo da Ilustre Procuradora Fiscal, pela NULIDADE da Decisão recorrida, pois ao autuado deve ser assegurado amplo direito de defesa e o contraditório, sob pena de caracterização de supressão de instância de julgamento. Assiste inteira razão ao recorrente, pois na realidade a Decisão singular deixou de apreciar importantes alegações argüidas, como especificado no Recurso Voluntário. Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida, retornando o processo à Primeira Instância para sua reapreciação, conforme o Parecer da PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206908.0064/02-5**, lavrado contra **S & M DISTRIBUIDORA LTDA**, devendo o processo ser remetido à 1^a Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

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