

A. I. N° - 207097.0001/04-7
AUTUADO - NILO & PIMENTEL LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO MENDONÇA SOUZA BRITO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 12.07.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-03/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento foi realizado em desacordo com as normas que regem a matéria. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 23/03/04, para exigir o ICMS no valor de R\$12.495,98, acrescido da multa de 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o “contribuinte deixou de recolher o ICMS NORMAL E ANTECIPADO devido pela Omissão de Entradas, no período de janeiro/2001 a dezembro/2002, conforme levantamento no livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, dos produtos abaixo relacionados ...” – R\$8.953,25;
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o “contribuinte deixou de recolher o ICMS NORMAL E ANTECIPADO devido pela Omissão de Entradas, no período de janeiro/2003 a setembro/2003, conforme levantamento no livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, dos produtos abaixo relacionados ...” – R\$3.542,73.

O autuado apresentou defesa (fls. 513 a 521), argumentando que a exigência é descabida, tendo em vista que o autuante efetuou o levantamento de estoques mensalmente, “em completa dissonância com a legislação em regência, uma vez que está previsto nas normas legais vigentes, levantamento quantitativo por período anual, no caso de exercício fechado e em se tratando de exercício aberto, a partir do estoque inicial e o final, correspondente ao último dia escolhido pelo Fisco para encerrar o período a ser examinado”.

Transcreve os artigos 1º e 2º, da Portaria nº 445/98 e alega que a auditoria fiscal “não tem serventia jurídica, em face de se encontrar divorciada da legislação em espécie”, configurando a autuação excesso de exação.

Considerando os estoques inicial e final de cada exercício, refez o levantamento de estoques e apurou omissão de entradas, apenas no exercício de 2001, de 10.000 litros de álcool, com base de

cálculo de R\$9.633,00 e ICMS de R\$2.600,91. Por fim, pede a realização de diligência e a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 532 a 534), não acata as alegações defensivas, considerando que o contribuinte não apresentou dados suficientes para “refutar a parte do Auto de Infração que não houve o reconhecimento”.

Ressalta que o autuado não apresentou nenhum elemento que pudesse se contrapor aos números apresentados (estoques inicial e final, entradas e saídas) e, quanto à interpretação da Portaria nº 445/98, aduz que “é de competência do Conselho de Fazenda estadual – CONSEF, que terá neste momento a oportunidade de dirimir a dúvida apresentada pelo contribuinte”.

Não obstante isso, argumenta que o levantamento de estoques pode ser realizado mês a mês, pois tal procedimento “está devidamente incluído dentro do contexto da Portaria, haja vista que o trabalho deste Auditor tomou com[o] base para definir este período a DECLARAÇÃO LIVRE E ESPONTANEA DO CONTRIBUINTE, no seu livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, respeitando, sempre o Estado de Direito do povo Brasileiro”. Finalmente, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, nos anos de 2001 a 2003, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados ao PAF (fls. 9 a 510).

O autuado não impugnou os números apresentados no levantamento fiscal, limitando-se a argumentar que a autuação é descabida porque o autuante efetuou o levantamento de estoques mensalmente, em infringência às normas legais vigentes, especialmente a Portaria nº 445/98, que determina que o levantamento quantitativo deve ser feito por período anual, “no caso de exercício fechado e, a partir do estoque inicial e o final em se tratando de exercício aberto, correspondente ao último dia escolhido pelo Fisco para encerrar o período a ser examinado”.

A Portaria nº 445/98 estabelece o seguinte:

***Art. 1º** O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do **período considerado**, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (grifos não originais)*

***Art. 2º** O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício aberto, sendo que:*

***I** - o levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado;*

***II** - o levantamento quantitativo em exercício aberto é efetuado quando o exercício financeiro da empresa ainda se encontra em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final, sendo necessário que o Fisco efetue a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida.*

Pela leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a Portaria nº 445/98, prevê a possibilidade de realização de levantamento de estoques num determinado período, que pode ser, em meu entendimento, um ano, alguns meses ou apenas um mês. Para fixar melhor o conceito, basta que pensemos na possibilidade de existirem duas Declarações de Estoque, lavradas por agentes fiscais no estabelecimento da empresa, em meses de um mesmo ano ou de anos diferentes. Qualquer auditor fiscal poderá se valer de tais contagens físicas realizadas pelo Fisco e considerá-las como estoque inicial e final daquele período considerado, que pode ser inferior ou superior a um ano civil.

O artigo 2º da Portaria acima mencionada prevê que o levantamento de estoques será feito em exercício fechado “quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado”. Assim, se o contribuinte disponibiliza à fiscalização os estoques inicial e final de cada mês dentro de um ano, não vejo nenhum impedimento para que o levantamento fiscal não possa ser levado a efeito mensalmente. Observe-se que é o próprio contribuinte que fornece ao Fisco os quantitativos de estoques inicial e final de seus produtos, ao contrário do que ocorre no levantamento de estoques em exercício aberto, que necessita da intervenção do agente fiscal para efetuar “a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida”.

Pelo exposto, entendo que, no presente PAF, não houve ofensa à legislação que rege a matéria, pelo fato de o levantamento quantitativo de estoques ter sido realizado mensalmente. Todavia, verifico que, embora tenha feito os cálculos mês a mês, o autuante “anualizou” a irregularidade apurada, isto é, somou as omissões de entradas de mercadorias apuradas mensalmente e indicou o último dia do ano como o fato gerador da infração. Como teria sido perfeitamente possível discriminar o débito por períodos mensais, o procedimento adotado pelo preposto fiscal está em desacordo com o disposto no § 2º do artigo 39 do RPAF/99: “na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado”. Ademais, entendo que, ou o levantamento de estoques é anual ou mensal; não há como ser acatado um levantamento fiscal híbrido, como o apresentado neste lançamento.

Não obstante o que foi relatado, pode-se argumentar que tal procedimento beneficiou o contribuinte e, portanto, poderia ser aceito, porém o autuante cometeu outro equívoco, qual seja, exigiu o ICMS normal e o antecipado, numa mesma infração, indicando a multa de 70%, em desacordo com as disposições do artigo 10, da Portaria nº 445/98. O correto teria sido a exigência do imposto em decorrência da:

1. falta de recolhimento do ICMS normal, na condição de responsável solidário, pelo fato de o autuado ter adquirido mercadorias enquadradas na substituição tributária sem a respectiva documentação fiscal, aplicando-se a multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma do item anterior, a título de crédito fiscal, aplicando-se a multa de 60%.

Além disso, o autuante não apresentou planilhas relacionando as notas fiscais de entradas de mercadorias e os “demonstrativos de movimentação de combustíveis” que apresentou nos autos, também não foram baseados no modelo previsto para a Auditoria de Estoques, o que, do modo

como foi realizado, dificultou o entendimento. Finalmente, o preposto fiscal não esclareceu como foram apurados os preços médios unitários das mercadorias objeto da presente autuação.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que os equívocos cometidos neste lançamento não são passíveis de retificação, devendo ser declarada a nulidade do lançamento.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, representando à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 207097.0001/04-7**, lavrado contra **NILO & PIMENTEL LTDA.**, representando à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA