

PROCESSO - A. I. Nº 147074.0007/04-3
RECORRENTE - HUMBERT E MIRANDA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0489/01-04
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.
Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. Provado o extravio das DMEs retificadoras, o que implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte, além da insegurança na determinação do imposto a ser exigido. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de multa no valor de R\$23.175,94, por ter deixado de escriturar as mercadorias existentes em seu estoque em 31/12/2001 e 31/12/2002 no livro Registro de Inventário, impedindo a fiscalização de apurar o montante real do imposto devido no período.

O autuado em sua defesa, requereu a improcedência da autuação afirmando que o autuante não analisou as DMEs referentes ao período de 2001 e 2002, penalizando-o sem observar as informações ali contidas. Alegou, ainda, que o autuante extraviou todas as suas DMEs, conforme xerox que anexou (fl. 78), impossibilitando-o de elaborar uma defesa mais consistente, e requereu a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal, manteve a autuação, alegando que as DMEs mencionadas pelo autuado foram anexadas ao processo e indicam a existência de R\$84.668,84 e R\$95.413,03 de mercadorias em seu estoque em 31/12/2001 e 31/12/2002, respectivamente, além dos valores das entradas e saídas de mercadorias estarem em desacordo com os registrados no livro Registro de Apuração do ICMS.

Disse que aplicou a multa porque ficou impossibilitado de apurar o montante real da base de cálculo, principalmente através do levantamento quantitativo por espécies de mercadorias.

O autuado, em nova manifestação, reiterou a questão das DMEs que estariam de posse do autuante e que não entendeu de onde surgiram os valores da base de cálculo indicados no Auto de Infração, que seriam aleatórios e inseguros, implicando em nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, transcreveu o inciso XII do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e alegou que o autuante não comprovou que esteve impedido, por outros meios, de apurar o montante real do imposto devido no exercício, limitando-se a citar a pretensa impossibilidade da realização de uma contagem de estoque, não sendo este o único meio que o fisco dispõe para fiscalizar uma empresa. Afirmou que este órgão julgador tem se posicionado, em reiteradas oportunidades, em casos semelhantes, contra a aplicação desta penalidade, e decidindo pela aplicação da multa de R\$460,00, por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal, requerendo a procedência parcial da autuação.

O autuante alegou que as afirmações e alegações contidas na nova manifestação do autuado foram intempestivas e descabidas, tendo sido dados todos os esclarecimentos no processo original.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo encaminhamento do processo à INFRAZ IGUATEMI, para entregar ao autuado, mediante recibo, o que foi efetuado (fls. 105 e 106), cópias da informação fiscal prestada pelo autuante e dos demonstrativos constantes das fls. 13 e 14 do presente processo, reabrindo o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, tendo em vista a sua alegação de cerceamento de defesa por não lhe ter sido informada a origem dos valores que serviram de base de cálculo para a aplicação da multa, e, no caso de haver manifestação do autuado, convidar o autuante para prestar nova informação fiscal.

O autuado, em sua terceira manifestação, acusou o recebimento das cópias da informação fiscal prestada pelo autuante e dos demonstrativos constantes das fls. 13 e 14 do presente processo, e alegou que apresentou DME's retificadoras, as quais não foram processadas pelo sistema, solicitando a devolução da pasta que afirmou estar na posse do autuante para que possa comprovar as divergências da autuação.

O autuante, em atendimento à diligência, afirmou que o objeto da autuação é a falta de escrituração do livro Registro de Inventário, não guardando nenhuma relação com as DMEs, as quais tentou entregar ao contador do autuado e, não logrando êxito, anexou ao presente processo. Ao final, requereu a procedência da autuação.

O autuado, em sua quarta manifestação, acusou o recebimento da intimação e das cópias dos novos documentos anexados aos autos, e aduziu que os valores em que se baseou a autuação não são os constantes das fls. 13 e 14, pois apresentou DME's retificadoras, as quais não foram processadas pelo sistema, alegando que não possui o protocolo da recepção das mesmas porque foram extraviadas pelo autuante e que seriam provas contundentes para solicitar a nulidade ou improcedência da autuação.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, afastou a alegação de cerceamento de defesa do autuado em face de não lhe ter sido informada a origem dos valores que serviram de base de cálculo, considerando que foram fornecidas cópias dos respectivos demonstrativos e reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Quanto ao mérito, assim fundamentou a sua Decisão:

Verifico que o extravio das DME's não tem influência na acusação, pois a apresentação das mesmas não teria o condão de elidir a acusação, a qual versa sobre a falta de escrituração do livro Registro de Inventário em dois anos consecutivos, impedindo a fiscalização de apurar o montante real de imposto devido.

Entendo que este fato constituiu impedimento definitivo da apuração do imposto no período, tendo o autuante comprovado que os valores das entradas de mercadorias no estabelecimento nestes exercícios ocorreram sempre em valores superiores aos das saídas declaradas, mediante os dados do livro Registro de Apuração do ICMS, o qual embora não fosse de escrituração obrigatória para a empresa de pequeno porte, foi anexado ao processo, demonstrando a falta de confiança que este livro denota para a determinação do montante correto do imposto.

Quanto à alegação da existência de reiteradas manifestações do CONSEF contra a aplicação desta penalidade, esclareço que esta não se aplica ao caso em tela como quis fazer crer o autuado, pois o entendimento majoritário é que, apenas quando não ficar comprovada a inexistência de outros meios para a determinação do real montante do imposto, é que deve

ser aplicada a multa prevista no art. 42, XV, “d” da Lei 7.014/96, conforme entendimento das 2^a e 3^a JJF’s e da 2^a CJF nos Acórdãos 0004-03/03, 0177-02/02 e 0359-11/02.

Considerando que ficou caracterizado que o autuado não escriturou o livro Registro de Inventário, deixando de escriturar as mercadorias existentes em seu estoque em 31/12/2001 e 31/12/2002, fato que efetivamente impediu a apuração real do montante do imposto no período, entendo que a infração é subsistente.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário discordando da Decisão recorrida, alegando que apresentara DMEs retificadoras para os exercícios de 2001 e 2002, corrigindo as divergências encontradas entre as entradas, saídas e estoque final de mercadorias, as quais foram entregues e protocoladas na recepção da Inspetoria do Iguatemi. Salienta que deixou de anexar os protocolos respectivos, em virtude do auditor, Sr. Antonio Carlos Sales Icó Souto, ter extraviado a pasta do recorrente contendo todas as DMEs e o referidos protocolos de entrega e, em face disso, sua defesa foi imensamente prejudicada.

Aduz que a Junta de Julgamento Fiscal, ao considerar que a falta de escrituração do Livro de Inventário impediu a apuração do montante do real do imposto devido, laborou em lamentável equívoco, pois inexiste prova nos autos de que esse fato constituiu em impedimento definitivo da apuração do imposto no período e que o próprio auditor declarou que o fato constituiu impedimento para a realização de levantamento quantitativo de estoque não indicando qual outro tipo de fiscalização estaria impedido de realizar.

Aponta outras decisões deste Conselho de Fazenda pela aplicação da multa de R\$460,00 pela falta ou atraso na escrituração de livro fiscal, só aplicando a penalidade que lhe foi atribuída quando existe a comprovação da ausência de outros meios de ser apurado o imposto devido no exercício.

Conclui pedindo a nulidade do Auto de Infração em face da insegurança na determinação da base de cálculo, pois o autuante não devolveu a pasta contendo as DMEs retificadoras o que implica também em nulidade por cerceamento de defesa.

Requer, ainda, que caso o pedido de nulidade não seja aceito, tratamento isonômico em relação aos julgados mencionados com a aplicação da penalidade no valor de R\$460,00, pois, efetivamente, não há no processo a comprovação de que a falta de escrituração do livro configure “ausência de outros meios de se processar a fiscalização”.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Cláudia Guerra, após relatar o andamento do PAF, verifica que a questão suscitada cinge-se à averiguação da legitimidade do procedimento do preposto fiscal no sentido de se basear nas informações constantes do Livro Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo próprio contribuinte, em face da alegação do autuado de que apresentara DMEs retificadoras, as quais foram extraviadas pelo autuante.

Verifica que, conforme foi ressaltado no julgamento de primeira instância, o extravio das DMEs não influenciou na apuração de tais valores, uma vez que a autuação se refere à ausência de escrituração em estoque no Livro Registro de Inventário, com impedimento de a fiscalização apurar o montante real do imposto.

Quanto a possibilidade da aplicação da penalidade prevista no art. 42, inciso XV, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, concorda com a Decisão recorrida, pois tal infração refere-se ao caso em que o contribuinte incorre em falta ou atraso na escrituração de livro fiscal, hipótese diversa da situação em exame.

Assim, opina pela manutenção integral da Decisão recorrida.

VOTO

Verifico nos autos que há prova de que, de fato, o autuante não devolveu ao autuado a pasta contendo as DMEs retificadoras, o que implica em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, além da insegurança quanto ao real valor da base de cálculo do tributo que poderia ser exigido.

Assim, entendo que a questão está devidamente tipificada àquela prevista no art. 18, Inciso II, do RPAF que declara nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para decretar NULO o Auto de Infração em lide, devendo, no entanto, ser renovado o procedimento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 147074.0007/04-3, lavrado contra **HUMBERT E MIRANDA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

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