

PROCESSO - A. I. N° 146552.0001/08-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MUCAMBO S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0367-01/08
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 13/04/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0050-12/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição dos fatos e sua capitulação legal não são condizentes com os fatos reais nem com o direito aplicável. As imputações dizem respeito à omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, ao passo que a matéria fática reporta-se à falta de retorno das mercadorias remetidas com suspensão da incidência do imposto para industrialização em estabelecimento de terceiro localizado noutro Estado, bem como, utilização indevida de crédito fiscal. Infrações 2 e 3 nulas. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, em razão da Decisão recorrida, por meio do Acórdão nº 0367-01/08, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado. O objeto do Recurso de Ofício é a reanálise da Decisão proferida em primeiro grau administrativo, referente as infrações 2, 3 e 5, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que “o ICMS não recolhido no valor de R\$1.309.572,06, decorrente de omissão de saídas, caracterizada pelo levantamento quantitativo de estoque de luvas remetidas para industrialização por encomenda em São Paulo com suspensão do imposto, sendo apurada falta de retorno, ou da efetiva venda de 16.322.932 itens valorizados em R\$10.913.100,54 de acordo com os registros fiscais do SINTEGRA...”;

INFRAÇÃO 3 – Omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Consta, ainda, que o “ICMS não recolhido no valor de R\$19.458,17 decorrente de omissão de saídas, caracterizada pelo levantamento quantitativo de estoque de luvas remetidas para depósito fechado em empresa no Paraná, sendo apuradas as saídas de 71.914 itens no valor de R\$385.120,80, com destaque de ICMS de R\$46.214,50, devidamente retornados, ao passo que o montante dos retornos simbólicos apurados fora de 881,413 itens no valor de R\$1.918.943,55, com destaque de ICMS de R\$228.214,75 de acordo com os registros fiscais e do SINTEGRA, quando só existiam inventariadas, em 31.12.2005, 760.291 unidades, estas remetidas em Nov/05 no valor de R\$1.334.517,35 com ICMS destacado de R\$160.142,11 e inexistindo estoque inventariado em 31.12.2006...”;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de apresentar livros fiscais quando regulamente intimado.

Os julgadores de Primeira Instância, ao analisarem a impugnação interposta pelo autuado, julgou as referidas infrações Nulas, aduzindo os seguintes fundamentos:

No tocante à infração 2, os julgadores *a quo* acolhem a tese de nulidade sustentada pelo recorrente, por entenderem que não existem elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Assevera que *“no presente caso, o que se verifica é que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito à omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, enquanto a matéria fática é a falta de retorno das mercadorias remetidas com suspensão da incidência do imposto para industrialização em estabelecimento de terceiro localizado noutro Estado. Ademais, o elemento quantitativo do levantamento levado a efeito pelo Fisco é impreciso, não trazendo segurança quanto à imputação. Portanto, não resta dúvida que a autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula”*.

A infração 3 foi julgada nula, sob o fundamento de que não haveria elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Segundo os julgadores de primeira instância neste item da autuação *“...o que se verifica é que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito à omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, enquanto a matéria fática é de utilização indevida de crédito fiscal. Portanto, não resta dúvida que a autuação foi feita de modo equivocado. Assim, por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula.”*

O item 5 da autuação foi julgado nulo pelos motivos ensejadores das infrações anteriores, ou seja, consideraram que a mesma não possui elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, argumentando, para tanto, o que segue:

“...a descrição dos fatos registra multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 160.939,03, correspondente a 5% do valor comercial da mercadoria tributável de R\$ 3.218.780,50, relativo a 501.844 pares de luvas diversas, decorrentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caracterizada pelo levantamento quantitativo de estoque de luvas remetidas para depósito fechado em São Paulo, não restando dúvida que se refere a fato totalmente diverso da não apresentação de livros fiscais pelo contribuinte, existindo imprecisão quanto à imputação.

Ademais, a multa indicada no valor de R\$ 160.939,03, está em desconformidade com o dispositivo da multa aplicada identificada no Auto de Infração, ou seja, o artigo 42, XX, da Lei 7.014/96, que estabelece multas que variam de R\$ 460,00 a R\$ 1.380,00 e não 5% do valor comercial das mercadorias.”

VOTO

Na análise dos autos, observo que o presente Recurso de ofício não merece prosperar, isto porque a Decisão de primeiro grau encontra-se devidamente fundamentada destacando, inclusive, com a devida sapiência, todas as incongruências da acusação fiscal.

No tocante à infração 2, omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, correta foi a Decisão *a quo* que entendeu que a descrição dos fatos e a acusação fiscal não se encontravam condizentes, nem com os fatos nem com o direito aplicável.

Conforme bem destacaram os julgadores de primeira instância, no presente caso, não se poderia afirmar que houve omissão de saídas de mercadorias sem documentação fiscal, haja vista que tais saídas ocorreram acobertadas com a documentação fiscal exigível, quando da remessa para industrialização em estabelecimento de terceiros localizado em outro Estado.

Compulsando os autos, observa-se que não houve o retorno, dentro do prazo legal, de parte da mercadoria que foi enviada para industrialização em outro estabelecimento, desta forma a acusação não poderia ser *omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*, mas sim *“a ausência de recolhimento do ICMS em razão de remessa de mercadorias para industrialização, sem o devido retorno”*.

Assim, resta devidamente comprovado o equívoco na autuação fiscal, motivo pelo qual a referida infração deve ser manter anulada.

Quanto à infração 3, os autuantes acusam o recorrido de ter omitido saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, porém a uma leitura do todo o *in fôlio*, verifico que a descrição dos fatos e a sua capitulação legal não se encontram coerentes nem com o direito aplicável, nem com os fatos ocorridos.

Correto foi o entendimento externado pelos julgadores da 1ª Junta de Julgamento Fiscal ao afirmarem que a infração em análise não seria uma omissão de saídas, mas sim, uma utilização indevida de crédito fiscal. Ressalte-se que a referida conclusão foi extraída da informação fiscal de fls. 335/336, quando o autuante afirmou: “.... se há um crédito indevidamente utilizado não importa qual seja o tipo de mercadoria...”

Desta forma, se não houve a saída física de mercadorias, é claro que não poderia haver o seu retorno simbólico e, conseqüentemente, a omissão de saídas, como afirmou o autuante. O que poderia ocorrer era apenas a transferência indevida de crédito fiscal, através de utilização de documentação fiscal inidônea.

Diante do exposto, entendo que a Decisão proferida em Primeira Instância não merece qualquer reforma, pois conforme restou devidamente comprovado, não contém nos autos elementos suficientes para determinar a infração com a devida segurança.

No tocante à infração 5, falta de apresentação de livros fiscais quando regulamentemente intimado, resta demonstrado veementemente o equívoco do fiscal autuante, ao exigir uma multa por descumprimento de obrigação acessória no importe de R\$160.939,03, equivalente ao percentual de 5% sobre o valor comercial da mercadoria tributável. A multa aplicada pelo fiscal autuante, se encontra em total dissintonia com a aquela prevista no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por outro lado, a multa aplicada, no percentual de 5% sobre o valor da mercadoria tributável, não se refere à não apresentação de livros fiscais, mas de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Ressalte-se que a multa prevista no inciso XX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, varia de R\$460,00 a R\$1.380,00, e não sendo capaz de se aferir neste momento qual seria efetivamente o valor da multa exigida, fico convencido, no momento, de que não existem elementos suficientes para caracterizar a infração imputada, motivo pelo qual a mesma deve ser julgada nula.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para se manter inalterada a Decisão proferida pelo órgão *a quo*, devendo ser homologados os valores já pagos. Recomendo, ainda, o refazimento do Auto de Infração salvo das referidas falhas, conforme previsão inserida no art. 21 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146552.0001/08-2, lavrado contra **MUCAMBO S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.976,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido. Recomendada a repetição dos atos, a salvo de falhas, referentes às infrações 2, 3 e 5, conforme o art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS