

PROCESSO	- A.I. Nº 129655.0002/01-7
RECORRENTE	- COSME SILVA COUTINHO
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0087-03/02
ORIGEM	- INFAZ VALENÇA
INTERNET	- 11.07.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0254-12/02

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **c)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração de n.º 129655.0002/01-7, que exige ICMS no valor de R\$22.920,43, decorrente das seguintes infrações:

- 1. falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado;*

2. *omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Registrou venda fictícia no RSM 01, fl. 40, através de Nota Fiscal nº 030 de entrada de cacau no estabelecimento adquirente;*
3. *falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e conseqüentemente sem a respectiva escrituração, o que autoriza a cobrança de imposto decorrente de falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.*
4. *falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivamente omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas tributáveis.*

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas, pois não verificou qualquer vício ou erro, em conformidade com o art. 18 do RPAF/99. Disse que, quando da descrição dos fatos se infere o cometimento da infração, não implica nulidade a citação equivocada no dispositivo citado como infringido. Além disso, citou o art. 39, parágrafo 2º, do RPAF/99, que considera o tributo devido no último mês do período fiscalizado quando for impossível discriminar o débito por períodos mensais, e, conforme o art. 938, parágrafo 3º, do RICMS/97, considera-se ocorrido o fato gerador no último dia do período fiscalizado quando for impossível determinar a data do fato. Apontou ainda o acerto da aplicação da multa de 70%, conforme o art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96.

No mérito, verificou que o contribuinte apenas questiona o preço médio adotado para o produto cacau no exercício de 1997 e a quantidade do produto relativa a Nota Fiscal n.º 155, considerada na ação fiscal. Porém, verificou que o preço médio adotado foi corretamente calculado, de acordo com a legislação pertinente e com base nas notas fiscais disponíveis. Em relação a Nota Fiscal n.º 155, disse que, diante dos elementos constantes nos autos, resta comprovado que o contribuinte efetuou calçamento de documento fiscal, já que nas cópias de 1ª e 3ª vias constam a quantidade de 300 sacos de cacau em amêndoa, enquanto que na 2ª via consta apenas 3 sacos do produto.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário, preliminarmente, alegando ausência de provas fundamentadoras do Auto de Infração, algo que viola o RPAF, conforme doutrina e jurisprudência sobre o direito de ampla defesa.

Verificou a ocorrência de irregularidade na aplicação da lei ao fato concreto, porque o período fiscalizado é o de maio a outubro de 1996, enquanto a legislação aplicada foi a Lei n.º 7.014/96, publicada em 05/12/1996, não havendo possibilidade de retroatividade da mesma, conforme art. 150 do CTN.

Em relação à penalidade aplicada, após citar o dispositivo pertinente, afirmou que sua aplicação depende da configuração de prática de atos fraudulentos, ou seja, após se demonstrar a intenção

fraudulenta, comprovada somente mediante trânsito em julgado em decisão donde não caiba mais Recurso. Cita jurisprudência a respeito. Por outro lado, discorda do percentual da multa, pois este corresponde ao valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Além disso, não cabe a invocação do art. 938, do Decreto nº 5.444/96, de 31/05/96, vigorando a partir de junho/96, que considera a ocorrência do fato gerador no último dia do período fiscalizado, quando não for possível sua identificação, a fatos geradores ocorridos em maio/96, reconhecido pelo próprio autuante.

Para os fatos geradores ocorridos em janeiro de 1997 alega que foi aplicado o Decreto n.º 6.284/97, publicado em 15/03/1997, e, por isso, não pode ser aplicado devido a disposição da Lei de Introdução ao Código Civil que impõe o prazo de quarenta e cinco dias para as leis produzirem efeitos.

Impugnou, ainda, a aplicação da base de cálculo para a infração 3, porque o autuante não aplicou o dispositivo corretamente. Refere-se a Nota Fiscal n.º 49 relativa a aquisição de 250 sacos de cacau no valor de R\$80,00 cada um, enquanto que o autuante utilizou como valor unitário R\$106,00, desconsiderando a norma do art. 60, II, “b”, do RICMS/97.

Questionando a apuração do montante do débito, apontou que foi considerado 300 sacos como a quantidade do produto referido na Nota Fiscal n.º 155, porém a real quantidade é mil vezes inferior. Citou doutrina e jurisprudência sobre equívocos cometidos no lançamento fiscal, citando o art. 18, parágrafo 1º, do RPAF/BA, que considera nulo o lançamento desprovido de elementos para determinar com segurança o montante do débito. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso apresentado. Afastou as preliminares de nulidade suscitadas: a de cerceamento de defesa uma vez que o recorrente tomou conhecimento de todos os atos processuais praticados no autos, inclusive dos demonstrativos elaborados pelo autuante; além disso, as infrações estão devidamente caracterizadas e fundamentadas nos autos, havendo determinação com segurança da base de cálculo.

Com relação ao início dos efeitos legais, apontou que a Lei de Introdução ao Código Civil aponta o prazo de 45 dias salvo disposição contrária e, tanto a Lei n.º 7.014/96 quanto o RICMS/97 trazem em seu bojo dispositivo que impõe início de vigência na data das respectivas publicações. Além disso, não prospera o argumento de que os fatos geradores ocorreram antes da vigência da legislação indicada como infringidas, pois o art. 938, do RICMS/96, autoriza que seja considerada a ocorrência do fato gerador no último dia do período fiscalizado.

Afastou, também, o argumento da inaplicabilidade da multa imputada, uma vez que se encontra prevista na legislação e está adequada as infrações.

No mérito, disse que o recorrente manteve os mesmos argumentos defensivos e devidamente afastados pela Decisão Recorrida.

## **VOTO**

O recorrente apresentou Recurso Voluntário, inicialmente, apresentando argumentos no intuito de tornar Nulo o Auto de Infração em análise.

Alegou cerceamento de defesa devido a ausência de provas que fundamentem o Auto de Infração. Porém, esse argumento, por si só, não é capaz de modificar o entendimento da Decisão Recorrida. A lavratura do Auto de Infração foi acompanhada de documentação e demonstrativos elaborados pelo autuante, ao passo que o recorrente não invalidou precisamente nenhum desses elementos, nem apresentou contraprovas para desconstituir as imputações.

Impugnou a penalidade aplicada que, de acordo com seu entendimento, depende para sua aplicação de prática de atos fraudulentos. Contudo, o dispositivo fixador da penalidade se adequa inteiramente às infrações descritas, porque impõe a cobrança de 70% de multa, à vista da ocorrência de omissões de receitas tributáveis e, constatado este fato, enseja-se a multa.

Já a impossibilidade de aplicação dos dispositivos dados como infringidos aos fatos geradores detectados diante da Lei de Introdução ao Código Civil fixadora de prazo de 45 para início de vigência de leis não prospera o argumento do recorrente, pois, como expôs a Douta PROFAZ, este dispositivo somente se aplica quando a lei não dispõe em contrário. No caso da legislação dada como infringidas, a Lei n.º 7.014/96 e o RICMS/97, ambas determinam o início de suas vigências na data de suas publicações. Por outro lado, não se verifica o argumento de que os fatos geradores ocorreram antes da vigência da legislação violada.

Questionou a aplicação do preço unitário adotado pelo autuante no valor de R\$106,00 como base de cálculo, entendendo que o preço correto é o de R\$ 80,00. Contudo, o autuante aplicou o art. 60, I, e o art. 65, do RICMS/97, e no caso de discordância, o recorrente deveria apresentar os seus motivos, apontar onde foi cometido o equívoco.

Disse, por fim, que houve erro na apuração do montante do débito, pois foi considerado 300 sacos de cacau como valor constante da Nota Fiscal n.º 155, porém o real valor é mil vezes inferior. Como já afirmado e ora verificado em fls. 116, 117 e 118, na primeira e terceira via da Nota Fiscal n.º 155 consta a quantidade de 300 sacos de cacau em amêndoa, enquanto na segunda via consta apenas 3, fato caracterizador do chamado calçamento de nota.

Concordo com o Parecer da Douta PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 129655.0002/01-7**, lavrado contra **COSME SILVA COUTINHO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.920,43**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de Junho de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ