

PROCESSO - A.I. Nº 278868.0003/02-8
RECORRENTE - FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0335-04/02
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 10.01.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0484-11/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS 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, além da multa de 1 UPF-BA, em decorrência da saída de mercadorias com fase de tributação encerrada, efetuada sem documentação fiscal. Refeito o cálculo do imposto. Infração parcialmente comprovada. Decisão alterada para excluir a penalidade aplicada, por descumprimento de obrigação acessória. Infração comprovada. Mantida a Decisão. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração comprovada. Mantida a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0335-04/02 oriundo da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente o Auto de Infração em lide foi expedido para exigir o pagamento do ICMS no montante de R\$29.948,85, mais multas de 60% e de 70%, referente às seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada em levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 1997 - R\$22.503,91;
2. Idem, idem, no exercício de 1998, presumida pela constatação de entradas não registradas - R\$3.895,61;
3. Falta de recolhimento do imposto por responsabilidade solidária, no exercício de 1998, uma vez que ficou constatada, através de levantamento quantitativo de estoques, a aquisição de mercadorias sem documentação fiscal - R\$369,95;
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no exercício de 1998, uma vez que ficou constatada, através de levantamento quantitativo de estoques, a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem documentação fiscal - R\$73,99 e,

5. Falta de recolhimento do imposto por ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, estando as mesmas regularmente escrituradas – R\$3.105,39.

A 4ª JJF decidiu a lide com fundamento no Voto a seguir transcrito: “*Início o presente voto rejeitando as preliminares de nulidade, por não vislumbrar o alegado cerceamento do direito de defesa, nem a insegurança na determinação das infrações 1 e 2, conforme alegado pelo autuado. O contribuinte entendeu do que estava sendo acusado tanto que conseguiu identificar os erros cometidos nos levantamentos, pelo autuante. O montante do débito não fica incerto uma vez que as falhas, já que identificadas, ao teor do parágrafo único do artigo 18, do RPAF/99, são passíveis de saneamento. Quanto à alegação de que o levantamento quantitativo deve primar-se em “criterioso rigor na quantificação das mercadorias”, previsto no inciso I, do artigo 3º, da Portaria 445/98, a falha apontada pela falta de consideração de documentos fiscais também é passível de ser sanada. Por todas as razões também não posso acatar a reiteração do pedido de nulidade feito pelo autuado, quando da manifestação à informação fiscal.*

Relativamente ao mérito das acusações, observo:

Infrações 1 e 2 – trata-se de levantamento quantitativo de estoques, que teve os seus valores retificados pelo autuante, acatando alegações defensivas. O autuado não se manifestou sobre os novos números, embora intimado para tal, deixando de exercer o seu direito, exceto em relação a mercadorias que alega terem sido consideradas para tributação e que já tinham tido o imposto pago antecipadamente: 54 filmes T-600, Polaroid. Verificando os novos demonstrativos apresentados pelo autuante constato que, embora registre a omissão de saídas de tais mercadorias, não foi exigido sobre a mesma qualquer valor a título de imposto (fl. 303). Portanto, resta a este julgador acatar os novos números apurados para entender pela procedência parcial dos dois itens, nos seguintes valores, já que os levantamentos atendem ao disposto na Portaria 445/98.

Infração 1: Exercício de 1997, Omissões de entradas de R\$49.573,33, ICMS 17%, R\$8.427,47.

Infração 2: Exercício de 1998, Omissões de saídas de R\$20.722,91, ICMS 17%, R\$3.522,89

Quanto à multa de 1 UPF-BA, ratifico a aplicação, para atendimento à Portaria 445/98, não implicando em alteração do fulcro da autuação.

Infrações 3 e 4 – Objeto de reconhecimento pelo autuado, dispensa nossa manifestação.

Infração 5 – O contribuinte emitiu as Notas Fiscais nºs 2068 e 2076, para dar saídas de mercadorias, em devolução ao remetente, cujas operações seriam tributáveis, não destacando o imposto, fato que reconhece. A alegação de que não deveria tributá-las, com amparo no artigo 651 do RICMS/Ba, não pode ser considerada, pois o autuado equivocou-se na leitura do referido dispositivo, que determina ser tal saída sujeita à tributação. A exigência é pertinente.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor constante do demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	MÊS/ANO	VENCIMENTO	ICMS - EM R\$	MULTA	CONDIÇÃO
1	12/97	09.01.98	8.427,47	70%	Alterado
2	12/98	09.01.99	3.522,89	70%	Alterado
3			369,95	70%	Mantido
4			73,99	60%	Mantido
5	08/97	09.09.97	3.105,39	60%	Mantido

				1 UPF-BA	Incluído
	TOTAL		15.499,69		

Inconformado com a Decisão supra, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário suscitando a reforma do julgamento da 4ª JJF em relação as infrações 1, 2 e 5 bem como quanto a multa de 1 UPF-BA aplicada quando do julgamento das Razões de Defesa.

Assim é que, no tocante aos itens 1 e 2 assevera que persistem os equívocos cometidos pelo preposto fiscal, não se podendo dar fé a um levantamento em que o próprio autuante reconhece defeitos em sua elaboração. Requer a nulidade destes itens.

Quanto a multa de 1 UPF-BA aplicada pela 4ª JJF, requer sua exclusão por considerar verdadeira inovação da autoridade julgadora a cominação de uma penalidade não lançada pelo autuante e não se trata de afastamento da obrigação principal para aplicação de multa de natureza acessória, conforme prevê o art. 157 do RPAF-BA..

Em relação a infração 5 cita que as operações objeto da autuação referem-se a devolução de mercadorias, onde não há que se falar em exigência de imposto, cujo destaque no corpo da nota fiscal é apenas para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo recebedor das mercadorias. Reconhece que deveria ter efetuado o destaque do imposto nas notas de devoluções, entretanto, tal erro, ao seu ver, deve ser apenado somente com a multa por descumprimento da obrigação acessória.

Conclui requerendo a reforma da Decisão atacada nos itens mencionados, com o conseqüente Provimento do Recurso Voluntário.

A PROFAZ emitiu o Parecer de fls. 352 e 353 destacando que a nulidade argüida pelo recorrente não tipifica nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99 e que não foi trazido impugnação específica sobre erros no levantamento expresso na Decisão Recorrida. Entende que não existe qualquer amparo legal para o lançamento da multa de 1 UPF-BA realizado pela 4ª JJF, devendo a mesma ser excluída da condenação.

No tocante ao item 5, considera que argumentos sem provas não são capazes de alterar a Decisão Recorrida. Opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

A preliminar de nulidade argüida pelo recorrente em relação as infrações 1 e 2 não podem prosperar na medida em que o lançamento foi realizado obedecendo as normas pertinentes, previstas na legislação tributária, inclusive seguindo o roteiro específico de levantamento quantitativo, com elaboração de demonstrativos analíticos que possibilitaram o recorrente os mais amplos meios de defesa. O fato do autuante ter reduzido o valor do imposto originalmente lançado, com base em elementos trazidos aos autos pelo próprio recorrente não é motivo suficiente para se decretar a nulidade do lançamento por não se configurar qualquer das hipóteses previstas pelo art. 18 do RPAF em vigor. Afastada a preliminar de nulidade suscitada .

No mérito, o recorrente não aponta os equívocos que diz persistirem portanto, prevalece a Decisão Recorrida que considerou para fim de exclusão os equívocos anteriormente apontados, nada mais restando a ser deduzido em relação ao valor da obrigação principal.

Quanto a multa de 1 UPF-BA aplicada pela 4ª JJF assiste razão à recorrente na medida em que não pode o julgador aplicar uma penalidade que não havia sido lançada anteriormente. Isto só seria

possível se esta penalidade fosse em substituição a exigência por descumprimento da obrigação principal, o que não é o caso. Portanto, deve ser excluída da condenação a multa de 1 UPF-BA equivocadamente aplicada pela 4ª JJF.

Naquilo que concerne à infração 5 não assiste razão à recorrente os seus argumentos já que em se tratando de devoluções de mercadorias tributadas esta deve ser tributada uma vez que a operação anterior possibilitou o recorrente o crédito fiscal pertinente.

Não se trata aqui de ocorrência de simples descumprimento de obrigação acessória ao não ter ocorrido o destaque do imposto nas notas fiscais nº 2068 e 2076 e sim, descumprimento da obrigação principal na medida em que as notas juntadas aos autos, pertinentes as aquisições anteriores pelo recorrente ocorreram com tributação normal. É de se observar, ainda, que às Notas Fiscais nº 2068 e 2076 contêm um carimbo indicando de que se tratam de operações isentas do ICMS fato este que não é o correto.

Em conclusão, acolho o opinativo da Douta PROFAB e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário para que seja excluída a multa de 1 UPF-BA aplicada pela 4ª JJF, mantendo-se inalterados os demais itens.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278868.0003/02-8, lavrado contra **FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.499,69**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.179,38 e 70% sobre R\$12.320,31, previstas respectivamente, nos incisos II, “a” e “d”, III, do artigo 42, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAB