

A. I. Nº - 087461.0002/02-8
AUTUADO - GIULLIANO NOBREGA MALTA
AUTUANTE - HÉLIO SILVA DAMASCENO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 16/12/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0421-03/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 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. **2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado, em 30/08/02, para exigir o ICMS, no valor de R\$211.416,68, acrescido das multas de 70% e 50%, em decorrência 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado”;
- 2 – “Recolheu a menor ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA)”.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 496 a 513), afirmando, inicialmente, que a omissão de saídas apontada é falsa, e que o procedimento fiscal realizado pelo autuante está permeado de ilegalidade e imprecisões. Alega que a contagem de estoques não teve a participação do contribuinte, dizendo que não consta a assinatura do mesmo no referido levantamento. Contesta os preços médios adotados na ação fiscal para os diversos itens, dizendo, por exemplo, que o sofá cama, no ano de 2000, tinha o preço unitário médio de entrada de R\$ 259,00, enquanto que no ano de 2001, o mesmo sofá teria sido adquirido pelo preço de R\$ 75,00. Considera que a flagrante incoerência de valores revela a inconsistência do levantamento quantitativo efetuado pelo fisco, e entende que o mesmo deve ser renovado em outra ação fiscal. Aduz que na presente situação a mercadoria poderá sequer ter saído do estabelecimento da empresa, o que, ao seu ver, elide qualquer presunção de omissão de saída. Contesta também a base de cálculo adotada pelo autuante, dizendo que o art. 60, II, “a”, do RICMS/97 estabelece a forma de atribuição da mesma, mas que o fiscal não especificou qual dos itens (1 a 5 da alínea “a”) foi o escolhido para imputar o crédito tributário. Diz que, da análise dos autos, concluiu que foi adotado exclusivamente

o item 1, mesmo para os casos de mercadorias que se enquadrariam nos itens 3, 4 e 5, como por exemplo, no ultimo mês do período fiscalizado onde foi identificada a venda de apenas uma unidade de mercadoria. Expõe que foi comunicada ao autuante a existência de um depósito fechado, mas que o autuante não realizou a fiscalização em conjunto nos dois estabelecimentos, o que no seu entendimento, poderia evitar tamanha autuação, já que supõe originar de algum equívoco na escrituração dos livros de inventários, que resultaria apenas em exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória. Menciona o entendimento de alguns estudiosos do Direito Tributário, visando corroborar sua tese sobre a impossibilidade de imposição de obrigação tributária mediante presunção de realização de fato gerador, além do caráter confiscatório da multa atribuída ao presente caso. Ao final, fazendo ainda extensas considerações sobre a vedação constitucional ao confisco por tributos, bem como transcrevendo decisões de outros Tribunais, pede a realização de diligência e a conclusão pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 532 a 534), mantém o lançamento nos seguintes termos:

- 1 – Diz que a ação fiscal desenvolvida, decorreu de denúncia de contribuintes infratores, pela não emissão de documento fiscal, em operação de venda específica.
- 2 – Informa que anexou aos autos, a título ilustrativo, o demonstrativo das receitas e despesas do estabelecimento, donde é evidente a omissão de receitas. Aduz que em praticamente todos os meses as despesas superam em muito as receitas de vendas, e que o resultado do levantamento quantitativo apenas corrobora e especifica o que já é evidente no demonstrativo de fl. 10.
- 3 – Contesta o argumento do autuado de que o levantamento quantitativo não teria "idoneidade suficiente" por não ter havido a participação do contribuinte na contagem dos estoques, dizendo que a contagem se deu em exercícios fechados, sendo, portanto, uma contagem escritural, sem a necessidade da contagem física, "in loco". Ressalta que mesmo assim teve o cuidado de previamente comunicar ao contribuinte o resultado do levantamento, acompanhado de todos os demonstrativos necessários (fl.55), convidando-o a analisá-lo e a manifestar-se em prazo hábil, tendo, no entanto, silenciado.
- 4 - Quanto às dúvidas suscitadas no tocante ao preço médio adotado, esclarece que as supostas incoerências no preço médio de entrada, comparando-se os exercícios de 2000 e 2001, têm a seguinte explicação: "os itens tiveram que ser quantificados por espécie (sofás de 2 e 3 lugares, sofás-camas, etc.) sem distinção por marca, em razão de o próprio contribuinte, nas suas notas de saídas, nem sempre especificá-las. Se assim procedêssemos (a especificação por marca), aí sim, haveria grande probabilidade de distorções prejudiciais ao contribuinte".
- 5 - Em relação ao item sofá-cama mencionado pelo autuado, diz que houve no mês de dezembro de 2000 uma entrada ao preço unitário de R\$ 250,00 (fl. 38), e que em 2001, no mês de novembro (ultimo mês em que houve aquisição do item), ocorreu uma entrada ao preço unitário de R\$75,00 (fl. 39). Expõe que o que ocorreu foi que a única entrada que houve em dezembro de 2000, correspondeu a uma marca mais cara de sofá-cama, comparada com a única entrada do mesmo item no último mês (novembro) do ano anterior. Ressalta que os preços médios de entradas somente têm a ver com a base de cálculo do auto de infração no que concerne aos créditos deduzidos, por tratar-se de contribuinte enquadrado no SIMBAHIA. Esclarece que as omissões detectadas foram todas de saídas, não ocorrendo omissões de entradas.
- 6 - Quanto ao fato de o item sofá de 3 lugares, no ano de 2000, ter apresentado preço unitário médio de saída de R\$1.021,40 e o preço unitário médio de entrada ter sido de apenas R\$155,00, aduz que lhe causou a mesma surpresa daquela demonstrada pelo contribuinte. Informa que em todos os itens

as margens de lucros apresentadas são "estupendas", e que este fato só mesmo o contribuinte pode explicar, pois são dados colhidos das notas fiscais de entradas e saídas dele próprio.

7 – No que diz respeito à contestação da base de cálculo utilizada, diz que os argumentos da defesa não procedem, vez que foi aplicado o método indicado pelo art. 60, II, “a”, item 1, do RICMS/97.

8 - Com relação ao depósito fechado (não contíguo), diz que não há qualquer fundamento nas alegações da defesa, e que embora sejam estabelecimentos distintos, a fiscalização foi realizada conjuntamente. Esclarece que o argumento de que as mercadorias poderiam encontrar-se no referido depósito não tem fundamento, já que a necessidade de verificação física somente seria aplicável se se tratasse de exercício aberto. Aduz que as notas fiscais de remessa para depósito fechado foram todas consideradas no levantamento quantitativo e se encontram anexadas às fls. 351 a 355.

9 - Conclui enfatizando a natureza do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria, especialmente quando em exercício fechado. Aduz que a contestação desse método, se consistente, aponta números, valores, documentos, e não argumentos vagos, genéricos. Entende que contra a materialidade demonstrada da ação fiscal, a defesa apresenta apenas palavras, já que não aponta nenhum erro nas quantidades encontradas. Quanto ao preço médio utilizado, diz que o autuado somente manifesta “estranheza”, mas não o contesta com outros números que considerem mais adequados.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, haja vista que o auto de infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Como bem frisou o autuante, o levantamento quantitativo das mercadorias se deu em exercícios fechados, sendo dessa forma, uma contagem escritural sem a necessidade, portanto de contagem física, in loco.

Ressalto, ainda, que as multas sugeridas na autuação não têm caráter confiscatório, estando as mesmas expressamente previstas no art. 42, incisos, I, “b”, item 3 e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96.

Fica também rejeitado o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, já que os elementos constantes do processo permitem a perfeita formação de juízo de valor, e ainda com base no que dispõe o art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, no que diz respeito à infração 2, o autuado não se manifestou sobre a mesma, o que implica no reconhecimento tácito do seu cometimento.

Quanto à infração 1, o autuado questiona o preço médio e a base de cálculo adotadas pelo autuante. Alega também que foi comunicada, ao preposto fiscal, a existência de um depósito fechado, mas que o autuante não realizou a fiscalização em conjunto nos dois estabelecimentos, o que no seu entendimento, poderia evidenciar algum equívoco na escrituração dos livros de inventários, que resultaria apenas em exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, verifica-se que não assiste razão ao autuado.

O autuante quantificou os itens por espécie, sem distinção por marca, em razão de o próprio contribuinte, nas suas notas de saídas, nem sempre especificá-las (fls. 267, 268, 279, 280, 282, 284, 285, 295, 298 – exercício de 2000; fls. 335, 374, 380, 398, 408, 413, 426, 427, 428, 430, 433 –

exercício de 2001). Quanto às alegações defensivas de que houve incoerência de valores no levantamento quantitativo, vale ressaltar que os dados colhidos pelo autuante tiveram origem nas notas fiscais de entradas e saídas fornecidas pelo próprio autuado.

Cabe ainda observar, que como mencionou o autuante, os preços médios de entradas somente interferem na base de cálculo do auto de infração no que concerne aos créditos deduzidos, já que o autuado trata-se de contribuinte enquadrado no SIMBAHIA, e no presente caso, as omissões detectadas foram todas de saídas, não ocorrendo omissões de entradas.

No que diz respeito à base de cálculo utilizada na ação fiscal, os argumentos da defesa não procedem, vez que foi corretamente aplicado o método indicado pelo art. 60, II, “a”, item 1, do RICMS/97.

Com relação ao depósito fechado (não contíguo) mencionado pelo impugnante, embora sejam estabelecimentos distintos, a fiscalização foi realizada conjuntamente, sendo que as notas fiscais de remessa para o mesmo foram todas consideradas no levantamento quantitativo realizado pelo autuante, e se encontram anexadas às fls. 351 a 355 dos autos.

Finalmente, deve ser salientado que o sujeito passivo não apresentou, concretamente, qualquer número que pudesse ser confrontado com os apurados pela autuante, nem apontou incorreções nas quantidades levantadas relativas aos estoques inicial e final, entradas e saídas.

Por outro lado, o autuante para sustentar a ação fiscal, anexou aos autos, os levantamentos quantitativos das entradas e saídas, do preço médio e do demonstrativo de estoque, onde ficaram evidenciadas as omissões detectadas.

Pelo que dispõe o artigo 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0002/02-8**, lavrado contra **GIULLIANO NOBREGA MALTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 211.416,68**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 1.560,41 e 70% sobre R\$ 209.856,27, previstas no art. 42, incisos, I, “b”, item 3 e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA