

PROCESSO	- A. I. Nº 03502796/97
RECORRENTE	- LOJÃO SÃO CRISTOVÃO MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0002/99
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 06/11/03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0135-12/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR ÀS OPERAÇÕES DE ENTRADAS. PREJUÍZO NA CONTA MERCADORIA. Inobservância dos métodos de apuração do estorno de crédito, previsto na legislação tributária vigente à época. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, a teor do art. 169, Inciso I, “b”, do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e alterações posteriores, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0002/99, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração trata da imputação do débito ao autuado no valor R\$8.068,67, mais cominações, sob a alegação da falta de estorno de crédito do prejuízo verificado na conta mercadoria.

Julgando questão da intempestividade do Recurso Voluntário, esta D. 2ª Câmara, pelo Conselheiro Ciro Seifert, através do Acórdão nº 0845/01, deu provimento ao mesmo, por considerar nula a intimação realizada, em virtude de não ter sido assinada pelos representantes legais do recorrente, encaminhando os autos para apreciação do Recurso Voluntário. É o que se faz.

A Decisão recorrida, se deu sob o fundamento de que: “*tendo sido cobrado imposto por falta de estorno de crédito referente ao prejuízo da conta mercadoria. A Autuada, em sua defesa, não apresentou elemento algum capaz de elidir a ação fiscal; alegou apenas que foi cerceada em seu direito de defesa por falta de apresentação de demonstrativo de débito. Tal afirmativa é negada vez que, conforme afirmou o Autuante, o demonstrativo de débito encontra-se às fls. 05 do presente processo.*”, motivo pelo qual votou pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Insurgindo-se contra a decisão supra, em razões recursais, o recorrente, no que diz respeito ao lançamento, de logo observa que atual legislação estadual não prevê a hipótese de estorno de crédito se for constatado venda de mercadoria por valor inferior à entrada. Ressalta que o RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.287/97, no art. 100, Incisos I a VII, não contempla a situação espelhada no auto, o que significa dizer que deixou tal situação de configurar infração, pelo que a nova ordem regulamentar deve atingir fatos pretéritos.

Diz que no caso de comercialização por preço inferior ao de aquisição, o art. 99, Inc. IV, do RICMS/99, previa a possibilidade de estorno de crédito, desde que o valor a estornar fosse proporcional à redução, o que não se pode espelhar pela via do arbitramento. O meio adequado seria um daqueles previstos no § 2º, incisos I a III, do mencionado art. 99.

Considerando que o estorno levado a efeito no Auto de Infração, não espelha a PROPORCIONALIDADE exigida pelo RICMS, deve ser decretada a Nulidade do Auto de infração.

O colegiado da Eg. 2^a Câmara, converteu o PAF em diligência a ASTEC, para intimar o recorrente para apresentar os livros e documentos fiscais a fim de confrontar as informações trazidas pelo recorrente com os dados, apurados pela fiscalização e verificar se a metodologia aplicada pelo autuante está de acordo como os roteiros de fiscalização usualmente aplicados.

A revisão fiscal efetuada, fl. 111 a 113, que concluiu pelo acerto do Auto de Infração, é conflitante com a primeira Revisão efetuada, a fl. 76 dos autos.

As fls. 129/132 dos autos, o recorrente, impugnando o laudo da Revisão efetuada, insiste em afirmar que a atual legislação não prevê hipótese de estorno de crédito, ainda que seja constatado “saídas de mercadorias tributadas com base de cálculo inferior a da operação de entradas fato que motivou a autuação. Que o RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.287/97, no art. 100, incisos I a VII, não mais contempla a situação espelhada no auto, o que deixou de configurar infração, pelo que, de acordo com o disposto no art. 106, inciso II, “a”, do CTN, deve ser aplicado retroativamente. Esse, inclusive é o pensamento que prevalece no CONSEF, conforme acórdãos de igual teor que reproduz na sua manifestação.

A ilustre Procuradora. Dra. Maria Dulce Baleiro, em Parecer de fl. 74, ressalta que a autuada alega que procedeu a venda do estoque final, quando do encerramento de suas atividades, pelo preço de aquisição. Que os levantamentos elaborados pelo autuante revelam que as saídas se deram por valores inferiores aos de aquisição, gerando um prejuízo na conta de mercadorias, não tendo o contribuinte estornado o crédito, não logrando êxito em comprovar fato extintivo ou modificativo da exigência fiscal.

A PGE/PROFIS, acolhendo parecer da ASTEC, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Ante a análise dos documentos acostados aos autos, entendo que o lançamento, por se utilizar de método inadequado e sem previsão legal, levando em consideração que o estorno, como feito no Auto de Infração, não espelha a proporcionalidade exigida pelo RICMS ou seja, a EXATA PROPORÇÃO, DIFERENÇA ENTRE A ENTRADA E A SAÍDA, deve ser decretada a nulidade do lançamento.

De fato, a via do CMV, não se adequada e legalmente prevista para a apuração do montante do estorno, serve somente para identificar algum indício de irregularidade, ou seja, apontar a existência de indício de que haveria venda ou valor inferior ao de aquisição, devendo, contudo, o valor proporcional do estorno ser detectado pelos meios regulamentares.

Por inobservância dos métodos de apuração do estorno de créditos previstos na legislação tributária, entendo que o lançamento não contém todos os elementos para se determinar com segurança a infração e o montante do débito. Portanto voto pelo Provimento de Recurso Voluntário para julgar Nulo o Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Apesar de concordar com o ilustre relator quanto a inconsistência do lançamento fiscal, entendo que sua nulidade deve ser decretada à luz da fundamentação que passo a expor.

A questão que envolve a presente lide tributária diz respeito a exigência de estorno de crédito fiscal em razão de **“realização de saídas de mercadorias tributadas com base de cálculo inferior às operações de entradas”**.

Foi exigido ICMS na quantia de R\$6.858,87 para o exercício de 1995 e R\$1.209,80 para o exercício de 1996, na forma demonstrada à fl. 05 dos autos, e considerou-se como infringido o art. 99, inciso VI c/c o art. 117, inciso I do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2.460/89.

Efetivamente, à época da ocorrência dos fatos geradores, para o caso em tela, existia previsão legal para que se processasse o estorno do crédito, só que, na determinação do valor a ser estornado, deveriam ser observados alguns procedimentos, os quais não foram considerados pelo autuante, razão pela qual passo a comentá-los.

1 – Está patente nos autos que o recorrente efetuou operações de compras neste Estado, alíquota de 17%, na região sul/sudeste, alíquota de 7% e na região norte/nordeste, alíquota de 12%. Diante disto, a exigência fiscal não poderia ter sido efetuada à alíquota de 17%, conforme feito pelo autuante, descumprindo a norma estabelecida no § 2º, art. 99, do RICMS/96;

2 – Não há comprovação nos autos de que os valores considerados a título de estoques inicial e final referem-se, somente, às mercadorias tributadas, com exclusão, por exemplo, de tintas, vernizes, aguarrás, xadrez, cimento, bloco, etc., mercadorias estas, cujo imposto é pago por antecipação.

Apesar da juntada de cópia reprográfica do livro Registro de Inventário ter sido feita de forma parcial, vê-se, claramente, à fl. 9, que o autuante não excluiu do estoque final em dezembro/95 e inicial em janeiro/96 (base da apuração do CMV), os artigos “tintas”, fato este que, sem dúvida, fulmina os demonstrativos elaborados pelo mesmo. E isto diz respeito apenas a uma única página do livro Registro de Inventário, pois, as demais, não foram juntadas pelo autuante, que, à época, teve acesso ao referido livro, tanto que extraiu cópia.

3 – A diligência realizada pela ASTEC, fls. 76/78, concluiu que *“diante da impossibilidade de separar no livro Registro de Inventário às fls. 08 e 09, quais as mercadorias tributadas das não tributadas e/ou outras, foram elaborados dois demonstrativos, sendo o primeiro pelo valor contábil das mercadorias e o segundo, pelas saídas de mercadorias tributadas, conforme livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 10/24. Caberá ao Sr. Conselheiro decidir pelo mérito da questão”*. (sic).

Ora, na condição posta acima, fica clara a inconsistência do levantamento levado a efeito pelo autuante, posto que, a própria ASTEC, utilizando dos elementos constantes dos autos, tal como o autuante, não separou as mercadorias tributadas das demais e, ofertou como opção, dois demonstrativos inservíveis.

4 – Por outro lado, também não posso concordar com o ilustre relator quando este cita que *“a via do CMV não se adequa e legalmente prevista para a apuração do montante do estorno, ...”*, pois, a rigor, o único meio possível para se apurar o estorno do débito na forma aludida nos autos é, justamente, através da apuração do CMV. Entretanto, os cálculos devem levar em consideração apenas as mercadorias tributadas, inclusive em relação aos estoques, a base de cálculo efetivamente praticada (entradas e saídas), enquanto que o valor do estorno terá que ser determinado na forma estabelecida no § 2º, art. 99 do RICMS/89, então vigente, situação esta que não se verifica nos autos.

De maneira que ante aos erros flagrantes constantes no lançamento de ofício, não saneados quando da realização das diligências, concluo que a infração foi determinada com total insegurança, e, nesta condição, com fundamento no art. 18, IV “a” do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração.

Por fim, com base no art. 21 do RPAF/BA, recomendo que seja renovado o procedimento fiscal, a salvo de falhas.

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 03502796/97, lavrado contra **LOJÃO SÃO CRISTOVÃO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, recomendando-se a renovação do procedimento fiscal ao teor do art. 21 do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / VOTO EM SEPARADO

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PROFAZ