

PROCESSO - A.I. Nº 277830.0033/02-0
RECORRENTE - LILIANE ANDRADE & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JJF nº 0107-02/03
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 10/06/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0287-11/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. DE ESTOQUE EXERCÍCIO FECHADO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Modificada a Decisão recorrida. Refeitos os cálculos da infração 3. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo através de suas advogadas conforme instrumento procuratório à fl. 85 dos autos, em face da Decisão proferida na 1ª Instância (2ª JJF), no Acórdão nº 0107-02/03 que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado.

A peça acusatória descreve as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de imposto apurado em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, por ter o contribuinte emitido notas fiscais com a natureza da operação “consignação” sem destacar o imposto como determina o art. 409 do RICMS/97, no valor de R\$4.935,52, nos meses de outubro e dezembro de 1998.
2. Falta de recolhimento do ICMS, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior às saídas, apurado em levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando em conta a diferença de maior valor monetário. O das saídas tributáveis, no exercício de 1997, no valor de 2.164,48.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$33.592,12, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (1998), sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a de entradas no valor de R\$197.600,77 - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 25.

A Decisão recorrida considerou que a exigência do item 1, resultante da falta de tributação das Notas Fiscais de nºs 037 e 045 que foram indevidamente tidas como em “consignação”, ao invés

de “demonstração”, e o autuado não contestou a exigência e sequer fez referência ao retorno da mercadoria em demonstração.

Quanto às infrações 2 e 3 relativas a levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 1997 e 1998, o autuado só contestou a infração 3, em que se exigiu o imposto por presunção legal de omissão de saídas, em razão das diferenças de entradas maiores que as das saídas.

Entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que o argumento do autuado não tem amparo na legislação, por que o preço unitário médio está previsto no art. 60, II, “b” do RICMS/97, no caso o preço de entrada da mercadoria no último mês do ingresso no estabelecimento. Asseverou que a pretensão do sujeito passivo na defesa, para que se considerasse a Nota Fiscal nº 045, no item “tapetes” que não foi computado no levantamento das saídas, entendia correto, mas tendo em vista que a exigência fiscal foi apurada com base na diferença de entradas e a inclusão da referida nota ocasionaria uma majoração do débito e por essa razão mantinha o reclame fiscal.

O sujeito passivo às fls. 79 a 84 dos autos, não se conformando com a Decisão proferida na 1ª Instância, ao tomar ciência através do AR (fl. 74), interpôs Recurso Voluntário, através de suas representantes legais, respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, aduzindo as seguintes razões:

- 1) que as provas não foram apreciadas na Decisão recorrida e por isso no mérito, recorre da Decisão quanto ao item 3, em que se apurou imposto referente à diferença de entradas, alegando que houve falha nos lançamentos pelo profissional de contabilidade contratado para fazer o registro de suas operações.
- 2) cita o art. 60, inciso II, alínea “b”, item 1 do RICMS/97, e aponta erro do autuante, que na apuração do preço médio por m², no demonstrativo do exercício de 1998, não juntou ao processo o demonstrativo do referido exercício, como determina o inciso II do art. 41 do RPAF/99.
- 3) alega que a falta dessa prova induziu a erro os julgadores de 1ª Instância. Diz que o autuante no demonstrativo de fl. 16, considerou as Notas Fiscais do mês de novembro de nº 12, 42 e 644 e do mês de dezembro a de nº 47, e o mesmo tomou como base para o cálculo do preço, o último período de aquisição do item “tapetes orientais”, relativo às notas fiscais de aquisição do mês de novembro, e não levou em conta a Nota Fiscal nº 47 do mês de dezembro.
- 4) argúi que no preço apurado só foram computadas as Notas Fiscais nº 42 e 12 que não são aquisições de mercadorias e sim devolução de mercadorias “em retorno de demonstração. Observa que o dispositivo regulamentar determina no cálculo do preço médio apenas o “custo das compras”, e por isso, afirma que não poderiam ser incluídas as operações de devoluções de mercadorias porque as mesmas não se equiparam a operações de compras, e onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.
- 5) Que apenas uma Nota Fiscal deve ser considerada que é a de nº 644, para efeito do cálculo do preço unitário. E o total da nota fiscal de R\$20.000,00, e a quantidade de 776,48 m², em que se apura um preço unitário médio de R\$25,76.

Elabora o cálculo das quantidades omitidas, e que ao preço acima referido o imposto do item referente a tapete da infração 3, seria no valor de R\$4.830,13.

Conclui a peça recursal requerendo a reforma da Decisão recorrida e a Improcedência Parcial da infração 3. Requereu ainda revisão pela ASTEC para adequar o lançamento à legislação quanto o item impugnado.

A PROFAZ considerou que se tratava de matéria eminentemente fática, diante dos documentos anexados no Recurso Voluntário e requereu que o processo fosse encaminhado à ASTEC

objetivando o esclarecimento se o lançamento referente ao item 3, o preço médio das compras foi com base no último mês de aquisição e se o mesmo estava correto, diante dos documentos fiscais acostados pelo recorrente na peça recursal.

A então relatora do processo expôs as razões para o indeferimento da diligência, onde observou que os documentos fiscais acostados pelo recorrente de fato demonstram que houve erro no cálculo do preço médio das entradas da infração 3, quanto ao item “tapetes orientais” uma vez que foi levado em conta o preço das notas fiscais de devolução ou retorno de demonstração, e não com base nas notas de aquisição.

A PROFAZ às fls. 102 e 103 exarou Parecer onde considera que as provas anexadas pelo recorrente, de fato, merecem ser acolhida por que demonstram que o preço médio indicado pelo autuante está incorreto, e por isso a Decisão recorrida deve ser reformada, opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Examinado as peças que compõem o presente processo, e as razões aduzidas na peça recursal, verifico que o autuante relativo à infração 3, objeto do Recurso Voluntário interposto, conforme indica a fl. 16 dos autos, considerou na determinação do preço médio, as Notas Fiscais de nº 42, 644 e 12 com data de entrada no mês de novembro e a Nota Fiscal nº 47 com a data de entrada em dezembro (31/12/98).

Ocorre que não elaborou o demonstrativo do preço unitário médio conforme determina a legislação, que a base de cálculo em se tratando de diferença apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeito do valor unitário da mercadoria, na hipótese de se apurar omissão de entradas, será o custo médio das compras do último mês de aquisição, da mesma espécie da mercadoria do período considerado, *verbis* :

Art. 60 – A base de cálculo do ICMS nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, é:

Inciso II – tratando-se de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria:

Alínea b – apurando-se omissão de entradas e ficando caracterizada a existência de receita oculta empregada no pagamento de tais entradas;

1- o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;

2 - inexistindo aquisição de mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante no inventário final do período considerado;

3 – (.....)

4 - (.....)

5 - (.....)

Deste modo, como se constata no demonstrativo de fl. 23, o autuante considerou o preço unitário de R\$179,00, de onde se infere que tomou por base a Nota Fiscal nº 12 conforme fl. 86, cujo valor unitário das mercadorias ali descritas é de R\$179.43, desprezando os centavos, uma vez que se refere a “tapete oriental”, que é a mercadoria constante da citada nota, cuja natureza da operação foi devolução de material para demonstração e o ingresso no estabelecimento ocorreu em 13/11/98.

Como acima já foi indicado, a legislação determina que será o custo médio das compras do último mês, e de igual modo, a Portaria 445/98, que orienta os procedimentos na realização de

levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, ao estabelecer no art. 8º inciso I, que na determinação da base de cálculo do imposto, deve se apurar o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em *função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria*, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicional (grifo nosso).

Logo, razão assiste o recorrente, quanto à alegação de que o preço a ser considerado deve ser apurado com base na única Nota Fiscal de compra no mês de novembro/98, a de nº 644, e que não pode ser considerada a Nota Fiscal de nº 47, emitida em 31/12/98 porque a mesma se refere à operação de retorno de consignação, conforme se vê a fl. 98 dos autos.

Neste sentido, deve ser modificada a Decisão recorrida para que seja refeito o valor da base de cálculo do item em comento, cujo demonstrativo de fl. 24 passa a ter a seguinte configuração.

ESPECIFICAÇÃO	UNIDADE	ENTRADAS	VLR. UNITÁRIO	VLR. DA OMISSÃO	IMPOSTO
Capa p/móveis	peça	17,000	9,96	169,32	28,78
Tapete Oriental	M2	1.102,97	25,76	28.412,51	4.830,13
Borracha	M2	000	000	000	000
TOTAL					4.858,91

Quanto à listagem das notas fiscais juntada pelo sujeito passivo na peça defensiva às fls. 57 e 58, onde aponta a quantidade de 2.827,47 m², constata-se que foi apurado erroneamente o preço unitário, porquanto a legislação, como dito acima, determina que será a média do preço unitário no último mês do exercício considerado. Logo, acertadamente quanto a esse fato a Junta de Julgamento Fiscal acertadamente afastou a pretensão do contribuinte, porque a alegação de que não foi incluída a Nota Fiscal nº 045 no cômputo das saídas, a exigência foi apurada com base nas entradas e a inclusão da aludida nota ocasionaria majoração do valor do débito.

Assim, não procede ao argumento do recorrente posto que no levantamento das saídas, à fl. 19 foi considerada a Nota Fiscal nº 045, referente a 776,48 m2 de tapetes.

Por todo o exposto, reformo a Decisão recorrida para julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, remanescendo a exigência fiscal de R\$11.958,91, relativo às parcelas de R\$4.935,52 (item 1) R\$2.164,48 (item 2) e R\$4.858,91 (item 3), e por conseguinte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277830.0033/02-0, lavrado contra **LILIANE ANDRADE & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.958,91**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.935,52 e 70% sobre R\$7.023,39, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COLEHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFUZ