

PROCESSO - A. I. Nº 001197.0004/01-5
RECORRENTE - E B P COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 080-01/03
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 10/06/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0294-11/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 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, no caso, a das entradas. Refeitos os cálculos da autuação, remanescem diferenças. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA DEMONSTRAÇÃO. Não ficou provado o retorno das mercadorias, a exceção daquelas consignadas nas Notas Fiscais nº 0053 e 0196. Infração caracterizada em parte. 3. DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÃO TRIBUTADA DECLARADA COMO NÃO TRIBUTADA. TRANSFEÊNCIAS. Transferências entre estabelecimentos da mesma empresa são operações normalmente tributáveis. Correta a exigência do imposto. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/01, reclama ICMS no valor de R\$50.954,70, acrescido das multas de 60% e de 70%, em virtude da:

1. Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a sua respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização das entradas de mercadorias em valores superiores ao das saídas omitidas no mesmo período, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o valor das entradas omitidas (exercício de 2000) - R\$23.534,05;
2. Falta de recolhimento do ICMS em razão do autuado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Refere-se a mercadorias encaminhadas para demonstração, que não retornaram para o estabelecimento de origem (exercício de 2000) - R\$14.540,42;
3. Falta de recolhimento do ICMS em razão do autuado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Refere-se a notas fiscais de remessa para a matriz (dezembro de 2000) - R\$12.880,23.

O autuado apresentou defesa (fls. 34 a 57), na qual fez as seguintes considerações.

Em relação ao levantamento quantitativo dos estoques, afirmou que além da natureza, volume e utilização das mercadorias não permitirem a ocorrência da acusação, de uma análise mais acurada do levantamento fiscal, detectou os seguintes erros, que anulava toda as diferenças apontadas pela fiscalização:

POLTRONA FRANCE – a autuante não considerou a Nota Fiscal nº 607, emitida em 26/10/00, saída por transferência o que determinou a pretensa omissão de saída.

CADEIRA MANHATTAN – além de não terem sido consideradas as entradas de 10 unidades, através Nota Fiscal nº 49362, ainda foi incluída a Nota Fiscal nº 193, cuja natureza da operação foi saída para demonstração (6 unidades). Ocorre que, nesta situação, não existe a transmissão de propriedade da mercadoria, que permanece sendo da empresa, não podendo ser considerada aquela quantidade como baixa nos estoques. Este procedimento acarretou, inclusive, dupla tributação, uma vez que a autuação apurou omissões de entradas e, igualmente cobrou ICMS sobre o não retorno das mercadorias (infração 2).

CADEIRA ZAN COM BRAÇO IMPORTADA – não foi considerada a Nota Fiscal nº 5215, referente à aquisição de 8 unidades. Atribuiu esta não inclusão ao equívoco na descrição da mercadoria no documento fiscal. Esta grafada como Ian ao invés de Zan.

CADEIRA PRADO COM BRAÇO - além de não terem sido consideradas as entradas de 8 unidades, através Nota Fiscal nº 41625, ainda foi incluída a Nota Fiscal nº 164, cuja natureza da operação foi saída para demonstração (4 unidades). Apresentou as mesmas colocações que fez quando percorreu sobre a mercadoria “cadeira Manhattan”.

CÔMODA CAMBAY – na Nota Fiscal nº 489 não saiu 1 unidade por transferência e sim 2.

MESA DE CENTRO AIRES – advogou as mesmas colocações feitas para a mercadoria “cadeira Manhattan” em relação à Nota Fiscal nº 153 de remessa para demonstração.

MESA DE JANTAR LOWELL – não foram consideradas as Notas Fiscais nº 46005 e 594, a primeira refere-se à aquisição de 1 unidade e a segunda o recebimento, por transferência, de 1 unidade do produto.

MESA LATERAL CUBO – não houve a inclusão da Nota Fiscal nº 47182, aquisição de 2 unidades, e a de nº 421, transferência, por consignação, de 2 unidades. Além do mais, a Nota Fiscal nº 113 refere-se a venda de 2 unidades da mercadoria “mesa de jantar Daska”, produto cujas características diferem da mercadoria em discussão e a Nota Fiscal nº 198, apesar de constar a venda de “mesa lateral New York”, na realidade a operação foi a saída da mercadoria “mesa lateral Cubo”, conforme carta de correção anexada a nota fiscal.

MESA LATERAL AYRES – na Nota Fiscal de transferência nº 072 não consta esta mercadorias. Não foi considerada a carta de correção emitida para a Nota Fiscal nº 058, retificando a saída do produto para “mesa lateral especial Metal”. Através da Nota Fiscal nº 434 houve a aquisição de 02 unidades da mercadoria e não 1. A Nota Fiscal nº 180 não poderia ser incluída no levantamento, pois se tratou de saída para demonstração de 6 unidades, inclusive havendo, no caso, dupla tributação já que incluída na infração 2.

MESA DE CHÁ ANTUÉRPIA – na Nota Fiscal nº 611, de transferência, consta à entrada de 3 unidades e não de 2. Não foram consideradas as Notas Fiscais nº 43485 e 51970, com entradas de 06 unidades do produto e a de nº 415, de transferência, com a entrada de 5 unidades em consignação. Não poderiam ser incluídas no levantamento fiscal as Notas Fiscais nº 163, 167 e 172, pois se trataram de saídas para demonstração de 3 unidades do item.

MESA DE JANTAR MENPHIS – a Nota Fiscal nº 611 refere-se à entrada, por transferência, de 2 unidades e não de 1 e a Nota Fiscal nº 122 corresponde à saída em demonstração de uma unidade da mercadoria, não podendo ser incluída no demonstrativo.

MESA LATERAL MANDALAY – não foi incluída a Nota Fiscal nº 677, referente à entrada por transferência de 4 unidades e incluída erroneamente a Nota Fiscal nº 164, pois saída para demonstração de 2 unidades.

POLTRONA ARCO – incluída erroneamente a Nota Fiscal nº 153, já que se tratou de saída de 2 unidades para demonstração.

CÔMODA GAZA - houve a aquisição de 6 unidades, não consideradas, através da Nota Fiscal nº 41627 e a venda de 1 unidade – Nota Fiscal nº 126.

POLTRONA ZEBRA - houve a aquisição de 8 unidades, não consideradas, através da Nota Fiscal nº 415 e a inclusão, equivocada, da Nota Fiscal nº 165, já que se tratou da saída em demonstração de 6 unidades.

POLTRONA THEBAS PRETO IMPORTADO – através da Nota Fiscal nº 43483 não foram adquiridas 32 unidades e sim 30. Na Nota Fiscal nº 195 consta à venda de 1 unidade da mercadoria “poltrona Thebas natural” e não a “Thebas preto importada”.

SOFÁ TABAGO 3 LUGARES - através da Nota Fiscal nº 157 não houve a saída de tal produto.

SOFÁ COLORADO 3 LUGARES – a Nota Fiscal nº 157 foi emitida para dar saída em demonstração de 1 unidade. Esta situação, como já explanado, impossibilita a sua inclusão no levantamento realizado.

CAMA MALY CASAL 1,90 X 1,40 – a Nota Fiscal nº 151 refere-se à saída para demonstração de cama Maly solteiro 1,90 x 0,90 e não a mercadoria em questão.

CAMA MALY CASAL 2,00 X 1,60 – o estoque final existente e registrado no Livro de Inventário era de 1 unidade e não de 2.

CAMA MALY SOLTEIRO 1,90 X 0,90 – não foi incluída a Nota Fiscal nº 474, referente à entrada, por transferência, de 2 unidades do produto.

Em relação à infração 2, reconheceu em parte a autuação. Porém, os produtos consignados nas Notas Fiscais nºs 0053 e 0196 retornaram, dentro do prazo legal, conforme comprova as Notas Fiscais nºs 0001 e 0015. Mas, mesmo reconhecendo que não emitiu notas fiscais de retorno das mercadorias, entendeu que não causou qualquer prejuízo ao Erário, vez que foram emitidas notas fiscais, com o devido recolhimento do imposto, em relação às de nºs 151 e 157, cujas vendas foram acobertadas pelas de nºs 335 e 225. Observou, que como o ICMS é não-cumulativo exigi-lo no memento seria bitributação, havendo, apenas, uma irregularidade de caráter acessório.

Quanto às remessas de mercadorias à sua matriz, disse que embora não tivesse destacado e recolhido o imposto na ocasião, as mercadorias chegaram ao seu estabelecimento, também sem destaque do imposto. Assim, não havendo crédito nem débito não houve prejuízo ao Erário. Para corroborar sua tese, trouxe aos autos Acórdãos deste Colegiado.

Contra argumentando as razões de defesa (fls. 132 a 139), a autuante posicionando-se em relação ao levantamento quantitativo, aceitou os argumentos de defesa em relação a diversas notas fiscais. Entretanto não aceitou:

1. a exclusão das notas fiscais que acobertaram saídas de mercadorias para demonstração sem retorno;
2. a inclusão da Nota Fiscal nº 52155 já que não ficou comprovado que a mercadoria “cadeira Ian” consignada no referido documento se referia à mercadoria “cadeira Zan”;
3. afirmou que na Nota Fiscal nº 415 não constava a mercadoria “mesa de chá Antuérpia”;
4. que na Nota Fiscal nº 51970 o que consta é tampo de mesa e não mesa, com preço, inclusive, alguém do real;
5. na Nota Fiscal nº 126, a mercadoria se refere a “cômoda Gaza importada” que difere do inventário;
6. quanto à quantidade da mercadoria “poltrona Thebas preto importada” não havia alteração, pois a quantidade levantada foi de 30 unidades e não de 32, conforme fl. 23 do PAF, item 28.

Refez o levantamento fiscal, apresentando valor inferior ao inicialmente apurado.

Quanto ao item 2 (falta de retorno de mercadorias que saíram para demonstração) não aceitou a exclusão das Notas Fiscais nºs 53 e 196, pois entendeu que aquelas apresentadas como de retorno (nºs 0001 e 0015) foram emitidas antes das remessas.

Por fim, em relação à infração 3, apenas disse que mantinha o demonstrativo apresentado quando da lavratura do Auto de Infração.

Chamado a tomar conhecimento da modificação do débito, o autuado manifestou-se (fls. 146 a 160), apresentando seu inconformismo quanto a não aceitação por parte da autuante de todas as suas razões de defesa, mantendo-as na íntegra.

A autuante prestou nova informação, observando que o impugnante não apresentou fato novo e ratificou o lançamento fiscal conforme apresentado quando da sua primeira manifestação (fl. 162).

O autuado foi chamado para, novamente se manifestar. Apresentou suas razões no mesmo teor daquela já feita anteriormente e após revisão do débito realizada pela autuante (fls. 167 a 180). A fiscal, por sua vez, manifestou-se da mesma forma (fl. 183).

Vindo a julgamento, este Colegiado enviou o PAF à Inspetoria Fiscal (Setor de Intimação) para que fosse observado que a defesa havia sido apresentada intempestivamente. Entretanto, deveria ser comunicado ao autuado o seu direito de impugnar o seu arquivamento, conforme disposto no art. 10, § 2º do RPAF/99 (fl. 185).

O autuado entrou com Recurso contra o arquivamento de sua defesa. A PROFAZ opinou pelo seu não conhecimento, porém a 2ª CJF, por Decisão não unânime (Acórdão nº 0429-12/02) proveu o Recurso Voluntário, devolvendo os autos à 1ª Instância para apreciação do mérito (fls. 186 a 227).

VOTO DA RELATORA DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]”A primeira infração trata da cobrança do imposto apurado através de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias. Foram apuradas diferenças de entradas e saídas, sendo o valor das entradas superior ao das saídas e o imposto cobrado teve como base de cálculo as diferenças de entradas de mercadorias no estabelecimento desacobertas de notas

fiscais. O contribuinte impugnou em sua totalidade o lançamento, trazendo à lide diversas notas fiscais. A autuante, após analisar as razões de defesa, diminuiu o valor do débito original apurado ao verificar que diversos documentos fiscais não haviam sido considerados. Outros, não os aceitou. O autuado manifestou-se, por duas vezes, não concordando com a revisão efetuada, o que foi rebatido pela fiscal.

Como todos os documentos de prova estão anexados ao PAF, após análise, decido a lide com base nas seguintes razões.

- 1. As Notas Fiscais nºs 153, 157, 163, 164, 165, 167, 172, 180 e 193 tratam de remessas de mercadorias para demonstração sem que tenha havido os seus retornos, no prazo legal. Neste caso, fica caracterizada uma operação comercial de venda, havendo a transferência de propriedade do bem, operação esta de circulação de mercadorias, sujeitas à cobrança do ICMS. Portanto, correta o procedimento da autuante em incluí-las no levantamento fiscal. E, ao contrário do que argumentou o impugnante, neste momento não se está a cobrar qualquer imposto sobre as mercadorias nelas consignadas. Como tais documentos acobertaram operações comerciais, eles, obrigatoriamente, devem constar do levantamento visando apurar se existiram ou não omissões de saídas ou entradas de mercadorias. Havendo diferenças, o imposto recai sobre as diferenças apuradas e não sobre aquelas mercadorias acobertadas com notas fiscais, não se podendo falar em duplicidade de cobrança do imposto. Estas notas fiscais devem ser incluídas no levantamento fiscal.*
- 2. Em relação à Nota Fiscal nº 52155 (fl. 61), que a autuante não a aceitou, visto que o nome do produto constava consignado de maneira diversa, não comungo com a sua posição. O nome do produto é “cadeira Zan”, porém consta no documento fiscal “cadeira Ian”, ou seja, houve a troca da letra Z pela letra I. Este é um erro perfeitamente aceitável. Para que caracterizasse outro produto, deveria a fiscal trazer aos autos que eram produtos diversos. Deve o documento ser incluído no levantamento fiscal, com 08 unidades do produto entrado no estabelecimento.*
- 3. A autuante entendeu que na Nota Fiscal nº 415 (fl. 94) não constava o produto “mesa de chá Antuérpia”. Analisando o documento, lá constam 5 unidades entradas por transferência de “mesa Antuérpia com tampo de mármore”. Do mesmo modo, deveria ter a fiscal explicitado o porquê da sua posição, ou seja, demonstrar que um produto não é igual ao outro. Observo que o preço é praticamente o mesmo, qual seja, no documento, emitido em setembro de 2000, o valor é de R\$1.235,00 e o preço médio unitário apurado pela autuante foi de R\$1.267,00.*
- 4. A autuante também disse que não poderia considerar a Nota fiscal nº 126 (fl. 93), pois o produto nela consignado se referia a mercadoria “cômoda Gaza” importada e não a que foi levantada, o que me leva a crer que as consideradas eram nacionais. No levantamento fiscal esta diferenciação não ficou comprovada, portanto não posso considerar este argumento. Entretanto, embora assim tenha se manifestado, a fiscal quando da elaboração do novo levantamento (fl. 140), considerou a nota fiscal, excluindo esta mercadoria do valor do débito.*
- 5. Concordo com a observação feita pela autuante. No levantamento fiscal (fl. 20 e 23 – item 28) somente foram consideradas 30 unidades da mercadoria “poltrona Thebas preto importado”, entradas através da Nota Fiscal nº 43483 (fl. 97), e não 32 como arguiu o impugnante.*
- 6. Em relação à Nota Fiscal nº 51970 (fl. 80), observo que a natureza de sua operação foi de “retorno de conserto”. Neste caso, não posso considerá-la (1 unidade da mercadoria “mesa*

de chá Antuérpia”), pois pertencente aos estoques do autuado. Observo, inclusive, que se a aceitasse, aumentaria a diferença de entradas, pois estaria contando em duplicidade a quantidade da mercadoria entrada no estabelecimento.

Após tais considerações, refaço o levantamento fiscal, com base naquele apresentado quando da informação fiscal (fl. 140), em relação às mercadorias “cadeira Zan” e “mesa de chá Antuérpia”, uma vez que quanto à mercadoria “cômoda Gaza”, a autuante a excluiu e, quanto à mercadoria “poltrona Thebas preto importado” não existe diferença de quantidade a ser considerada.

CADEIRA ZAN

| | |
|--------------------------|------|
| ESTOQUE INICIAL | - 00 |
| ENTRADAS | - 08 |
| SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS | - 00 |
| ESTOQUE FINAL | - 08 |
| DIFERENÇAS | = 00 |

Mercadoria excluída do levantamento fiscal.

MESA DE CHÁ ANTUÉR

| | |
|--------------------------|------|
| ESTOQUE INICIAL | - 00 |
| ENTRADAS | - 31 |
| SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS | - 15 |
| ESTOQUE FINAL | - 21 |
| DIFERENÇAS | - 05 |

CÁLCULO DA DIFERENÇA

05 x r\$1.267,00 = R\$6.335,00

BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO

(+) R\$60.352,12 (base de cálculo encontrada pela autuante quando da revisão fiscal – fl. 140)

(-) R\$ 7.914,16 (exclusão da mercadoria “cadeira Zan”)

(-) R\$12.670,00 (exclusão do valor encontrado pela autuante da diferença sobre a mercadoria “mesa de chá Antuérpia”)

(+) R\$ 6.335,00 (inclusão do novo valor da diferença da mercadoria “mesa de chá Antuérpia”)

R\$46.102,96 – BASE DE CÁLCULO DAS OMISSÕES

CÁLCULO DO ICMS

R\$46.102,96 X 17% = R\$7.837,50

Pelo exposto, subsiste a ação fiscal no valor de R\$7.837,50.

Em relação à infração 2, falta de retorno de mercadorias saídas para demonstração, o autuado reconhece parcialmente o valor do débito, inclusive solicitando seu parcelamento (fls. 126 a 127). Não concordou com a acusação em relação às Notas Fiscais n^{os} 0053 e 0196, uma vez que houve, dentro do prazo legal, o retorno das mercadorias através das Notas Fiscais n^{os} 0001 e 0015 de entrada, documentos estes anexados aos autos. A autuante, quando de sua informação, não os aceitou, entendendo que aqueles foram emitidos antes da remessa das mercadorias. Não concordo com a fiscal. As Notas Fiscais n^{os} 0053 e 0196 foram emitidas em 20/09/00 e 20/12/00. As mercadorias retornaram em 25/09/00 e 25/01/01, respectivamente (fls. 104 a 107). Se o retorno aconteceu cinco dias ou até sessenta dias depois da remessa, este é o prazo legal (art. 599, § 2º do RICMS/97), que no seu término, caracteriza a saída efetiva das mercadorias e, conseqüentemente, a cobrança do imposto, conforme art. 599, § 3º, III do Regulamento do ICMS.

Quanto ao argumento de defesa de que embora não tenha emitido nota fiscal de retorno não causou prejuízo ao Erário, pois quando das vendas das mercadorias que retornaram emitiu notas fiscais, discordo dele em sua inteireza. E, para comprovar, me apego aos documentos apresentados pelo próprio impugnante. Disse ele que as mercadorias saídas para demonstração através das Notas Fiscais de n^{os} 151 e 157, retornaram e, quando de suas vendas foram emitidas

as de nº 335 e 225 (fls. 108 a 111). Analisando a Nota Fiscal nº 151, houve, em 30/11/00, a saída para demonstração de 1 unidade da mercadoria “cama Maly solteiro 1,90 x 0,90, com destino ao estabelecimento Malagueta Cinema e Vídeo Ltda, localizado na rua Prof. Amílcar Falcão, 53, Morro do Gato. Em 16/05/01, o autuado vendeu uma cama com as mesmas características para Sandra Maria Guimarães Araújo, residente na Av. Magalhães Neto, lote 4, Condomínio Aquarius, Pituba, através da Nota Fiscal nº 335. Esta situação é a mesma (saídas em demonstração para a FENAGRO e após venda a um particular), quando se observa os dois outros documentos fiscais, ou seja, não existe qualquer vinculação um com o outro. São operações comerciais completamente diversas. Assim, não se pode falar em duplicidade de cobrança, nem em desobediência a uma obrigação acessória, pois o que ficou provado foi a falta de pagamento do tributo, havendo prejuízo ao Erário. Subsiste a ação fiscal no valor de R\$13.033,39 conforme observações abaixo e demonstrativo de débito.

1. Excluídas as Notas Fiscais nºs 53 e 196;
2. Não podem ser excluídas do levantamento as Notas Fiscais nºs 151 e 157 como entendeu o impugnante ao apresentar o valor do débito reconhecido. As razões já foram acima expostas.
3. Embora no levantamento realizado pelo autuante tenha sido apresentada a Nota Fiscal nº 51 (fl. 7), na realidade o número correto é 151, conforme cópia do documento anexado ao PAF.
4. A base de cálculo do imposto referente ao dia 30/11/00 é de R\$14.559,86 e não de R\$14.565,70 como apresentou a autuante.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO

| CÓD. DÉBITO | D. OCORRÊNCIA | D. VENCIMENTO | B. CÁLCULO | IMPOSTO | MULTA (%) |
|-------------|---------------|---------------|------------|-----------|-----------|
| 10 | 22/11/00 | 09/12/00 | 1.024,76 | 174,21 | 60 |
| 10 | 30/11/00 | 09/12/00 | 14.559,86 | 2.475,17 | 60 |
| 10 | 01/12/00 | 09/01/01 | 29.924,00 | 5.087,08 | 60 |
| 10 | 05/12/00 | 09/01/01 | 1.713,52 | 291,30 | 60 |
| 10 | 06/12/00 | 09/01/01 | 12.501,00 | 2.125,17 | 60 |
| 10 | 13/12/00 | 09/01/01 | 3.741,41 | 636,04 | 60 |
| 10 | 14/12/00 | 09/01/01 | 3.188,00 | 541,96 | 60 |
| 10 | 19/12/00 | 09/01/01 | 1.200,29 | 204,05 | 60 |
| 10 | 20/12/00 | 09/01/01 | 8.814,20 | 1.498,41 | 60 |
| TOTAL | | | | 13.033,39 | |

A terceira infração trata da cobrança do ICMS que não foi recolhido pelo fato do autuado ter praticado operações tributáveis declaradas como não tributáveis., Houve a transferência de mercadorias para a matriz do estabelecimento através de Notas Fiscais, de simples remessa, de nºs 29, 30, 31 e 32, sem destaque do imposto, todas emitidas em 29/12/00.

O impugnante alegou que as remessas se referiam a retornos de mercadorias entradas em seu estabelecimento e realizadas por sua matriz, situação esta que poderia ser constatada através das Notas Fiscais nº 0050, emitida em 08/11/99, 281 e 282 de 15/05/00 e 302, com data de 20/07/00. Como houve erro, quando da emissão dos seus documentos fiscais, ou seja, aqueles de nºs 29, 30, 31 e 32, foram feitas Cartas de Correção, indicando os correspondentes retornos.

Também afirmou que, como as mercadorias deram entrada no seu estabelecimento sem crédito fiscal, igualmente, não havia se debitado do imposto, quando dos retornos. Nesta situação, não houve prejuízo ao Erário.

Não aceito o argumento de defesa. Transferência de mercadorias entre estabelecimento de uma

mesma titularidade é considerada uma operação mercantil (art. 2º, I, do RICMS/97), vez que os estabelecimentos são autônomos entre si, ocorrendo a hipótese de incidência do fato gerador do ICMS, com crédito e débito do imposto. Se o contribuinte ao receber as mercadorias não corrigiu o erro existente nas notas fiscais, acobertadoras do recebimento das mercadorias, pode fazê-lo, dentro das normas regulamentares e mesmo extemporaneamente, para poder utilizar-se do crédito fiscal. Porém esta situação não o desobriga a recolher o ICMS quando realizar uma operação de transferência, mesmo que com as mesmas mercadorias, já que operação tributável. Diante do exposto, mantenho a irregularidade apurada no valor de R\$12.880,23.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$33.751,12”[...].

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado com o decisório interpôs o presente Recurso Voluntário, argüindo, em síntese, o seguinte:

1. Que a cobrança das infrações descritas nos itens 1 e 2 do lançamento de ofício correspondem ao mesmo fato gerador do tributo;
2. A cobrança de tributo sobre as saídas para demonstração não pode resultar na exigência de imposto que foi recolhido tempestivamente pelo sujeito passivo;
3. O procedimento adotado pela empresa nos itens 2 e 3 do Auto de Infração não causou nenhum prejuízo ao Estado da Bahia.

Aduz que em obediência à Portaria nº 445/98, a apuração de débitos do ICMS mediante levantamento quantitativo de estoques requer certos cuidados, sem os quais, conduzem a divergências significativas entre a posição do estoque real e a obtida pela fiscalização, sem que tenha ocorrido qualquer infração.

Acrescenta que em geral, a contabilidade dos contribuintes determina que a escrituração e baixa dos registros de estoque sejam efetuados pelo regime de competência, ou seja pela ocorrência do negócio e não pelo fluxo monetário. Dessa forma a movimentação da conta de mercadorias ocorre com base no faturamento ao invés de sua saída física.

Traz ainda alusões sobre a não-cumulatividade, bitributação, transferências de mercadorias para filial, demonstração e apresenta a Resolução nº 2202/98, para corroborar com seus argumentos.

4. Concluindo pede o Conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário e a Procedência Parcial do Auto de Infração, aduzindo que na remota possibilidade do Conselho entender devido o ICMS incidente sobre as transferências de mercadorias, mesmo não havendo qualquer prejuízo ao Erário, que reconheça ser legítimo o crédito fiscal no estabelecimento destinatário.

A PROFAZ forneceu Parecer de fls. 263 e 264, nos seguintes termos:

[...]”Da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera a procuradoria ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

No lançamento fiscal hostilizado os fatos geradores do ICMS encontram-se identificados com clareza solar, não tendo o contribuinte apresentado qualquer prova capaz de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal.

Com efeito, a primeira infração trata da cobrança de imposto apurado através de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias tendo sido consideradas diversas notas fiscais apresentadas pelo recorrente por ocasião da defesa inicial. Resta efetivamente comprovado no PAF a existência de diferenças de entradas e saídas de mercadorias sem os respectivos registros fiscais e contábeis. Por seu turno, a infração 2 concerne a falta de retorno de mercadorias saídas para demonstração, não tendo o recorrente logrado comprovar o retorno das mesmas no prazo determinado na lei, o que decerto caracteriza a saída efetiva das mercadorias e, por via de consequência enseja a cobrança do tributo. A alegação de ausência de prejuízo para o Fisco não há de prosperar posto que, além do recorrente não provar a falta de prejuízo para o Estado, as leis são criadas pelos legisladores para serem fielmente cumpridas pelos seus destinatários. Em nenhuma hipótese poderá o contribuinte escolher um procedimento diferente daquele prescrito obrigatoriamente no texto da lei. A procuradoria não tem dúvida que se o Estado chancelar tal comportamento estará estimulando o descumprimento dos procedimentos traçados no texto da lei.

Ante o exposto, o opinativo é pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que a empresa recorrente não trouxe em sua peça recursal nenhuma prova que viesse sustentar suas alegações e argumentos. Este fato inibe as suas arguições, sobretudo diante da análise que foi realizada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que resultou no Acórdão recorrido, e neste, transcrito integralmente.

Adoto pela clareza e pelos entendimentos fático e jurídico o sexto (6º) parágrafo do Parecer da Douta PROFAZ em seus termos, passando o mesmo a fazer parte integrante deste voto e transcrevo:

“Com efeito, a primeira infração trata da cobrança de imposto apurado através de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias tendo sido consideradas diversas notas fiscais apresentadas pelo recorrente por ocasião da defesa inicial. Resta efetivamente comprovado no PAF a existência de diferenças de entradas e saídas de mercadorias sem os respectivos registros fiscais e contábeis. Por seu turno, a infração 2 concerne a falta de retorno de mercadorias saídas para demonstração, não tendo o recorrente logrado comprovar o retorno das mesmas no prazo determinado na lei, o que decerto caracteriza a saída efetiva das mercadorias e, por via de consequência enseja a cobrança do tributo. A alegação de ausência de prejuízo para o Fisco não há de prosperar posto que, além do recorrente não provar a falta de prejuízo para o Estado, as leis são criadas pelos legisladores para serem fielmente cumpridas pelos seus destinatários. Em nenhuma hipótese poderá o contribuinte escolher um procedimento diferente daquele prescrito obrigatoriamente no texto da lei. A procuradoria não tem dúvida que se o Estado chancelar tal comportamento estará estimulando o descumprimento dos procedimentos traçados no texto da lei”.

Assim, considero insubsistentes os argumentos do recorrente, por carecerem de provas e não trazerem nenhum amparo jurídico que viesse a provocar a revisão do Acórdão reconsiderando. Por isso, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **001197.0004/01-5**, lavrado contra **E B P COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$33.751,12**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70% sobre o valor de R\$7.837,50, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e 60% sobre o valor de R\$25.913,62, prevista no art. 42, II, “a” do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologam-se os valores efetivamente recolhidos.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ