

PROCESSO - A.I. Nº 232853.0005/02-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TOULON RECIFE COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
RECORRIDOS - TOULON RECIFE COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0115-03/03
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30.06.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0317-11/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. SIMBAHIA. 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. Foi reduzido o débito originalmente apontado, tendo em vista a condição de empresa de pequeno porte do autuado e a atribuição do crédito presumido de 8% previsto na legislação. Infração parcialmente caracterizada. Não acatados o pedido de diligência fiscal e as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos de Ofício processado pela 3ª JJF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea a, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00, e Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 0115-03/03 – lavrado em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, em exercício aberto.

Quanto à parcela em que sucumbiu a Fazenda Pública Estadual, a relatora da Decisão recorrida prolatou o seguinte voto:

“Por fim, saliento que a autuante, por determinação desta 3ª JJF e em atendimento ao disposto na Orientação Normativa nº 01/2002, já que o autuado está inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, deduziu os valores de crédito fiscal a que fazia jus o contribuinte no cálculo do valor do ICMS ora exigido, reduzindo o débito para R\$60.560,11, de acordo com os demonstrativos de fls. 113 a 122.

Não obstante isso, foi editada, posteriormente à solicitação de diligência, a Lei nº 8.534 publicada no DOE de 14 e 15/12/02, a qual alterou a redação do artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), da seguinte forma:

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

§ 1º Ocorrendo à hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

§ 2º Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher.

Pela análise dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que, na infração apontada neste lançamento, deve ser exigido o imposto à alíquota de 17% e deduzido o percentual de 8%, a título de crédito presumido, retroativo à época da ocorrência dos fatos geradores do tributo, em relação aos processos ainda em fase de tramitação, sempre que sua aplicação for mais benéfica para o contribuinte.

Na situação em lide, a base de cálculo do imposto é de R\$422.942,25 e o ICMS cobrado (17%), de R\$71.900,17. Aplicando-se o percentual de 8%, a título de crédito fiscal, apura-se o valor de R\$33.835,38 que, deduzido do débito original, perfaz o montante de R\$38.064,79 de imposto a ser exigido neste lançamento ($R\$71.900,17 - R\$33.835,38 = R\$38.064,79$)."

No seu Recurso, o recorrente, preliminarmente, suscitou a nulidade da Decisão recorrida, por ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, porque a JJF negou o pedido de diligência feita na defesa, sob os argumentos de que já se encontravam no PAF os elementos necessários para a Decisão e de que o autuado não fundamentou a necessidade do pleito, o que não é verdade, pois não só teria justificado o pedido de revisão, como apresentado quesitação, tudo consoante item 15 da defesa.

Ainda tratando de questões prejudiciais, reiterou o pleito de nulidade inserto no item 6 e seguintes da defesa, por que não teria conseguido entender a "fundamentação" da JJF para configurar a impossibilidade de se fazer a contagem por espécie, e não por gênero como foi feito no presente levantamento quantitativo.

Também reclamou a nulidade da ação fiscal, quanto à assinatura da declaração de estoques, por não haver provas no processo da habilitação do subscritor como representante legal da empresa e o fato de ter sido a mesma pessoa que assinou o Auto de Infração não a legítima.

No que diz respeito à apuração por gênero, afirmou que não é verdade que o próprio autuado, quando da contagem do estoque em aberto, o fez por gênero das mercadorias, pois, conforme documentos que instruíram a defesa, teria provado que trabalha, pelo menos, com duas referências distintas, notadamente separando as mercadorias por tipo de material com que as mesmas são confeccionadas, materiais que, seria evidente, determinariam as divergências de valores, a exemplo de: "calças jeans", "calças de veludo", "calças de algodão", sucessivamente.

Aduziu que, em razão da inteira coincidência entre a discriminação do livro Registro de Inventários, dos documentos fiscais de entradas e saídas e das etiquetas afincadas em toda e qualquer mercadoria (etiquetas estas desprezadas pela autuante e pela JJF), era possível a apuração por espécie, não havendo que se falar em apuração por gênero.

No mérito, ratificou todos os termos da sua defesa, solicitando e esperando que toda a matéria seja devolvida à segunda instância administrativa, impugnando a mensuração da base de cálculo, ou seja, do preço médio unitário, considerando que levada a efeito com base em método de apuração por gênero, totalmente irregular.

No que se refere à concessão do crédito de 8%, por tratar-se de EPP, firmou que este deveria alcançar, diante do princípio da não cumulatividade, que restou ofendido, todas as aquisições e estoques (inicial e final), do período, e não somente a mesma base de cálculo das presumidas, e não comprovadas, omissões, e que, além disso, se admitida a condição especial do contribuinte, o débito teria que ser apurado mediante a aplicação da alíquota que se impõe ao mesmo pelo citado regime de EPP (4,5%), ainda que com desprezo a qualquer crédito.

Mencionou o Acórdão CJF n.º 0066-11/03, em que, em situação similar, esta 1ª CJF teria adotado tal postura.

Concluiu renovando os pleitos de produção de “prova pericial”, mediante revisão por fiscal estranho ao feito, e de nulidade da Decisão ou de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A representante da PROFAZ, no seu pronunciamento, ao examinar a matéria remetida a esta Câmara, observou presente a mesma argumentação já constante na defesa anteriormente interposta, o que a levou a concordar integralmente com o julgamento realizado pela 3ª JJF, por não ver elementos que conduzam à necessidade de realização da diligência pretendida pelo autuado, nem tampouco à reformulação da Decisão recorrida.

Disse que o que fica efetivamente evidenciado é o intuito de retardar o julgamento da lide na esfera administrativa, o que denota o caráter procrastinatório do Recurso em análise, pois, em que pese o fato de o Recurso voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação deste Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, considero correto o entendimento da 1ª Instância ao deduzir o percentual de 8%, a título de crédito presumido, sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, conforme prevê o § 1º, do art. 19, da Lei n.º 7.357/98, em consonância com o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo à análise do Recurso Voluntário.

Inicialmente, indefiro o requerimento do recorrente para a produção de “prova pericial” (diligência ou perícia fiscal), porque os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da minha convicção e a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos (art. 147, I, “a”, e II, “a”, do RPAF vigente), conforme se verá a seguir.

Aprecio, agora, as nulidades suscitadas pelo recorrente.

A primeira delas se reporta à possível ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, porque a JJF negou o pedido de diligência feita na defesa, sob os argumentos de que já se

encontravam no PAF os elementos necessários para a Decisão e de que o autuado não fundamentou a necessidade do pleito, o que não teria sido verdade, pois não só teria justificado o pedido de revisão, como apresentado quesitação, tudo consoante item 15 da defesa, o que nulificaria a Decisão recorrida.

O que se vê na Decisão recorrida é que a JJF rebateu, mesmo que de forma não inteligível pelo recorrente (esta é a segunda nulidade suscitada), os quesitos do item 15 da defesa, conforme fragmento do voto da Relatora do PAF, que transcrevo:

“Segundo se observa na Declaração de Estoque:

- 1. foram relacionadas as mercadorias por gênero, o que não implica a nulidade do lançamento, considerando que, posteriormente, a autuante poderia ter verificado a impossibilidade de efetuar o levantamento de estoques por espécies de mercadorias. Nesse caso, a contagem física poderia simplesmente ser desprezada e efetuada nova contagem, o que não é o caso do presente processo;*
- 2. o fato de ter sido indicado “zero” para o item óculos, apenas significa que não foram encontradas unidades daquela mercadoria no momento da contagem física, não ocorrendo nenhuma irregularidade nessa atitude;*
- 3. foi assinada pela Sra. Cíntia Lemos, a mesma pessoa que assinou a Intimação Fiscal juntada à fl. 38, autorizada, portanto, a agir como representante do contribuinte junto à fiscalização;*
- 4. foi correto o procedimento fiscal, ao desprezar as etiquetas afixadas às mercadorias, haja vista que não são documentos válidos para o tipo de procedimento fiscal desenvolvido nesta autuação.*

Deixo de acatar, também, a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado de que o levantamento fiscal deveria ter sido efetuado por espécie de mercadorias, tendo em vista que o levantamento quantitativo de estoques foi realizado de acordo com as regras da Portaria nº 445/98.”

Em relação à possível nulidade do Auto de Infração, por não haver provas no processo da habilitação do subscritor da declaração de estoques como representante legal da empresa, e o fato de ter sido a mesma pessoa que assinou o Auto de Infração não o legitimaria como tal, vislumbro que esta foi assinada pela Sra. Cíntia Lemos, que se apresentou como proposto da empresa e acompanhou a contagem física realizada (esta constatação também foi apontada no julgamento recorrido), e o recorrente, em momento algum, logrou êxito em desqualificá-la, até porque o art. 3º, III, do RPAF/99, define como preposto a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado.

Também alegou o recorrente que o levantamento quantitativo seria realizável por “espécie” de mercadorias, o que impediria a sua apuração por gênero, como foi feito neste caso, pois o inventário, as notas de entradas e de saídas e as etiquetas afincadas em toda e qualquer mercadoria permitiriam executá-lo desta forma.

Ocorre que é impossível a realização do levantamento quantitativo na forma pretendida pelo recorrente, pois o estoque final, que é um dos pontos de partida do levantamento em questão, que consta na declaração de estoque elaborada e assinada conjuntamente por preposto do autuado, foi quantificado por gênero de mercadoria, e não há como se retroceder no tempo para contar novamente o estoque por espécie de mercadoria.

Assim, considerando que o agrupamento dos estoques por gênero foi feito, como já dito, com a anuência de proposto do autuado, e no levantamento quantitativo realizado com base nesta contagem foram apuradas vendas de mercadoria sem emissão da respectiva nota fiscal, implicando em falta de pagamento do tributo devido, não pode ele agora pleitear a anulação deste Auto de Infração, *ex vi* do § 2º, do art. 18, do RPAF/99, que reza que não se declarará à nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa.

Por estas razões, deixo de acolher as arguições de Nulidade da Decisão recorrida e do Auto de Infração, e passo a apreciação do mérito da autuação, propriamente dito.

O Auto de Infração em apreço trata da exigência de imposto apurado através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, realizado em exercício aberto.

Para o deslinde deste tipo de litígio, que não depende de interpretação jurídica, se faz necessário, apenas, a apreciação das provas carreadas aos autos.

Vê-se na Decisão recorrida que o Relator da JJF diligenciou o PAF a autuante que analisou cada mercadoria do levantamento fiscal em confronto com os argumentos e documentos anexados ao PAF pelo autuado, e ratificou os dados constantes no Auto de Infração.

Agora, em sede de Recurso Voluntário, o recorrente apenas protesta com razões preliminares de nulidade, já apreciadas no início deste voto, objetando somente quanto ao método utilizado – por gênero e não por espécie – em relação ao preço médio, calculado desta mesma forma.

Esta alegação sobre o preço médio também não prospera, pois o cálculo é feito levando-se em conta a média ponderada, ou seja, tende sempre para aquele preço em que houver maior movimentação de mercadoria, como preconiza o art. 60, II, do RICMS/97.

Ao discordar do valor do preço médio, lembro: que fora calculado em conformidade com a legislação, caberia a quem alega, no caso o recorrente, demonstrar qual seria este preço, na sua ótica, e não negá-lo, pura e simplesmente.

Concluo que, no presente caso, ficou demonstrada a ocorrência de vendas de mercadorias sem o competente documento fiscal, e o contribuinte não logrou êxito em descaracterizar o levantamento quantitativo fartamente comprovado nos autos.

Por fim, o seu pleito para que fosse estendida a concessão do crédito presumido de 8% a todas as aquisições e estoques (inicial e final), do período, e não somente a mesma base de cálculo das omissões, e que, além disso, se admitida a condição especial do contribuinte, o débito teria que ser apurado mediante a aplicação da alíquota que se impõe ao mesmo pelo citado regime de EPP (4,5%), ainda que com desprezo a qualquer crédito, não pode ser atendido.

Primeiro: o crédito presumido só poderá ser concedido sobre o valor das omissões, pois, em relação às mercadorias cujas saídas se deram com a emissão do respectivo documento fiscal, o débito fora calculado de acordo com as alíquotas próprias do SimBahia, o que impede a apropriação de qualquer crédito.

Segundo: a combinação dos art. 15, V, da Lei n.º 7.357/98, e 408-L, V, 408-S, e 915, III, do Regulamento do ICMS de 1997, desde a sua Alteração de nº 20 (Decreto nº 7867 de 01/11/00, DOE de 02/11/00), preconiza que, quando se constatar que o imposto não foi recolhido tempestivamente, em razão de quaisquer omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque, este será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento.

Então, fica claro que o benefício fiscal da redução da carga tributária somente se aplica àqueles contribuintes que agem com correção, sendo que, apurada a irregularidade através de levantamento quantitativo, que é o presente caso, o cálculo do imposto devido será efetuado nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Ainda, o Acórdão CJP n.º 0066-11/03 não ampara a pretensão do recorrente, pois se refere ao regime de apuração pela receita bruta concedido a restaurantes e similares, o que não é o seu caso.

Considerando o teor do art. 142, do RPAF/99, que reza que 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, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida, que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 232853.0005/02-6, lavrado contra **TOULON RECIFE COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.064,79**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

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