

PROCESSO - A.I. Nº 102104.0001/03-0
RECORRENTES - HD TELECOM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HD TELECOM LTDA.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0293-02/03
ORIGEM - INFAP IGUATEMI
INTERNET - 16.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0678-11/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tais diferenças indicam que o sujeito passivo, ao deixar de registrar as entradas, efetuou os seus pagamentos com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Comprovada parcialmente a origem dos recursos. Alteração dos valores apurados na Decisão de 1ª Instância. Modificada a Decisão recorrida. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Nas razões de recurso o contribuinte, inscrito no SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte (EPP), comprovou que os valores das mercadorias empregadas na prestação de serviços, com fornecimento de material, ingressaram na base do cálculo da receita bruta nos meses autuados. Exigência fiscal insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade quanto à segunda infração. Recursos **PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso de Ofício –fl. 61 dos autos – interposto na forma prevista no § 2º do art. 169 do RPAF/99, sob o fundamento da Decisão prolatada na 2ª Junta de Julgamento Fiscal com referência ao item 1, ter sido prolatada em desacordo com a prova dos autos, através do Acórdão nº 0293-02/03, submetendo a referida Decisão a um novo exame por uma das Câmaras deste CONSEF, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, em face da Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, onde o mesmo requer a reforma da Decisão quanto à infração 2.

O Auto de Infração, lavrado em 11/06/03, exige o ICMS no valor de R\$33.295,43, apontando o cometimento das seguintes infrações:

1. falta de recolhimento do imposto no valor de R\$22.145,75, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no período de 01/01/03 a 30/04/03, devido processo de baixa, decorrente de entradas de mercadorias sem documentação fiscal, com base na presunção legal de que os pagamentos de tais mercadorias, não contabilizados, foram efetuados com Recursos provenientes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, sem emissão de documentos fiscais e também não contabilizadas, conforme documentos às fls. 9 a 16 dos autos;

- 2. falta de recolhimento de imposto no valor de R\$7.017,68, por ter praticado operações de saídas tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, apuradas através das Notas Fiscais de nºs 121 a 127, com natureza de operação “Saída para utilização em serviços prestados”, na mesma seqüência e quantidades das mercadorias constantes do estoque de 31/12/02, consoante documentos às fls. 25 a 39 do PAF;
- 3. falta de recolhimento no prazo regulamentar, no valor de R\$4.132,00, na condição de EPP do SimBahia, inerente ao período de novembro/02 a fevereiro/03, conforme fls. 17 a 24 do PAF.

Na Decisão recorrida foi afastada a nulidade argüida pelo sujeito passivo, e no exame do mérito a primeira infração, referente a omissão de saída apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, foi considerada Procedente em Parte. Quanto a segunda infração entendeu-se correta a exigência fiscal, relativo às mercadorias que foram empregadas na prestação do serviço do autuado, e o relator considerou que os serviços não foram esclarecidos nos autos, mas, admitiu que mesmo assim o fornecimento de material pelo prestador de serviço, seria passível de incidência do ICMS, e que a exigência estava respaldada no art. 2º, inciso II da Lei nº 7014/96, e art. 2º, inciso VIII, “a” do RICMS/97, julgando Procedente o aludido item. E manteve a terceira infração alegando que relativamente à mesma, não foi impugnada pelo autuado.

O relator proferiu o seguinte voto:

“Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade da segunda infração, argüido pelo autuado, uma vez que na “Descrição dos Fatos”, à fl. 2 dos autos, encontram-se todas as informações necessárias ao entendimento da acusação fiscal. Assim, não ocorreu o alegado cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, observa-se que o autuado demonstra que no levantamento da autuante foi considerado a saída em duplicidade de 2.616 aparelhos celulares, relativos a Nota Fiscal de n.º 128, como também a saída de 16 aparelhos inerente a Nota Fiscal de n.º 170203, estranha à escrita do autuado, fatos estes reconhecidos pela própria autuante. Assim, após tais considerações, constata-se a seguinte situação:

ERRATA DA AUDITORIA DO ESTOQUE (fl. 15 do PAF)							
Produto	Est. Inicial	Entrada	Est. Final	Saídas Reais	Saídas C/N.F.	Omissão Entradas	Omissão Saídas
Telefone Celular	2.636	1.422	-	4.058	2.818		1.240

Contudo, verifica-se também que o contribuinte argüi que não foi considerada a saída de 1.259 celulares, constantes da Nota Fiscal de n.º 131 (fl. 49), relativa a remessa para conserto, do que discorda a autuante sob justificativa de que o retorno também não foi considerado no levantamento das entradas.

Sobre tal impasse, há de se ressaltar que todas as notas fiscais, com movimentação de mercadorias, devem ser consideradas na auditoria de estoque. Logo, deve-se relevar tal nota fiscal de remessa para conserto no levantamento de saída. Quanto a nota fiscal de retorno, não ficou provado nos autos a sua existência, mesmo porque ainda não havia esgotado o prazo legal previsto de 180 dias para o retorno das mercadorias remetidas para conserto.

Porém, por ficar evidenciado nos autos de que se trata de pedido de baixa da inscrição do contribuinte, tal deferimento deve ficar condicionado ao termo da aludida operação, cujo

imposto encontra-se com sua incidência suspensa sob condições. Assim, diante de tais considerações, observa-se a seguinte configuração para exigência do imposto:

ERRATA DA AUDITORIA DO ESTOQUE (fl. 15 do PAF)											
Produto	Est. Inicial	Entrada	Est. Final	Saídas Reais	Saídas C/N.F.	Omissão Entradas	Omissão Saídas	Preço Médio	Base de Cálculo		ICMS 17%
									Entradas	Saídas	
Tel. Celular	2.636	1.422	-	4.058	4.077	19		176,77	3.358,63		570,97

No entanto, por se tratar de contribuinte inscrito no SIMBAHIA deve-se conceder o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, correspondente ao valor de R\$268,69, nos termos do 19, §1º, da Lei n.º 7.357/98, alterada pela Lei n.º 8.354/02, o que resulta na exigência do ICMS no valor de R\$302,28. Assim, subsiste parcialmente esta exigência fiscal.

Relativo à segunda infração, apesar do autuado não ter entrado no mérito, observa-se através das Notas Fiscais de nºs 121 a 127, objeto desta exigência fiscal, constantes às fls. 33 a 39 dos autos, que as mesmas referem-se a “saída p/ utilização de serviços prestados” de diversas mercadorias, em quantidades e espécies, escrituradas no estoque final do exercício de 2002, a exemplo de: adaptador, antena, alto-falante, campanha, bateria, caneta, camiseta, relógio, etc. Assim, admitindo-se que tais mercadorias foram empregadas em prestação de serviço do autuado, cujo serviço não foi esclarecido nos autos, mesmo assim, tal fornecimento de material, pelo prestador de serviço, seria passível de incidência do ICMS, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 7.014/96 e do art. 2º, inciso VIII, “a”, do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97. Portanto, é correta a exigência do imposto no valor de R\$7.017,68, valor apurado após a concessão do crédito de 8% sobre o valor das saídas, conforme dispositivo supracitado e demonstrativo à fl. 7 dos autos.

No tocante à terceira infração, a mesma foi objeto de reconhecimento por parte do autuado, não compondo a lide.

Do exposto voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$11.451,96, após a redução do valor exigido na primeira infração.”

Inconformado com o julgamento, o sujeito passivo às fls. 70 a 74, interpôs Recurso Voluntário, onde se insurge apenas quanto a Decisão relativa à segunda infração que o acusa de falta de recolhimento de ICMS em decorrência de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Alega que ficou impossibilitado na defesa de se manifestar sobre a infração, porque a acusação fiscal não era clara, e que reclamou à época da defesa, que não estava esclarecido como foram apurados os valores, e por essa razão pediu nulidade da infração, por entender que teve cerceado o seu direito de defesa, mas, que as suas alegações não foram apreciadas pela Junta Julgadora.

Alega que depois identificou a infração, porque sendo uma empresa comercial e também prestadora de serviço, no momento da aquisição não tem como identificar se a mercadoria vai ser comercializada ou empregada na utilização do serviço. E, prossegue esclarecendo que mensalmente, para aquelas mercadorias destinadas à prestação dos serviços, emitia notas fiscais cujo código fiscal de operações era “saída para prestação de serviços”, conforme determina o Anexo 2 do RICMS-BA.

Argumenta, ainda, que a autuante identificando essas notas fiscais nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, presumiu, sem qualquer respaldo legal e sem demonstrar através de qualquer levantamento, que não tinham sido oferecidas à tributação as referidas operações.

Demonstra que referente ao mês de janeiro, se trata da Nota Fiscal nº 121, no valor de R\$17.527,20, e no mês de fevereiro, das Notas Fiscais nºs 122, 123, 124, 125, 126 e 127, que totalizam R\$60.446,93, e que as mesmas foram escrituradas no livro Registro de Saídas e no livro Registro de Apuração do ICMS. Faz juntada de cópia do demonstrativo de apuração dos referidos meses, e diz que foram inclusive visados pela fiscal autuante à época da autuação.

Afirma que se observar os documentos acostados às fls. 8 a 11 na sua peça recursal, se verifica que os valores das referidas notas fiscais fizeram parte do cálculo da receita oferecida à tributação, conforme documentos que também anexa (fls. 86 e 87).

Conclui a peça recursal, requerendo a Improcedência do item 2, e afirmando que os valores da base de cálculo compõem os mesmos valores da infração 3.

A representante da PGE/PROFIS, à fl. 90, solicitou diligência para que a ASTEC verificasse o acerto do procedimento fiscal, diante das alegações do autuado e da documentação que anexou ao Recurso Voluntário interposto.

A então relatora do processo indeferiu o Pedido de Diligência, justificando ter constatado que os documentos apresentados pelo autuado, foram lançados no cálculo da receita bruta oferecida à tributação, conforme fls. 86 e 87, nos meses de janeiro e fevereiro objeto da autuação, relativamente ao item 2, comprovando o que foi alegado pelo sujeito passivo.

Novamente a representante da PGE/PROFIS às fls. 93 e 94, após um breve resumo das peças constantes dos autos, em sua manifestação afirmou que entendia necessária a diligência porque as notas fiscais se referem a operações não tributadas, e que apesar de terem sido escrituradas não tinham sido oferecidas à tributação, pois estavam lançadas na coluna “outras”, no livro Registro de Apuração do ICMS.

Concluiu que diante da negativa da diligência, seu entendimento é que o recorrente não apresentou documentos que possam provar o que alega, ou que pudesse descaracterizar a Procedência da fundamentação legal em que se sustentou o autuante para apurar a infração, e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cumpre examinar o Recurso de Ofício, requerido pelo presidente do CONSEF, conforme dispõe o § 2º do art. 169 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, interposto à fl. 61 dos autos.

Verifico que no Julgamento efetuado na 1ª Instância, (2ª JJF), a Nota de Remessa nº 131, argüida na defesa pelo autuado, foi levada em conta no levantamento quantitativo, sob a justificativa de que:

“O contribuinte argüi que não foi considerada a saída de 1.259 celulares, constantes da Nota Fiscal de n.º 131 (fl. 49), relativa à remessa para conserto, do que discorda a autuante sob justificativa de que o retorno também não foi considerado no levantamento das entradas.

Sobre tal impasse, há de se ressaltar que todas as notas fiscais, com movimentação de mercadorias, devem ser consideradas na auditoria de estoque. Logo, deve-se relevar tal nota fiscal de remessa para conserto no levantamento de saída. Quanto a nota fiscal de retorno, não ficou provado nos autos a sua existência, mesmo porque ainda não havia esgotado o prazo legal previsto de 180 dias para o retorno das mercadorias remetidas para conserto.

Porém, por ficar evidenciado nos autos de que se trata de pedido de baixa da inscrição do contribuinte, tal deferimento deve ficar condicionado ao termo da aludida operação, cujo imposto encontra-se com sua incidência suspensa sob condições.”

Ocorre que se trata de fiscalização levada a efeito em estabelecimento que se encontrava em Processo de Baixa de Inscrição. Assim, não podia o relator da Decisão de 1ª Instância, considerar a nota de remessa, e condicionar o deferimento da baixa ao retorno da operação de saída de que trata a Nota Fiscal nº 131 acostada aos autos à fl.49 dos autos.

Ademais, a citada nota fiscal, foi emitida após o encerramento do mês de fevereiro/2003, e inclusive como se vê à fl. 83, a mesma não foi lançada no livro Registro de Saídas, onde a última Nota Fiscal a de número 130, o que só reforça o entendimento de que a Nota Fiscal nº 131, não deve ser considerada no levantamento. Portanto, a minha conclusão é de que a Junta de Julgamento Fiscal laborou em equívoco quando procedeu da forma acima descrita.

Considero que não deve ser computada como saída para o levantamento quantitativo, a nota fiscal acima referida, uma vez que o autuado não trouxe a prova do retorno da mercadoria, e, entre a data da emissão – 28.02.03 - até a data do julgamento de 1ª Instância - 05-08-03 - já terem transcorrido quase 180 dias, pois se tratando de remessa para conserto goza da suspensão, conforme dispõe o art. 627 e seu § 3º do RICMS/97, tendo o contribuinte a oportunidade de trazer aos autos a prova material do retorno das mercadorias em conserto, inclusive diante de o autuado estar encerrando suas atividades, em razão da solicitação de baixa de inscrição.

Deste modo, deve ser feito o Demonstrativo de Estoque, tomando por base a planilha de fl. 15 dos autos, e levando em conta que o autuado demonstra que no levantamento da autuante foi considerado a saída em duplicidade de 2.616 aparelhos celulares, relativos a Nota Fiscal de nº 128, como também a saída de 16 aparelhos inerente à Nota Fiscal de nº 170203, estranha a escrita do autuado, fatos estes reconhecidos pela própria autuante, passando a ter a seguinte configuração, onde se demonstrará a base de cálculo para a exigência do imposto remanescente.

Produto	Est. Inicial	Entrada	Est. Final	Saídas Reais	Saídas C/ N.F.	Omissão Entradas	Omissão Saídas	Preço unit. Médio	Valor da Omissão Saídas	ICMS 17%
Telefone Celular	2.636	1.422	-0- -	4.058	2.818		1.240	176,77	219.194,80	37.263,11

Porém, em razão de se tratar de contribuinte inscrito no SimBahia, respaldado no § 1º do art. 19, da Lei nº 7357/98, acrescentado pela Lei nº 8534/02, deve ser concedido o crédito fiscal de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, correspondente a R\$17.535,58, resultando no débito de imposto no valor de R\$19.727,53 (37.263,11 – 17.535,58).

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida.

Quanto ao Recurso Voluntário, com a devida *venia*, discordo do opinativo da PGE/PROFIS, pois analisando os argumentos aduzidos pelo recorrente, e examinando os elementos acostados nas razões de Recurso Voluntário, entendo que o mesmo logra elidir a acusação relativa a segunda infração.

Acrescento ainda, que se tratando de contribuinte inscrito como Empresa de Pequeno Porte, não poderia a autuante ter efetuado o cálculo com procedeu à fl. 7 dos autos.

Verifico que a autuante quando elaborou o demonstrativo do débito à fl. 8, e apurou os valores do ICMS a recolher, em que exigiu na terceira infração, indicou na receita bruta do mês de janeiro

e fevereiro os valores que o recorrente demonstra na peça recursal, terem sido oferecidos à tributação, relativamente à Nota Fiscal nº 121 no mês de janeiro, e as Notas Fiscais nºs 122, 123, 124, 125, 126 e 127 no mês de fevereiro, nos valores de R\$ 17.575,20 e R\$60.446,93.respectivamente.

Assim, restou comprovado que os valores referentes às citadas notas fiscais, embora tenham sido emitidas com o CFOP –5.99, e lançadas no livro Registro de Saídas na coluna “Outras”, conforme cópias às fls. 82 e 83 dos autos, foram incluídas pelo recorrente no cálculo da receita bruta oferecida à tributação, como pode ser constatado nos demonstrativos de fls. 86 e 87 dos autos.

Neste sentido, tem razão o recorrente quando alega que a infração em comento não subsiste, porque a base de cálculo está composta dos mesmos valores que já foram exigidos na terceira infração.

Diante do acima exposto, deve ser modificada a Decisão recorrida, pois restou sobejamente provada a Improcedência da segunda infração, devendo ser excluídas as parcelas de R\$1.577,45 e R\$5.440,23, indicadas no demonstrativo de fl. 7, relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 2003. Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102104.0001/03-0**, lavrado contra **HD TELECOM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.859,53**, acrescido das multas de 50% sobre R\$4.132,00 e 70% sobre R\$19.727,53, previstas, respectivamente, no art. 42, I, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SLYVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS