

PROCESSO	- A.I. Nº 279696.0006/03-6
RECORRENTES	- COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO SALES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO SALES LTDA.
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4 <sup>a</sup> JJF N 0363-04/03
ORIGEM	- INFRAZ VALença
INTERNET	- 18.12.03

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0690-11/03

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS 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. Efetuada adequação do cálculo do imposto às normas introduzidas pela Lei n.º 8534/02, pertinentes ao crédito fiscal concedido aos contribuintes inscritos no SIMBAHIA. Infração parcialmente comprovada. Indeferido o pedido de diligência e rejeitada a preliminar de nulidade. As razões arguidas no Recurso Voluntário foram às mesmas já apreciadas no julgamento de 1<sup>a</sup> Instância. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, irresignado com o julgamento de 1<sup>a</sup> Instância, que através do Acórdão n.º 0363-04/03, considerou Procedente em Parte o Auto de Infração acima indicado, e de Recurso de Ofício interposto na própria Decisão, em razão de ter sido desonerado parte do débito imputado ao sujeito passivo, consoante determina o inciso VI do art. 23 do Regimento Interno do CONSEF (Decreto n.º 7592/99) e a legislação interna (art. 169, I, “a” do RPAF/99).

A acusação fiscal imputa ao contribuinte ICMS no valor de R\$164.597,10, em razão da falta de recolhimento, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sua respectiva escrituração, em que se constatou entradas de mercadorias sem notas fiscais em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

A Decisão recorrida - fls. 163 a 166 - foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, onde o relator afastou fundamentadamente, a nulidade suscitada pelo autuado, e indeferiu o pedido de diligência respaldando-se no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, acolheu o questionamento da defesa quanto ao crédito fiscal concedido com base na Instrução Normativa n.º 01/2002, e considerou que deveria por ser mais benéfico para o autuado, aplicar o disposto no § 1º do art. 19 da Lei n.º 7357/98, acrescentado pela Lei n.º 8534/02, que determina a concessão do crédito fiscal de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, e refez o cálculo,

reduzindo o valor do débito indicado na peça acusatória, tendo o voto apresentado a seguinte fundamentação que ora transcrevo, *in verbis*:

*“O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver omitido saída de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado (2001).*

*Para instruir a ação fiscal, foram anexados aos autos pelo autuante às fls. 25 a 112, além de outros documentos, os levantamentos dos estoques iniciais inventariados em 01/01/2001, o demonstrativo das omissões, os levantamentos das entradas e saídas do exercício de 2001, do cálculo do preço médio e dos créditos fiscais a que o autuado faz jus, por ser inscrito no SimBahia, como empresa de pequeno porte.*

*Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de que não foi intimado para apresentar livros e documentos, bem como de que não foi lavrado pelo autuante o Termo de Início de Fiscalização. É que tais termos encontram-se anexos aos autos às fls. 21 e 23, respectivamente, não procedendo, portanto, o argumento defensivo.*

*Com referência ao pedido de diligência formulado pelo autuado, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos pelo autuante são suficientes para decidir acerca da presente lide.*

*Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, observei que o autuado em sua defesa só questionou o preço médio aplicado pelo autuante em algumas das mercadorias e o valor do crédito fiscal concedido, com base na Orientação Normativa n.º 01/2002.*

*Em relação à primeira alegação, considero sem nenhum fundamento, pois o autuante em sua informação fiscal afirmou que, por não ter havido saída através de nota fiscal no exercício fiscalizado de nada menos que 202 itens de mercadorias, não teve outra opção, senão a de aplicar às diferenças encontradas o valor consignado no livro Registro de Inventário, que é o preço de custo, ao invés do de venda, procedimento que favoreceu ao contribuinte. Desse modo, não acato o argumento defensivo, já que o foi o próprio autuado quem deu causa para que o autuante assim procedesse.*

*Quanto à segunda alegação, ou seja, em que discorda do crédito fiscal concedido pelo autuante no valor de R\$19.887,52, com base na Orientação Normativa n.º 01/2002, entendo que deva ser objeto de retificação. Como justificativa, esclareço que, com a edição da Lei n.º 8534/02, foi acrescentado o § 1º, ao art. 19, da Lei n.º 7357/98, o qual prevê a concessão de crédito fiscal no percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.*

*Aplicando-se o dispositivo retromencionado à presente autuação, o valor do crédito fiscal corresponde a R\$86.968,96(8% de R\$1.087.112,02), valor que é superior ao que foi concedido pelo autuante no importe de R\$19.887,52.*

*Por ser mais favorável ao contribuinte, entendo que deva ser aplicado o disposto na lei acima citada, o que implica num ICMS remanescente de R\$97.840,08(R\$184.809,04-R\$86.968,96).*

*Com base na explanação acima, considero parcialmente caracterizada a infração, já que as diferenças nas quantidades de saídas, apurada mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias em exercício fechado, se constitui em comprovação da realização de operações sem a emissão de notas fiscais, de uso obrigatório para documentá-las, implicando, com tal procedimento, na falta de recolhimento do imposto.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$97.840,08.*

Inconformado com o julgamento de 1<sup>a</sup> Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário – fls. 176 a 185 - onde alega que o Acórdão deve ser reformado, porque alegou na defesa que o autuante não compareceu na empresa para intimá-lo, nem arrecadou os livros, e não consta Termo de Início de Fiscalização.

Alega que o autuante não observou o inciso I do art. 5º da Portaria n.º 445/98, que dispõe sobre levantamento quantitativo, e elaborou levantamento do preço médio somente de 62 espécies de mercadorias, e elaborou uma lista das mercadorias, num total de 202, que não tiveram os preços médios apurados (fls.179 a 183).

Argumentou ainda que a Instrução Normativa nº 01/2002, prevê no inciso II do artigo 1º, a necessidade de elaboração do preço médio, e no inciso VI, a apuração dos créditos dedutíveis do valor do débito.

Reiterou todos os argumentos da defesa, e assevera que a exigência fiscal estaria fora dos padrões legais, por não existir Termo de Início de Fiscalização, cálculo do preço médio de 202 itens e o crédito dedutível do valor do débito apurado, suscitando a nulidade do Auto de Infração.

Concluiu a peça recursal requerendo diligência por fiscal estranho ao feito para apurar “*in loco*”, à vista dos documentos, o correto levantamento do preço médio e o crédito fiscal devido, e pede que julgue pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, exarou Parecer às fls. 190 e 191, manifestando-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois considera que os argumentos do recorrente foram os mesmos apresentados anteriormente, e não trazem prova das suas alegações, e conclui que as razões já foram sobejamente analisadas na 1<sup>a</sup> Instância, opinando para que seja mantida a Decisão recorrida.

## VOTO

Analisando, inicialmente o pedido de diligência formulado pelo recorrente, devo salientar que os argumentos quanto ao preço médio e ao crédito fiscal dedutível do valor do débito apurado, considero que tendo o autuante utilizado o preço do inventário diante da falta de emissão de nota fiscal daquelas mercadorias listadas pelo recorrente, está em conformidade com a legislação, uma vez que o art. 60, inciso II, alínea “a”, item 2 do RICMS/97, determina que inexistindo comercialização da mercadoria no período fiscalizado, se adote o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado, acrescido da margem de valor adicionado constante do anexo 88, na hipótese de ser enquadrado no regime de substituição tributária ou do anexo 89, nos demais casos.

Logo, não assiste razão ao recorrente quando alega que a determinação do preço ocorreu fora dos padrões legais, e que teria havido incorreta apuração do preço médio.

Ressalte-se que, para os itens que tiveram saída com nota fiscal o preço médio foi calculado com base no mesmo artigo citado, ou seja o art. 60, inciso II, “a” item 1, que determina que seja calculado o preço médio tomando por base o das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria tiver sido comercializada no período fiscalizado.

Deste modo, com respaldo no art. 147 do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência, pois os elementos constantes dos autos, são suficientes para formar o meu posicionamento acerca da validade do procedimento adotado pela fiscalização no que tange à determinação do preço unitário médio, utilizado no levantamento quantitativo objeto da lide em exame.

Passo ao exame do Recurso de Ofício, quanto à parte sucumbente no julgamento de 1<sup>a</sup> Instância, e entendo que a Decisão não merece reparo, pois agiu com acerto ao proceder a retificação do cálculo do valor do débito imputado ao sujeito passivo, tomando por base o que determina a Lei n.º 8534/02, que acrescentou o § 1º ao art. 19 da Lei n.º 7357/98, para que se conceda o crédito de 8%

sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, que é mais favorável ao contribuinte, modificando o valor encontrado pelo autuante que adotou o cálculo previsto na Instrução Normativa nº 01/2002.

Assim, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida e homologá-la.

Quanto ao Recurso Voluntário, concordo com a manifestação da representante da PGE/PROFIS, que de fato o recorrente não traz qualquer elemento que possa modificar o julgamento de 1ª Instância, uma vez que traz os mesmos argumentos da peça defensiva, e que já foram analisados pela Junta de Julgamento Fiscal.

Ocorre que em se tratando de contribuinte inscrito no SimBahia, conforme preceitua o art. 19 da Lei n.º 7357/98, quando for constatada a prática de infrações tipificadas no art. 42, inciso III da Lei n.º 7014/96, o imposto deverá ser exigido com base no regime normal de apuração. E, assim, como a irregularidade cometida pelo recorrente, no caso, omissão de saídas apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, se constitui em uma das hipóteses previstas no citado dispositivo, onde o imposto foi calculado com a alíquota de 17%, e o autuante considerou os créditos fiscais na forma prevista na Orientação Normativa n.º 01/2002. Todavia, diante da Lei n.º 8534/02, ter incluído o § 1º ao art. 19 da Lei n.º 7357/98, entendo que foi correto o procedimento do julgador da Junta de Julgamento Fiscal em calcular os créditos em 8%, sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto e reduzido o valor do débito.

Logo, não assiste razão ao recorrente quanto às alegações acerca do preço unitário médio, já combatidas ao fundamentar o indeferimento da diligência, no início deste voto, que entendo desnecessário repetir.

Quanto ao crédito fiscal em que alega que se todas as mercadorias tivessem recebido crédito de 7% (sete por cento) importaria num crédito de R\$68.118,65, e que os créditos apurados estariam fora dos padrões, melhor sorte não encontra o recorrente, uma vez que foi beneficiado com a adoção da Lei n.º 8534/02, que determina o percentual de 8%, em substituição a quaisquer outros créditos, como foi considerado no julgamento recorrido.

Por todo o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo integralmente a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279696.0006/03-6, lavrado contra COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO SALES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$97.840,08, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVERIA MARTINS -RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS