

PROCESSO - A.I. Nº 269357.0012/35-9
RECORRENTE - ANA ARACELI BRITO ALVES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0369-04/03
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 18.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0709-11/03

EMENTA: ICMS. 1. 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. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações tributárias acessórias. Multas de, respectivamente, 1% e 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Efetuadas correções no cálculo das multas. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a solicitação de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS no valor de R\$ 31.025,08, e impõe multas, no total de R\$ 89.060,28, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 11.146,74, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2001, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2000 e 2001. Foi exigida multa no valor de R\$ 6.908,78.
3. Deu entrada no estabelecimento a mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2000 e 2001. Foi cobrada a multa de R\$ 82.151,50.
4. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 19.878,34, constatado pela apuração de diferenças tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Valores apurados

mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2000.

Sustenta a Decisão da 4ª JJF, ora recorrida que:

- inicialmente afasta a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois a apuração das bases de cálculo foi efetuada de acordo com a legislação tributária estadual, e a falta que existia no cálculo dos preços unitários médios foi sanada mediante diligência efetuada pela ASTEC, sendo entregue cópia dos demonstrativos ao recorrente e reaberto prazo de defesa;
- indefere a solicitação de diligência feito pelo recorrente, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores. Entretanto, foi realizada pela ASTEC a diligência que era necessária;
- em relação à infração 1 o levantamento quantitativo de estoque comprova a ocorrência, no exercício de 2001, de omissão de saída de biscoitos, mercadoria que no exercício em questão estava enquadrada no regime de substituição tributária e, portanto, já se encontrava com a fase de tributação encerrada. Nessa situação, de acordo com o art. 5º, III, da Portaria nº 445/98, não deve ser exigido o imposto, sendo cabível apenas a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.
- as entradas de arroz devem ser incluídas no levantamento quantitativo, apesar desse fato implicar aumento da omissão de saídas. Ressalta que o preposto da ASTEC no demonstrativo de fls. 662, tributou o arroz com alíquota de 17%, quando o correto seria de 7%, conforme art. 51, I, “a”, do RICMS-BA/97;
- as infrações 1 e 4 não exigem imposto em duplicidade, pois os levantamentos quantitativos de estoques são referentes a exercícios distintos (2001 e 2000). Além disso, a multa de 70% indicada na infração em tela está correta e não merece nenhum reparo;
- quanto à diferença entre os valores da base de cálculo constante no demonstrativo de fls. 117 e no demonstrativo de débito, esse fato foi decorrente de equívoco no transporte de valores, porém a falha foi reconhecida e corrigida na informação fiscal;
- não acata a alegação do recorrente de que não foi observado o disposto no artigo 60, II, “a” do RICMS-BA/97, pois a apuração da base de cálculo do imposto foi feita de acordo com o previsto na legislação tributária estadual.
- em relação à infração 2, não acata a alegação defensiva de que os valores omitidos nas infrações 1 e 4 foram utilizados nas aquisições arroladas na infração em tela, pois não restou comprovada tal alegação. Do mesmo modo, não acolhe a alegação de que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória é absorvida pela penalidade decorrente do descumprimento da obrigação principal, pois, como bem frisou o recorrente, uma não é decorrência da outra, conforme prescreve o art. 915, § 5º, do RICMS-BA/97.
- no que tange às Notas Fiscais nºs 93702 e 9521, lançadas em duplicidade, assiste razão ao recorrente, sendo este fato reconhecido e corrigido pelo autuante. Dessa forma a infração fica parcialmente caracterizada.
- relativamente à infração 3, do mesmo modo como já firmado na infração anterior, a presente exigência não está contida nas infrações 1 e 4, e a multa pelo descumprimento da obrigação principal não absorve a pena pelo descumprimento da obrigação acessória. Em razão da duplicidade de algumas notas fiscais o débito originalmente apurado pelo recorrente foi reduzido, conforme demonstrativo constante à fl. 682;

- em relação à infração 4, no exercício fiscalizado (2000) a mercadoria “biscoitos” ainda não estava incluída no regime de substituição tributária, portanto, foi correto o procedimento do autuante ao exigir imposto sobre a omissão de saída dessa mercadoria;
- o fato do recorrente não manter escrituração contábil não possui o condão de elidir a infração, a qual foi apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque;
- em relação ao cálculo dos preços unitários médios, os mesmos foram apurados após diligência de acordo com os demonstrativos à fl. 656. Todavia, essa correção aumenta o débito tributário, conforme demonstrativo à fl. 657.
- relativamente à alíquota de 17%, foi correto o procedimento do autuante, pois nesta infração está sendo exigido ICMS referente às operações de saídas de mercadorias anteriormente realizadas sem o pagamento do imposto, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem o pagamento do imposto (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96).
- o disposto no art. 100, § 2º, I e II, do RICMS-BA/97, não se aplica ao caso em tela, pois tal dispositivo versa sobre estorno de crédito fiscal, matéria estranha a que se encontra em apreciação.
- as Notas Fiscais nºs 824, 203992 e 227065 não devem ser retiradas do levantamento quantitativo, e sim, da infração 3, para que não haja agravamento do imposto exigido no levantamento. Assim, desconsidera o demonstrativo de fl. 658 e adota como válido o de fl. 657, onde não foram excluídos os citados documentos.
- após as correções acima, o levantamento quantitativo referente ao exercício de 2000 passou a apresentar diferenças de entradas e de saídas, com bases de cálculo nos valores de, respectivamente, R\$ 117.138,72 e R\$ 64.592,30. Nessa situação, de acordo com o artigo 13, II, “a”, da Portaria nº 445/98, deve ser exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, isto é, sobre a de entrada, com base na presunção legal já citada acima. Dessa forma, é devido o imposto no valor de R\$19.913,58, conforme demonstrado a fl. 657. Todavia, ante a impossibilidade legal de majorar a infração, considera a mesma caracterizada no valor original de R\$ 19.878,34.
- nos termos do art. 156 do RPAF/99, representa à autoridade competente para que providencie a lavratura de Auto de Infração complementar visando exigir os seguintes débitos não alcançados pela presente autuação:
 - a) infração 1: o valor excedente de R\$171,77 = (R\$ 11.318,51 – R\$ 11.146,74) mais a multa prevista no artigo 42, XXII, da Lei nº 7014/96;
 - b) infração 4: o valor excedente de R\$35,24 (R\$ 19.913,58 – R\$ 19.878,34).

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário alegando:

- os mesmos argumentos constantes na Impugnação de que não subsiste a exigência 3, uma vez que esta está compreendida nas exigências 1 e 4;
- não dispõe de escrita contábil, portanto, não pode ter o levantamento quantitativo apurado saídas e entradas de mercadorias sem registro na escrita contábil;
- que foi duplamente penalizado, já que as infrações 1, 3 e 4 decorrem do mesmo motivo;

- que a omissão de entrada não é fato gerador do ICMS;
- que o procedimento utilizado pelo fiscal, corroborado pela Decisão, ora recorrida, fere o art. 60, II, § 1º, do RICMS/BA, o CTN e a CF/88;
- que a prova do acima exposto reside no demonstrativo de entradas de mercadorias, elaborado pelo autuante, anexo ao Auto de Infração;
- com referência ao item biscoito, além de incluir indevidamente no quantitativo (mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária), já excluído do quantitativo, foi aplicado 10% de penalidade acessória (quando a falta de registro ensejaria 1%, porque não sujeita a tributação);

Conclui requerendo que o procedimento fiscal seja refeito para que se exclua a exigência 3 (exercícios 2000 e 2001) do Auto de Infração.

Remetidos os autos para a PGE/PROFIS para análise e Parecer, esta, sustenta serem insuficientes os argumentos oferecidos pelo recorrente para proporcionar a modificação do julgamento.

Em razão disso, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos verifico que o recorrente insiste na argumentação constante em sua Impugnação de que não subsiste a infração 3, já que se encontra contemplada nas exigências 1 e 4.

Tal entendimento, entretanto, não procede, uma vez que, como demonstrou exaustivamente a Decisão recorrida, a infração 3 não está contida nas infrações 1 e 4 do presente PAF.

Ante o exposto, por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, 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 269357.0012/35-9, lavrado contra **ANA ARACELI BRITO ALVES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.025,08**, sendo R\$19.878,34, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$11.146,74, acrescido da multa de 70%, prevista no art. III, da citada lei, e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$83.450,88**, sendo R\$10.525,21, atualizado monetariamente, e R\$72.925,67, com seus respectivos acréscimos legais, previstas no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

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