

A. I. Nº - 279127.0051/02-2
AUTUADO - COLEZZIONE COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - KÁTIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 21.05.03

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-04/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Não acatada as preliminares de nulidades. Efetuada a adequação da autuação as normas do § 1º, do art. 19, da Lei nº 7.357/98, com a nova redação dada pela Lei nº 8.534/02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/05/2002, exige ICMS no valor de R\$38.852,76, acrescido da multa de 70%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 96 a 100, preliminarmente argüindo a nulidade do Auto de Infração em tela, resultante da falta de certeza e liquidez da base de cálculo, dificultando, o amplo direito de defesa do autuado, infringindo o art. 18, inciso IV, do RPAF.

Diz que a autuante, ao apurar a base de cálculo, não atendeu as exigências do art. 60, RICMS/97, na medida que não esclareceu como chegou ao preço das mercadorias auditadas, já que as mesmas, apesar de espécies diversas e preços variados, foram englobadas por gênero, sem haver separação.

Aduz que não se pode olvidar que o procedimento utilizado pela fiscalização para apurar a base de cálculo, em verdade, ao invés de tomar por base o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria tomou por base o “gênero”, descaracterizando, com isso, o próprio método de apuração indicado e a própria autuação.

Ressalta que a escrita fiscal do autuado (LRI, Notas Fiscais de Entradas e Saídas), conforme demonstrativos e documentos, feitos por amostragem, em anexo, permitem a apuração por espécie, como mandam a lei, o RICMS e os atos normativos que regulam, especialmente a IN nº 310/90.

Acrescenta que a autuada possui um controle exato, fácil e claro de suas mercadorias, o que impossibilita ao fisco, sem elementos contrários, a aplicação da prerrogativa da Portaria nº 445/98, de agrupar várias espécies de um mesmo gênero. Mesmo havendo eventuais falhas por parte do

autuado (o que não é impossível acontecer, devido ao material humano ser um dos elementos do seu sistema de controle), a fiscalização por espécie não ficaria prejudicada. Uma eventual dificuldade em se identificar determinada mercadoria, inserida em determinada NF, simplesmente ensejaria a exclusão daquele registro duvidoso do levantamento, pelo que o autuado arcaria com o ônus.

Assegura que o CONSEF e a PROFAZ compartilham dessa posição e transcreve parte da Resolução nº 0782/96 e dos Acórdãos JJF nº 0068/99 e JJF nº 0182-01/02.

No mérito, argumenta que a par de toda a insegurança com que foi procedida a lavratura do Auto de Infração, com absoluta desconsideração de elementos indispensáveis, tais como as espécie de mercadorias, as devoluções de vendas, as transferências, as notas fiscais de saída, ainda que não sejam consideras razões suficientes para a imediata declaração de nulidade do ato, justificam, de certo, que fiscal estranho ao feito proceda a revisão fiscal.

Sustenta que se vê com o seu direito de defesa cerceado, estando impedido, até, de analisar os números levantados, elementos que, por cautela, ficam expressa e inteiramente impugnados.

Ao final, pede que o lançamento seja julgado nulo ou improcedente.

Na informação fiscal, fl. 183, a auditora autuante argumenta que a defesa ratifica o procedimento utilizado na ação fiscal, pois não alega nada de novo, sem apensar ao PAF nenhum documento que questione o trabalho desenvolvido.

Cita que a referida empresa Colezzione, é “herdeira” da Tamba Calçados, onde, além de sucedê-la no mesmo local e ramo, absorveu também todo o estoque irregular de sua antecessora, originando a grande diferença de estoque encontrada.

Sustenta que as omissões de saídas de mercadorias subsistem, quer apuradas “por espécie” quer apuradas por “gênero”. Acrescenta que a opção do estoque por gêneros de mercadorias foi do próprio contribuinte, pois se a escrituração do autuado permitisse a contagem do estoque por código, ou item, mesmo assim a omissão apurada persistiria.

Ao finalizar ratifica todo procedimento fiscal adotado, requerendo pela procedência total do Auto de Infração.

O CONSEF enviou o PAF a INFRAZ Iguatemi para que fosse procedida revisão do trabalho fiscal, adotando-se os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01 de 2002, do Comitê Tributário (fl. 191).

A auditora autuante foi designada para cumprir o solicitado, apresentando novos demonstrativos com os créditos por produto, fls. 193 a 197.

O autuado foi intimado para a se manifestar sobre a Informação Fiscal, no prazo de 30 (trinta) dias, tendo na oportunidade, fls. 202 a 203, destacado que reiterava todos os termos de sua defesa, especialmente a preliminar de nulidade, fundada em decisões desse Colegiado em casos semelhantes. Quanto ao mérito, renovou as alegações nos itens 19 a 21 da defesa, observando, contudo, que, diante do princípio constitucional da não cumulatividade, no mínimo, a alíquota preponderante (7%) haveria que ser aplicada sobre a mesma base de cálculo das saídas ditas como omitidas, gerando R\$15.998,19 de crédito. Ao finalizar, reitera o pedido de diligência e que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de Auditoria de Estoque.

Em relação as preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que o levantamento de estoque e a apuração da base de cálculo poderiam ser realizados por espécie de mercadoria e não por gênero, e que houve cerceamento do direito de defesa, entendo que não podem prosperar pelos motivos que passo a analisar.

1. O procedimento de realizar a Auditoria de Estoque (Levantamento Quantitativo) é disciplinado pela Portaria nº 445/98, norma tributária que vem respaldando as decisões deste Conselho de Fazenda através de suas Juntas e Câmaras, inclusive a Câmara Superior, não existindo, portanto, questionamento em relação à referida fonte de Direito Tributário Estadual.
2. No artigo 3º, III, da citada Portaria, determina que nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins.
3. Em sua peça defensiva o próprio autuado reconhece que é possível acontecer eventuais falhas em seus controles relativos a emissão dos documentos fiscais e escrituração, “devido ao material humano ser um dos elementos do seu sistema de controle”.
4. Assim, diante da impossibilidade de realizar os levantamento por espécie, motivado por falhas do contribuinte na emissão de documentos fiscais, conforme comprovado às folhas 28 (N.F. de Entrada nº 1909) e 44 (N.F. de Saída nº 1112), bem como da observação consignada na declaração de estoque por parte da autuante e assinada pelo representante do autuado, fl.10, a auditora autuante foi compelida a realizar o levantamento quantitativo por gênero, para verificar as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, no período a ser homologado, conforme norma expressa no art. 3º, III, da Portaria nº 445/98.
5. A base de cálculo - com referência ao preço médio, conforme já abordado acima, ante a impossibilidade de se efetuar o levantamento quantitativo por espécie, a autuante realizou a auditoria de estoque por gênero de mercadoria, tendo aplicado a regra prevista no art. 60, II, “a”, do RICMS/97, para determinar a base de cálculo das saídas omitidas, conforme demonstrativo à fl. 21.
6. Direito de defesa cerceado - através dos demonstrativos anexados ao Auto de Infração, o contribuinte poderia perfeitamente exercer seu amplo direito de defesa, confrontando as quantidades e os dados dos inventários, notas fiscais de entradas e de saídas, com os respectivos itens objeto da Auditoria de Estoque, porém, preferiu exercer seu direito de defesa sem apresentar levantamentos e demonstrativos.

Assim, afasto o pedido de nulidade por não observar qualquer erro ou vício que possa decretar a mesma, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

No mérito, em relação ao pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, indefiro o mesmo, por entender que os elementos acostados aos autos pela autuante são suficientes para a formação de minha convicção no sentido de decidir acerca da presente lide. Ademais, observei que o autuado

limitou-se a impugnar o levantamento de uma forma geral, sem comprovar qualquer erro ou falha nas quantidades ou valores apurados.

Ressalto que o contribuinte não se manifestou a respeito das quantidades e preços dos itens de mercadorias constantes do levantamento, não apontou qualquer erro ou falha de forma específica, não tendo indicado por exemplo, alguma nota fiscal não considerada ou considerada de forma incorreta. Também não apontou qualquer erro em relação às quantidades consideradas nos estoques iniciais e finais, mesmo tendo recebido cópias dos demonstrativos constantes do Auto de Infração, embora, por duas vezes, tenha tido oportunidade para fazê-lo.

Logo entendo que ficaram caracterizadas as infrações constantes nos levantamentos fiscais.

Entretanto, com a edição da Lei nº 8.534/2002, publicada no D.O.E. de 14 e 15/12/2002, foram alterados e acrescentados dispositivos à legislação tributária estadual, pertinentes ao SIMBAHIA. Dentre eles, foi incluído o § 1º, ao art. 19, da Lei nº 7.357/98, que prevê a hipótese de utilização como crédito fiscal para o cálculo do imposto a recolher, de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais. Como na data da presente autuação, inexistia previsão legal na legislação, não foi concedido pela autuante o referido crédito fiscal, o que foi ocorrer quando da diligência do CONSEF, porém com base na Instrução Normativa 01/02, gerando um crédito inferior ao previsto na citada Lei, razão pela qual entendo que deva ser aplicada a retroatividade benéfica da mesma. Desse modo, o valor do imposto devido, fica reduzido para R\$20.569,10 em razão da concessão do crédito fiscal no percentual de 8% sobre o valor das omissões de saídas, equivalente a R\$18.283,65 (8% de R\$228.545,69).

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$20.569,10.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0051/02-2, lavrado contra **COLEZZIONE COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.569,10**, acrescido da multa 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR