

PROCESSO - A.I. Nº 299167.0017/00-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FIX ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 20/07/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-11/04

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta nos termos do art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81, COTEB, alterada pelas Leis nºs 7.438/99 e 8.534/02, no exercício do controle de legalidade, para que seja reduzido o valor do imposto apurado na ação fiscal. Inexistência de ilegalidade flagrante. Representação NÃO ACOLHIDA. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pelo Chefe da PGE/PROFIS, com base no art. 119, II do COTEB (Lei nº 3956/81), e alterações posteriores, para que uma das Câmaras do CONSEF, face ao Controle da Legalidade, exercido por aquele órgão, aprecie a referida representação, respaldada no Parecer de sua Assessoria, fls. 947 e 948, relativo ao Auto de Infração acima epigrafado.

A acusação fiscal do presente Auto de Infração apontou as seguintes irregularidades.

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis no exercício de 1998, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, conforme demonstrativo à fl. 33, pelo que está sendo exigido ICMS no valor de R\$18.646,68. Conforme tal demonstrativo, houve omissão de entradas de mercadorias, fato que, por presunção legal, implicou em omissões anteriores de saídas de mercadorias tributáveis.
- 2- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis no exercício de 1999, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, conforme demonstrativo à fl. 38, pelo que está sendo exigido ICMS no valor de R\$108.275,78. De acordo com o citado demonstrativo, a omissão de saídas de mercadorias foi maior monetariamente que a de entradas, pelo que ela foi utilizada para fins da determinação da base de cálculo.

O julgamento prolatado na 1ª Instância – 1ª JJF– Acórdão nº 2291/00, considerou o Auto de Infração totalmente Procedente, tendo o relator proferido o seguinte voto:

“O presente processo, de acusação do cometimento de 2 (duas) infrações relacionadas aos exercícios de 1998 e 1999, pelo que é exigido o ICMS no valor total de R\$126.922,46, ambas apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques.

Em relação à preliminar de nulidade alegada pelo autuado, no sentido de que teria havido cerceamento de defesa por ter sido o prazo de 30 (trinta) dias insuficiente para a elaboração da defesa, cabe dizer que tal prazo está previsto legalmente no caput do art. 123 do RPAF/99. Além disso, não há nos autos, comprovação de ocorrência de qualquer motivo de força maior que pudesse justificar uma necessidade de um prazo mais dilatado para que fosse confeccionada a peça de defesa. Assim, não acolho a preliminar suscitada pelo autuado, e passo a analisar o mérito da lide, conforme a seguir.

À vista dos autos, nota-se que as duas infrações tratam de levantamento quantitativo de estoques, sendo a primeira relativa ao exercício de 1998, conforme indica o quadro resumo à

fl. 33, e a segunda vinculada ao exercício de 1999, de acordo com o demonstrativo resumo à fl. 38.

A autuante, por intermédio de seus levantamentos, demonstrou ter havido omissão de entradas de mercadorias no exercício de 1998 (infração 1). Por oportuno, convém salientar, que a omissão de entradas verificada pelo autuante, por si só, não se constitui em fato gerador de ICMS. Em verdade, a exigência do pagamento do imposto é embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis, realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido.

A preposta fiscal também demonstrou que, no exercício de 1999, houve omissão tanto de entradas como de saídas de mercadorias. Como a omissão de saídas foi em valor monetário maior que a de entradas, além de ter se referido à operações tributáveis, foi ela utilizada para fins de base de cálculo do imposto. Vê-se, assim, que a autuação, em ambos os exercícios, seguiu os mandamentos descritos na Portaria nº 445/98, que trata especificamente de levantamento quantitativo de estoques.

O autuado, por sua vez, em relação ao mérito, não trouxe ao PAF qualquer elemento material para contraditar as acusações. Muito pelo contrário; limitou-se a citar três motivos que, em tese, não recomendavam que ele efetuasse vendas sem emissão da respectiva documentação fiscal. Todavia, em nenhum momento, comprovou a improcedência da presunção legal vinculada à infração 1, ou a inocorrência das omissões de saídas relativas à infração 2. Por conta disto, entendo que deve ser mantida integralmente a exigência fiscal, a qual, inclusive, não teve os seus valores contestados pela defesa.

Por fim, cabe agora comentar um fato sui generis ocorrida neste PAF. Trata-se da autuante, mesmo ratificando com veemência o seu procedimento acusatório, ter recomendado, na sua Informação Fiscal (vide fl. 77; item “3 – conclusão”), “cautela e comprovação de toda prova técnica pericial nos livros e documentos da referida empresa”.

Pelo contexto dos autos, não há dúvida de que a realização de qualquer diligência ou perícia fiscal dar-se-ia em favor do autuado, mesmo que solicitada pela própria autuante. Todavia, o mais importante a se ressaltar, é que nem a autuante, e muito menos o autuado, trouxe ao processo qualquer argumento, material ou não, capaz de justificar a realização de diligência ou perícia fiscal. Mais que isso, os autos, da forma que ora se apresentam, mostraram-se capazes de permitir a formação do meu juízo acerca da lide. Daí porque não entendi necessário que o processo foi baixado para fins de investigação quanto ao mérito nele tratado.

Ex positis, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O contribuinte irrisignado interpôs Recurso Voluntário (fls. 87 e 88) dos autos, e o mesmo Não foi Provido, tendo o relator da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante o Acórdão nº 0210/01, proferido o seguinte voto:

“Acolho, na íntegra, o opinativo da douta PROFÁZ.

De fato, os argumentos trazidos em preliminar pelo recorrente são insuficientes para decretação da nulidade do lançamento fiscal o qual atendeu todas as normas estabelecidas no RPAF. O levantamento quantitativo foi efetuado por espécie de mercadoria, identificou os estoques inicial e final, as entradas, as saídas, e determinou, corretamente, o preço unitário médio, inexistindo nos autos qualquer indicação pelo recorrente, de forma concreta, de erros cometidos pela autuante.

Considero correto o julgamento levado a efeito pela 1ª JF e, pelo fato do recorrente não apresentar documentos, fatos ou qualquer argumento que possa elidir a acusação fiscal voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.”

O contribuinte intimado por AR (fls. 107 e 109), diante dos mesmos terem sido devolvidos sem a ciência do contribuinte, a citação foi processada por Edital nº 0011/2001 (fl. 11 dos autos), e após a expedição da certidão da inscrição do débito em Dívida Ativa (fls. 125 e 126), o contribuinte através de seus representantes legais, ingressou com Pedido de Representação.

Aos argumentos aduzidos pelo sujeito passivo (fls. 131 a 138) em síntese foram os seguintes:

- 1) Que o autuado é uma empresa idônea, e que na impugnação o seu contador apresentou impugnação, porém não fez juntada ao processo de prova de suas alegações, sob o argumento de insuficiência de prazo para a empresa se defender da acusação o que levou a 1ª Instância a julgar o Auto de Infração Procedente.
- 2) Diz que o relator da Decisão fez constar no seu voto que “*Pelo contexto dos autos não há dúvida de que a realização de qualquer diligência ou perícia fiscal dar-se-ia em favor do autuado, mesmo que solicitada pela própria autuante*”. E alega que na informação fiscal a autuante teria recomendado “*cautela e comprovação de toda prova técnica pericial nos livros e documentos da referida empresa*”. Mas, que ainda assim o julgador entendeu não ser necessária a realização de diligência.
- 3) Aduz que no Recurso Voluntário, mais uma vez o contador demonstrou inexperiência deixando de apresentar documentos que dessem respaldo aos argumentos, e que assim, teve o Recurso Não Provido. Diz que só teve conhecimento do julgamento por Edital, sem nunca haver mudado de endereço.
- 4) Argumenta que diante do resultado dos julgamentos contratou auditoria jurídica contábil para efetuar uma revisão no procedimento fiscal, e invoca o princípio da verdade material. Prossegue alegando que atuava tanto como revendedora de aparelhos celulares e acessórios, como prestadora de serviços de assistência técnica, e que este fato não foi considerado pela autuante, o que ensejou a diferença no levantamento.
- 5) Afirma que aparelhos que ingressaram para conserto foram considerados como aparelhos novos e as devoluções de consertos tidas com saídas tributadas a título de venda como se aparelhos novos fossem. Alega ainda que não foi observado que a empresa também comercializa com aparelhos celulares usados e que nas saídas de devoluções de conserto a base de cálculo é reduzida, e para tanto cita o art. 83, II do RICMS-BA.

Ao final, requereu que a Procuradoria da Fazenda, em observância aos princípios constitucionais da segurança, da certeza e da verdade material promovesse a diligência para que ficasse impedida a inscrição na Dívida Ativa de crédito tributário incerto, asseverando que aquele órgão não poderia ajuizar uma execução fiscal baseada em um crédito que “comprovadamente” não teria direito.

Consta à fl. 946 que o representante da PGE/PROFIS, Dr. Antonio Carlos de A. Souza Filho requereu análise e Parecer ao Auditor Antonio Barros, diante da farta documentação fiscal anexada no Pedido de Representação, tendo em vista que se tratava de matéria técnica.

À Assessoria Técnica exarou o Parecer nº 015/2003, onde após descrever os fatos, concluiu que analisando os autos e com base nos elementos trazidos ao processo, constatou a ocorrência de equívocos na elaboração do Auto de Infração informando que “as cópias das notas fiscais, tanto de entrada quanto de saída evidenciam que as mercadorias constantes no levantamento quantitativo, referem-se tanto a aparelhos celulares novos como a usados, fato que não foi considerado pelo preposto fiscal quando da exigência do imposto. E outra irregularidade,

conforme também evidenciam as cópias das notas fiscais ora apresentadas, é o fato de terem sido consideradas como operação de compra e venda de aparelhos novos as entradas e saídas para conserto, e diz que também houve o equívoco de considerar as Notas Fiscais de Saída n^{os} 472, 477, 497, 520 e 537.

Diante do que expôs diz que em relação ao exercício de 1998 não tendo o contribuinte apresentado nenhum elemento capaz de elidir o levantamento fiscal, entendia que os mesmo devia ser mantido e quanto ao exercício de 1999 disse o seguinte:

- a) *“Com referência aos produtos **Bateria Vibratória BV-600 e Aparelho Celular Digital Hyndai 110**, não foi apresentado algum elemento capaz de modificar o levantamento consignado pela autuante.*
- b) *Separando as entradas e saídas do aparelho celular digital **Qualcomm QCP 820** em novos, usados e para conserto, conforme documentação fiscal apresentada pelo contribuinte constata-se modificação do valor da base de cálculo referente ao levantamento fiscal inicialmente apresentado, além de que inicialmente não foi considerado, na omissão de saídas de mercadorias a redução da base de cálculo referente aos aparelhos usados.*
- c) *Também, em relação aos aparelhos **Sansung SCH 110 e Sansung 411 e Motorola Startac** não foi considerado o fato que partes desses aparelhos são usados, sobre os quais deve haver a redução da base de cálculo, conforme estabelece o art. 83 do RICMS/97.”*

Elabora demonstrativo de débito, fl. 949, onde indica para o exercício de 1999 o débito de R\$9.931,90, considerando quanto aos aparelhos recebido para consertos, que a base de cálculo é reduzida nos termos do art. 83 do Regulamento de 1997.

O aludido Parecer respaldou o pedido de Representação da PGE/PROFIS, fls. 951 a 953, onde a procuradora tomando por base os argumentos do contribuinte às fls. 130 a 138 dos autos, dirigido àquele órgão, com a juntada de farta documentação argüiu a existência de uma ilegalidade flagrante na autuação com base nos fatos em síntese foram os seguintes: (I) que a autuante não considerou a circunstância de que o autuado além de revender as mercadorias também realiza serviços de assistência técnica, de modo que, muitos aparelhos que foram considerados nas entradas e saídas a título de comercialização em realidade foram objeto de consertos realizados pelo autuado; (II) que também não foi observado que a empresa comercializa tanto com aparelhos novos quanto com aparelhos usados, e que referente a estes não foi considerada a base de cálculo reduzida prevista no art. 83 do regulamento vigente; (III) e que a autuante no levantamento se equivocou ao tomar como notas fiscais de entradas, que na realidade seriam de saídas citando as de n^{os} 472, 477, 497, 520 e 537.

E que foi baixado em diligência para a assessoria técnica da PROFIS procedesse a uma análise das alegações do contribuinte em cotejo com os documentos apresentados, e emitisse Parecer quanto a veracidade dos fatos argüidos do pedido de representação formulada pelo contribuinte.

Face ao Parecer, de fls. 947 e 948, foi sugerida a Representação ao CONSEF com objetivo de rever o Auto de Infração para reduzir o valor de R\$9.931,90 do exercício de 1999, tomando por base o demonstrativo anexado (fl. 949), e concluiu que ficou evidenciado erros na autuação que gravaram-na de ilegalidade flagrante e, por isso, em atenção ao princípio da verdade material, ainda que os documentos não tenham sido apresentados pelo autuado quando da sua defesa na instância administrativa, entendia que os mesmos juntados no Pedido de Representação deviam ser considerados. Ressaltando o cabimento da Representação com base no art. 119, II da Lei n^o 3.956/81 (COTEB).

O Procurador Chefe, fl. 955, acolhendo os termos do Parecer exarado por sua Assessoria Técnica fls. 947 e 948, da lavra do Auditor Fiscal Antonio Barros Moreira Filho, o Parecer subscrito pela Procuradora da Estado Dra. Leila Von Sohsten Ramalho, fls. 951 a 953, concluiu pela necessidade da representação para que se retifique a autuação aos valores consignados nos Pareceres, ressaltando que devem incidir sobre os mesmos as atualizações e acréscimos moratórios legais a época do pagamento.

VOTO

Examinando os fundamentos que embasaram a Representação proposta pela Douta PGE/PROFIS, fls. 951 a 955, em face do controle da legalidade relativo ao exercício de 1999 que apurou a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por meio de levantamento quantitativo de estoques, conforme demonstrativo à fl. 38, em que foi exigido o imposto no valor de R\$108.275,78, cujo valor foi mantido na Decisão de Primeira Instância – Acórdão JJF nº 2291/00 - e 1ª CJF Acórdão nº 0210/01 ao Negar Provimento do Recurso Voluntário. Verifico que, diante da fragilidade dos argumentos e da falta de elemento comprobatório de suas alegações não logrou êxito nos momentos da impugnação e nas razões de Recurso.

Vejamos o que diz os art. 119, II, § 1º, da Lei 3.956/81 (COTEB) e 114, II, § 1º, do RPAF, que serviram de esteio para a presente representação.

“Art. 119. A Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, nos seguintes casos:

II - existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante

§ 1º Na hipótese do inciso II, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato.”

Este mandamento é repetido no RPAF.

Vejo que o Auto de Infração foi lavrado segundo a legislação vigente à época dos fatos geradores e a Decisão recorrida rebateu todos os argumentos defensivos, tendo, inclusive, transitado em julgado na esfera administrativa, após a apreciação do Recurso Voluntário, apresentado pelo autuado, que nada acrescentou ns suas razões que pudesse elidir a autuação fiscal ou modificar a Decisão de 1ª Instância.

Por outro lado, examinando toda a documentação apresentada pelo autuado, constantes dos Anexos (fls. 286 a 294 – Anexo 3); (295 a 307 –Anexo 4) e Anexo 5 (fls. 309 a 375), relativo às Entradas e Anexo 6 (fls. 376 a 386) referente às Saídas, verifico que a série D/1, o autuado considera venda, mas relativo às notas fiscais da referida série, não há nenhum indicativo de que a venda seja de aparelho usado ou novo.

Entendo que deve ser examinada a origem dos aparelhos usados, pois observo que o autuado emite série única para as saídas, e faz a observação de que as mesmas saem com redução da base de cálculo citando o art. 83 do RICMS/BA.

O demonstrativo de débito elaborado pelo pareceirista tomou por base os números dos demonstrativos analíticos elaborados pelo autuado, para respaldar o seu Pedido de Representação. Entretanto, não há segurança quanto às quantidades e aos valores da base de cálculo referente às mercadorias (aparelhos celulares) novos e usados. Quanto as Remessas para Conserto me convenci que o autuado juntou a documentação que comprova a existência de equívocos por parte da autuante na realização do levantamento quantitativo, incluindo as operações de remessas e retorno de conserto, mas há que se proceder ao levantamento fiscal

identificando quanto às vendas pela série D/1 e série Única, apurando qual o montante das operações com mercadorias aparelhos usados, que deverá está respaldado por nota fiscal de entrada, e fazer referência à mesma por ocasião da venda, para que sejam aferidas com precisão as situações distintas: vendas de aparelhos novos que terá uma tributação normal e venda com aparelho usado com redução de base de cálculo.

Assim, por entender que os números não afastam a incerteza quanto aos valores apontados no demonstrativo resumo que embasa a Representação, sugiro que seja feito novo levantamento fiscal, observando as quantidades do estoques iniciais e finais, e as notas fiscais de entradas e saídas.

Também observei que o autuado emite nota fiscal da série única referente à venda para pessoa física e não destaca imposto, fazendo constar no corpo da nota que não há incidência de ICMS e indica o art. 6º, inciso XVI do RICMS/BA. O referido inciso prevê a não incidência do ICMS nas demais situações em que não se configure o fato gerador do imposto. Este é outro fato que deve ser esclarecido, por que não se trata de hipótese de não incidência, é uma operação tributada a venda de aparelho celular quer seja para pessoa física, quer seja para pessoa jurídica.

Por tudo que expus, o meu voto é pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação nos termos em que foi proposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

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

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) **Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Nelson Teixeira Brandão e Rosa Maria dos Santos Galvão.**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR DA PGE/PROFIS