

PROCESSO - A. I. Nº 129656.0015/00-6
RECORRENTE - FERISA COMÉRCIO DE TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0304-02/05
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 28/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0457-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. Foi considerada desnecessária a realização de revisão fiscal, em virtude de o autuado não ter apontado objetivamente erro no trabalho fiscal. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de 1ª Instância, que julgou procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2000 para reclamar ICMS no valor de R\$133.151,20, sob acusação de falta de recolhimento do imposto no exercício de 1998, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, conforme documentos às fls. 7 a 23.

Ao decidir esta lide fiscal, o julgador da instância originária exarou o seguinte voto, abaixo transcrito:

“O Auto de Infração em lide faz referência a exigência de imposto no total de R\$133.151,20, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributadas detectada por meio de auditoria de estoques, conforme documentos às fls. 07 a 23.

Inicialmente, com fulcro no artigo 147, inciso I, do RPAF/99, indefiro o pedido do autuado para realização de revisão fiscal, em virtude de não ter sido formulado objetivamente e através de provas de que tivesse havido erro no trabalho fiscal.

O sujeito passivo em suas oportunidades de defesa (docs. fls. 42/52, 62/63, 69/74, e 90/93) argüiu a nulidade do lançamento tributário por cerceamento de defesa, sob alegação de que o mesmo foi constituído de forma ilegítima, por ferir o princípio da ampla defesa e do contraditório, com base nas seguintes preliminares:

- a) Não fornecimento dos demonstrativos, levantamentos, termos e demais documentos instrutórios do procedimento fiscal, inclusive o cálculo do preço médio unitário.*
- b) Omissão de dados essenciais na constituição da irregularidade que lhe foi imputada.*
- c) Não fornecimento ao autuado do inventário do exercício de 1998, por está desobrigado na condição de optante pelo SIMBAHIA, na categoria de empresa de pequeno porte.*

- d) *Aplicação da alíquota de 17% para cálculo do imposto exigido, quando entende que se devida fosse deveria ser de 3%, pois, na data da ocorrência estava enquadrado como empresa de pequeno porte.*
- e) *Ausência de demonstrativo do preço médio.*
- f) *Indicação errônea do número de processo, conduzindo a um atraso do sujeito passivo na apreciação do mesmo, pois teve dificuldade de identificar a que processo se referia.*
- g) *Imprestabilidade do levantamento quantitativo de saídas, sob o fundamento de que o agrupamento de 400 notas fiscais em um só registro impossibilitou determinar qual a quantidade e o tipo da mercadoria, em função de sua respectiva nota fiscal de saída.*

Analisando cada preliminar de per si, observo que não assiste razão ao autuado, senão vejamos.

Quanto a alegação do não fornecimento dos demonstrativos, levantamentos, termos e demais documentos instrutórios do procedimento fiscal, observo que realmente não constava nos autos a comprovação de entrega de tais papéis de trabalho.

Contudo, de acordo com o § 1º do artigo 18 do RPAF/99, a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarreta a nulidade do Auto de Infração, desde que sejam corrigidas, mediante a comunicação do fato ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para a sua manifestação.

A pedido desta Junta de Julgamento Fiscal foram expedidas várias intimações, sendo definitivamente suprida pela INFAZ Calçada no dia 24/02/2003 (docs. fls. 86 e 87), a omissão referente a falta de entrega dos documentos que embasam o trabalho fiscal. Vale observar que conforme consta na intimação à fl. 86, foram anexadas cópias dos documentos constantes às fls. 07 a 37, relativos a demonstrativo de estoque, levantamentos das entradas e das saídas, cálculo do preço unitário médio, folhas do Registro de Inventário, inclusive a cópia da informação fiscal de fls. 82 e 83.

Na análise dos demonstrativos citados, verifico que neles não há omissão de dados essenciais, eis que, contém de forma clara a descrição das mercadorias, as quantidades das entradas e das saídas com indicação dos respectivos documentos fiscais, e a demonstração do preço unitário, bem assim, as quantidades dos estoques inicial e final constantes no inventário escriturado pelo próprio estabelecimento.

Sobre o último argumento, não há como se acatar a alegação defensiva de que não forneceu o inventário, uma vez que os documentos às fls. 24 a 37, mais precisamente cópia do livro Registro de Inventário nº 01 assinado pelo autuado e pela DR&S Serviços Contábeis S/C Ltda, provam exatamente o contrário.

A alegada ausência do demonstrativo do preço médio, não procede, visto que, à fl. 23 dos autos está demonstrado o cálculo da cada produto auditado, com a indicação das respectivas notas fiscais e valores, cuja base de cálculo está em perfeita conformidade com o disposto no artigo 60, II, “a”, do RICMS/97, qual seja, com base no preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria foi comercializada.

Sobre a alegação que inexistia o inventário de 1998, e que jamais o forneceu ao autuante, por está desobrigado por ser optante do SIMBAHIA, observo que esta preliminar também não pode prosperar, primeiro porque consta às fls. 24 a 37 cópias das folhas 01, 57 a 69 do livro Registro de Inventário nº 01 devidamente rubricadas pelo contador Delci Rodrigues da Silva, representante legal do escritório de contabilidade DR & S – Serviços de Contabilidade Ltda, e, em segundo lugar, por que, pelo que consta no SIDAT, o autuado somente passou a ser optante pelo SIMBAHIA, a partir de 1999, data em que foi instituído este regime de apuração do imposto. Além do mais, tratando o autuado de empresa de pequeno porte não existe previsão na legislação sobre a não obrigatoriedade do Registro de Inventário, pelo contrário, por

ocasião do desenquadramento ou encerramento de atividades, este se obriga a apresentar o inventário das mercadorias existentes em estoque.

Quanto ao fato do levantamento das saídas ter sido efetuado tomando-se por base o agrupamento de notas fiscais, também não considero que esta sistemática de contagem quantitativa tenha impossibilitado o autuado de proceder a conferência da quantidade de cada mercadoria, pois, bastaria que ele, ou adotasse o mesmo procedimento, ou então, poderia ter identificado a quantidade de cada documento fiscal emitido no período, para ao final, provar, se fosse o caso, que o total do autuante estava errado.

Com relação a alegação de que foi aplicada incorretamente sobre o resultado apurado no levantamento, a alíquota de 17%, quando entende que deveria ser de 3% sobre a base de cálculo apurada, observo o acerto da ação fiscal, eis que, no período auditado o contribuinte encontrava-se inscrito no regime normal de apuração do imposto.

Por fim, também não acato o argumento defensivo de que a indicação errônea do número do processo à fl. 86, conduziu a um atraso na apreciação do processo, haja vista que embora realmente a repartição fazendária tenha constado equivocadamente o número do processo na intimação à fl. 86, consta que lhe foi entregue, além dos documentos às fls. 07 a 37, que por si só são auto-explicativos do presente processo, uma cópia da informação fiscal às fls. 82 e 83, na qual consta o número correto do processo a que se refere a citada intimação.

Desta forma, apesar do autuado não ter adentrado no mérito da autuação, em razão das preliminares que argüiu, do exame de tudo que consta nos autos, ressalto que o procedimento fiscal está em perfeita consonância com o RICMS e com o RPAF então vigentes, visto que, foi iniciado na forma prevista no artigo 26, do RPAF/99, com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização em 07/11/2000, cujos números foram extraídos da escrita do autuado, conforme levantamentos analíticos das entradas e das saídas, com a respectiva indicação de cada nota fiscal utilizada, demonstrativo de estoque, demonstração do cálculo do preço unitário médio e cópia do livro Registro de Inventário das mercadorias inventariadas em 31/12/97 e 31/12/97 (docs. fls. 06 a 39).

Portanto, considerando que o autuado teve todas as oportunidades e os elementos para refutar o trabalho fiscal, e não o fez de modo válido, rejeito as preliminares argüidas, e no mérito, concluo pela subsistência da ação fiscal.

Ante o exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância o contribuinte ingressou neste CONSEF com Recurso Voluntário, praticamente reiterando os mesmos argumentos apresentados na impugnação. Argüiu, inicialmente, a nulidade da Decisão “a quo”, sob o mesmo fundamento de que não lhe foi concedido o prazo de 30 dias para ofertar defesa, considerando que os demonstrativos, levantamentos e termos que embasam o lançamento fiscal só lhe foram entregues por determinação do relator da Junta de Julgamento. Todavia, não foi respeitado trintídio legal, em afronta ao devido processo legal. Suscita, novamente, outra nulidade, relacionada à intimação realizada pela repartição fazendária, que fez constar na peça intimatória número diverso do presente processo (doc. fl. 86), fato que conduziu o contribuinte em atraso na apreciação do feito em discussão, havendo ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Em relação ao PAF propriamente dito, aponta outras preliminares, a exemplo do “*não fornecimento pelo fiscal autuante do demonstrativo de apuração do preço médio*”, dizendo que o documento juntado nos autos é apócrifo e sem os requisitos técnicos (doc. fl. 23). Disse que sem este documento torna-se impossível vislumbrar com a devida nitidez a posição da Administração Tributária, impedindo a parte passiva de exercer a ampla defesa, razão pela qual pediu a decretação de nulidade do procedimento fiscal em razão desta falha processual que alega existir no processo.

No mérito, o recorrente sustenta que em 31/12/1998, data da suposta ocorrência do fato gerador lançado no Auto de Infração, o contribuinte já se encontrava enquadrado como empresa de

pequeno porte junto à Secretaria da Fazenda da Bahia, estando sujeito a alíquotas diferenciadas, não se sujeitando à alíquota de 17% aplicada no Auto de Infração. Pediu a aplicação da alíquota de 3% sobre a base de cálculo, se realmente devida, pois inexistem nos autos os demonstrativos de apuração do imposto. Alegou, também, estar dispensado de fornecedor a escrituração dos estoques do final do exercício de 1998, por força da legislação do SimBahia que o exonerava desta obrigação, alegando que isto, por si só, invalida a pretensão fiscal.

Protesta pela imprestabilidade do levantamento quantitativo de saídas fornecido, que em apenas duas vias, relaciona o levantamento de 2 períodos fiscais, agrupando em um único registro mais de 400 notas fiscais, fato que impossibilita a avaliação do critério de apuração dos estoques bem como a fidedignidade do levantamento fiscal, motivo pelo qual reitera o pedido de nulificação do lançamento de ofício.

Formulou, ao final, pedidos de nulidade do feito administrativo, motivado nas razões acima expostas, e, caso não acatada a nulificação pelo órgão julgador, requereu a decretação de improcedência do lançamento fiscal, protestando pela produção de provas por todos os meios admitidos em direito, inclusive perícia e revisão fiscal.

A Procuradoria Estadual exarou Parecer nos autos, afastando as nulidades argüidas pelo recorrente, apontando que não houve cerceamento ao direito de defesa, pois o autuado teve sucessivas oportunidades de acesso à documentação que dá respaldo ao lançamento contestado, pois as comunicações de fls. 86 e 87 sanaram as falhas anteriores. Quanto ao preço médio, também disse não prosperar a alegação recursal, pois o documento de fl. 23 foi produzido em conformidade com as disposições preconizadas no art. 60, II, “a”, do RICMS/97. Na questão relativa à aplicação da alíquota incorreta, afirmou que a súplica recursal também na merece ser acolhida, pois o contribuinte, no período fiscalizado, se encontrava inserto no regime de apuração normal do imposto. Por último, o Parecerista discorreu sobre a nulidade do procedimento pela indicação errada do número do processo, afirmando que a tese do recorrente não pode prosperar, não havendo que se falar em qualquer prejuízo à defesa, pois o contribuinte teve plena ciência dos fatos motivadores do lançamento de ofício, e a defesa processual é feita simplesmente em cima dos fatos inseridos no mundo da relação processual.

Concluiu, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar as nulidades argüidas pelo sujeito passivo na peça recursal. Afasto o primeiro pedido de nulidade, relacionado à concessão do prazo de 30 dias para o oferecimento da defesa administrativa. O órgão julgador de 1ª Instância determinou a reabertura do prazo de defesa em duas oportunidades, a primeira, em 06/09/2001, sendo concedido prazo de 10 dias, e a segunda, em 24/02/2003, com prazo ampliado de 30 dias, após ser fornecido ao autuado cópia de todos os termos e demonstrativos do processo, possibilitando o exercício da ampla defesa.

A segunda nulidade suscitada, pertinente à alegação da falta de entrega do demonstrativo com a apuração do preço médio também não deve ser acolhida. O documento inserido a fl. 23 dos autos revela a metodologia de cálculo do preço médio, apurado por produto, cujos valores foram transportados para o Demonstrativo de Estoque, acostado a fl. 7 do processo. Os citados demonstrativos foram entregues ao contribuinte por ocasião das diligências saneadoras requeridas pelo julgador de 1º grau. Inexiste, portanto, o vício apontado pelo recorrente.

A terceira nulidade levantada pelo recorrente envolve o ato de intimação da Inspetoria, onde foi indicado número de processo diverso do Auto de Infração em lide. Acompanho o entendimento da PGE/PROFIS, pois o erro na indicação do número do processo não ensejou prejuízo para a defesa, pois os fatos articulados na peça de lançamento constituem o objeto da demanda, não se podendo alegar vício formal na medida em que as diligências saneadoras da Inspetoria entregaram ao contribuinte todas as peças em que se fundamentou o Auto de Infração. Desta forma foram levadas ao conhecimento do sujeito passivo as razões de fato e de direito em que se

lastreou a peça acusatória. O erro na indicação do número do processo, em uma das intimações, não se constituiu em óbice para o contribuinte articular sua defesa administrativa, considerando, também, que foram realizadas duas intimações, a última, devolvendo o prazo integral de 30 dias para o oferecimento da impugnação. Tempo suficiente, portanto, teve o contribuinte para preparar sua defesa, desde a lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 27/12/2000 até a apresentação do Recurso Voluntário, protocolado na Inspetoria do Iguatemi, em 06/10/2005, de forma que este processo já se encontra a mais de 5 (cinco) anos em aberto, com o contribuinte sempre alegando nulidades que não têm qualquer respaldo, ainda mais porque os vícios de origem do lançamento foram devidamente saneados pelo órgão de 1ª Instância administrativa.

Sustentou ainda, no Recurso Voluntário, a fragilidade dos demonstrativos de apuração das quantidades saídas do estabelecimento, todavia, um simples exame do levantamento fiscal revela ser descabível a alegação, pois ali se encontram indicados os intervalos de notas fiscais emitidas no período fiscalizado, onde foram computadas as saídas declaradas pelo contribuinte, por produto, não existindo qualquer vício de ordem formal. Ademais, os demonstrativos anexados guardam total adequação com as orientações contidas na Portaria nº 445/89, que disciplina os procedimentos de fiscalização nos levantamentos quantitativos de estoques.

No mérito, restringe-se o Recurso Voluntário à alegação de que o recorrente, à época dos fatos apurados se encontrava sujeito ao regime simplificado de apuração do ICMS, denominado SimBahia, não podendo incidir sobre a base de cálculo quantificada, no Auto de Infração, a alíquota de 17%. Cabe, de plano, observar que os fatos geradores apurados pela fiscalização são pertinentes ao exercício de 1998, período em que o contribuinte se encontrava inserido no regime de apuração normal do imposto. Além do mais, o SimBahia só passou a vigor a partir do exercício de 1999, de acordo com a Lei nº 7.357/98, regulamentada pelo Decreto nº 7.466/98. Não há possibilidade de aplicação retroativa do regime em questão.

Quanto aos números apresentados pela fiscalização em seus levantamentos, termos e demonstrativos, o recorrente nada trouxe no sentido de se contrapor a eles, não havendo, também, razões fáticas ou técnicas que motivem determinar pedido de revisão do procedimento. Os valores consignados pela fiscalização não foram efetivamente contestados, de forma que os considero corretos, refletindo as omissões dos estoques e, portanto, provando, que o contribuinte promoveu saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, deixando, em consequência, de recolher ICMS para a Fazenda Pública Estadual.

Ante o exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº 129656.0015/00-6, lavrado contra **FERISA COMÉRCIO DE TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$133.151,20**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS