

PROCESSO - A. I. Nº 207101.0004/04-1
RECORRENTE - DEC CONAR - DISTRIBUIDORA LTDA. (CONAR DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0352-03/05
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0038-12/07

EMENTA: ICMS. 1. 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. Mantida a Decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. Modificada a Decisão recorrida. No período fiscalizado, o contribuinte estava cadastrado em ramo de atividade que o autorizava a usufruir do benefício da redução de base de cálculo. Infração não caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÃO DE SAÍDA COM ALÍQUOTA INFERIOR A DA ENTRADA. Não comprovado o estorno alegado pelo contribuinte. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade e a solicitação de nova diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVADO**. Decisão por maioria quanto ao item 1. Decisão unânime em relação aos itens 2, 3 e 4.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para exigir ICMS em razão de:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 114.608,04, relativo a omissão 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 estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.
2. Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 283.751,92, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em virtude da exclusão das mercadorias cosméticos do Termo de Acordo Atacadista pelo Dec. 8.548, de 28/05/2003, que revogou o item 11 do Anexo único do Decreto nº 7.799, de 09/05/2000. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte continuou usando irregularmente a redução da base de cálculo para cosméticos no período de 01/06/03 a 31/12/03.
3. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, referente às notas fiscais de entradas de mercadorias oriundas

da região Nordeste, nos meses de janeiro a maio de 2003, conforme art. 100, II, do RICMS/BA, combinado com o art. 6º do Dec. 7.799/00. Foi cobrado imposto no valor de R\$ 4.725,12.

4. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, referente a entradas de mercadorias enquadradas como Higiene e Limpeza, nos meses de junho a dezembro de 2003, conforme previsto no art. 100, II do RICMS/BA, combinado com o art. 6º do Dec. 7.799/00 - R\$ 771,37.

O autuado apresentou defesa, fls. 3.400 a 3.406, impugnando todo o lançamento. A autuante apresentou a informação fiscal, mantendo a autuação em sua totalidade. O processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem, para que o autuado fosse intimado a apresentar no prazo de trinta dias demonstrativos com os equívocos citados na defesa e, em seguida, a autuante fizesse as correções necessárias. A intimação foi efetuada, porém o autuado não se pronunciou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0352-03/05, a infração 1 foi julgada procedente, por entender a 3ª JJF que os demonstrativos apresentados pelo autuado não provavam que o demonstrativo da autuante continha equívocos. Ressaltou a Primeira Instância que cabia ao autuado indicar as incorreções e apresentar as provas de suas alegações.

No que tange à infração 2, o relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Em relação ao benefício da redução da base de cálculo, verifico que o item 11 do Anexo Único instituído pelo Dec. 7.799/00 que trata do CNAE 5146-2/01 - Comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, foi revogado pelo Decreto nº 8.548, de 28/05/03, com efeitos de 29/05/03 a 31/07/04, e foi revigorado pelo Decreto nº 9.152, de 28/07/04, surtindo efeitos a partir de 01/08/04. Portanto, no período fiscalizado, de junho a dezembro de 2003, o benefício fiscal de redução da base de cálculo não contemplava aquela atividade do estabelecimento autuado e está devidamente caracterizada a infração.

[...]

Não obstante o Dec. 8.548/03 ter revogado o item 11 do Anexo Único do Dec. 7.799/00, o art. 5º deste mesmo Decreto acrescentou o art. 3º-B ao Dec. 7.799/00 contemplando o benefício fiscal da redução da base a empresas que tenham como atividade o Comércio Atacadista de Cosméticos e produtos de perfumaria, com código de atividade 5146-2/01. Por este dispositivo legal, o autuado, com o mencionado código de atividade teria direito ao benefício fiscal. Entretanto, constato que a partir de 30/08/02 a atividade do autuado cadastrado nesta SEFAZ é de Comércio atacadista de produtos de higiene pessoal, portanto a atividade exercida pelo autuado não corresponde àquela prevista na legislação e por isso não pode usufruir do benefício fiscal por ele pretendido.

[...]

As infrações 3 e 4 foram declaradas procedentes. A Primeira Instância fundamentou a sua Decisão no fato de que o autuado, apesar de intimado, não apresentou demonstrativo que comprovasse *que o estorno de crédito lançado no valor de R\$29.172,36 no mês de junho/04, correspondia às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e comercializadas no período de 01/01/03 a 30/06/04, com alíquota maior do que 10%, proporcional a redução da base de cálculo, conforme determina o art. 6º do Dec. 7.799/00.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão JJF Nº 0352-03/05 deve ser reformado.

Preliminarmente, suscitou a nulidade da Decisão recorrida, argumentando que a diligência foi atendida pela própria autuante, desvirtuando as disposições expressas no art. 137 do RPAF/99, cujo teor transcreveu. Também argüiu a nulidade da Decisão recorrida, sob a alegação de que a matéria referente à infração 2 era eminentemente jurídica e, portanto, nos termos do art. 137, II, do RPAF/99, deveria ter sido solicitada emissão de Parecer por parte da Procuradoria da Fazenda.

No mérito, o recorrente alega, em relação à infração 1, que era desnecessária e impraticável a diligência solicitada na Primeira Instância, pois o volume dos documentos a serem anexados aos autos seria grande e, além disso, os elementos necessários à identificação dos erros cometidos no levantamento quantitativo estão no processo. Mencionou que, às vezes, ao solicitar uma determinada mercadoria ao seu fornecedor, o código do produto constante no documento fiscal de entrada era diferente do previsto, o que o obrigava a emitir nota fiscal de natureza interna para regularizar a codificação do produto. Disse que esse era o caso das notas fiscais citadas pela autuante às fls. 7707 a 7709, onde havia referência a documentos fiscais com a expressão “OEN transferência para Simões Filho”. Solicitou a realização de diligência.

Quanto à infração 2, reiterou os termos da defesa inicial e, em seguida, afirmou que era cadastrado na SEFAZ no ramo de atividade de Comércio Atacadista de Cosméticos e Produtos de Perfumaria, sob o código de atividade 5146-02/01, tendo firmado Termo de Acordo para usufruir do benefício fiscal previsto no Decreto nº 7.799, de 09/05/00 (fls. 7766 a 7768). Alegou que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal tem fundamentação diversa da argüida no lançamento. Explicou que a autuante fundamentou a exigência fiscal no Dec. 8.548/03, que excluiu o Código de Atividade 5.146-2/01 do Anexo ao Dec. 7.799/00, porém aceitou como atividade do recorrente o Comércio Atacadista de Cosméticos e Produtos de Perfumaria. Frisou que a Primeira Instância não aceitou tal atividade como sendo a desenvolvida pelo recorrente, tomando como razão de decidir não a atividade desenvolvida, mas o código de atividade constante em época anterior nos registros da SEFAZ. Alegou que considerando o código de atividade, passar-se-ia a privilegiar uma classificação numérica em vez da real atividade desenvolvida pelo contribuinte. Ressaltou que tal classificação padece de consistência e não poderia ser utilizada para lhe retirar um direito.

Quanto às infrações 3 e 4, afirmou que a Decisão da Primeira Instância não tem coerência, pois entra em contradição com o decidido na infração 2. Assegurou que a Primeira Instância, ao acatar a procedência das infrações 3 e 4, estava reconhecendo o direito do recorrente ao regime especial de redução da base de cálculo, como deferido pela Administração Tributária.

Ao exarar o Parecer de fls. 7.751 a 7.755, o ilustre representante da PGE/PROFIS salientou que a representação processual do recorrente não estava devidamente formalizada nos autos. Em seguida, afastou as preliminares suscitadas, alegando que o fato de a diligência ter sido efetuada pela própria autuante não enseja a nulidade argüida, bem como a oitiva da PGE/PROFIS em matérias eminentemente jurídica é uma faculdade do julgador.

Adentrando no mérito, disse que, em relação à infração 1, a autuação deveria ser mantida, pois cabia ao recorrente provar as inconsistências existentes no levantamento quantitativo, o que não restou comprovado nos autos.

Opinou pela improcedência da infração 2, pois entendia que o recorrente tinha direito ao referido regime especial, já que desde 30/08/02 estava cadastrado no ramo de Comércio Atacadista de Produtos de Higiene Pessoal, código de atividade 5146-2/02, item 12 do anexo único do Decreto nº 7.799/00, e não como Comércio Atacadista de Cosmético e Produtos de Perfumaria, código de atividade 5146-2/01, como consignado na autuação.

Relativamente às infrações 3 e 4, afirmou que, estando o recorrente enquadrado no ramo de Comércio Atacadista de Produtos de Higiene Pessoal e fazendo jus ao regime especial preconizado no Dec. 7.799/00, deveria ter procedido conforme o art. 100, II, do RICMS-BA e, considerando que o recorrente assim não procedeu, deveria ser mantida a autuação.

Ao finalizar, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para excluir do lançamento o débito referente à infração 2.

No despacho de fl. 7.756, o Parecer supracitado foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, Procurador do Estado.

O processo foi convertido em diligência à Secretaria do CONSEF, para que fosse providenciada a juntada ao processo da procuração do recorrente nomeando o seu patrono. A diligência foi

atendida, conforme documento acostado à fl. 7.762. Em 15/03/06, o patrono do recorrente acostou ao processo (fls. 7.766 a 7.768) fotocópia do Termo de Acordo previsto no Dec. 7.799/00, firmado entre o recorrente e o Diretor do DAT/METRO.

O processo foi submetido a nova pauta suplementar, tendo a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência à IFEP-COMÉRCIO (fls. 7769 e 7770), para que a autuante efetuasse o cotejo dos demonstrativos elaborados pelo recorrente com os que embasam a autuação, efetuando as correções necessárias na apuração do valor devido na infração 1.

Em atendimento à diligência, a autuante informou que há divergência entre as datas da assinatura do Recurso Voluntário e da procuração de fl. 7762. Em seguida, transcreveu dispositivo do RPAF/99 e ratificou os termos da informação fiscal de fls. 7704 a 7712.

A PGE/PROFIS emitiu o Parecer de fls. 7782 e 7783, onde o Parecerista afirmou que a colação do instrumento procuratório de fls. 7762 elidiu o defeito de representação. Reiterou os termos do Parecer anterior a opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que fosse excluída da autuação a infração 2. Este Parecer foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal de Carvalho.

Após ser apreciado em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC para que fosse atendida a diligência de fls. 7769 e 7770. Conforme o Termo de Encaminhamento à fl. 7790, o Dr. Ciro Roberto Seifert, Assistente de Conselho, remeteu o processo à IFEP Comércio, para que o atendimento da referida diligência.

Em cumprimento à diligência solicitada, a autuante informou às fls. 7792 e 7793 que as notas fiscais discriminadas na defesa não estão escrituradas no livro Registro de Entradas nº 2 e nem constam no Relatório Sintegra apresentado pelo recorrente. Disse que não há equívoco nas quantidades dos estoques iniciais e finais, conforme se depreende dos livros Registros de Inventário nºs 01 e 02 (fls. 62/12 e 122/175) e do livro Razão (fls. 176/184). Explicou que, para ratificar a ação fiscal, elaborou um novo levantamento quantitativo de estoques com as mesmas mercadorias (fls. 7794 a 8324), tendo obtido o mesmo resultado que consta no Auto de Infração.

O recorrente recebeu cópia do resultado da diligência e dos novos demonstrativos, conforme recibos às fls. 7793 e 8324v, tendo sido concedido o prazo regulamentar para pronunciamento.

Ao se pronunciar acerca do resultado da diligência, o recorrente alegou que a nova manifestação da autuante em nada contribuiu para dirimir a questão que envolve a infração 1. Sustentou que a autuante não efetuou nenhum levantamento novo, limitando-se a copiar os mesmos arquivos originalmente acostados aos autos. Frisou que é impossível que o levantamento efetuado na diligência fosse totalmente igual ao original, sem diferença de um centavo sequer.

Afirmou o recorrente que há equívocos nos estoques das mercadorias de códigos 98147, 98325, 98423, 98432, 98441, 915, 944 e 92973. Mencionou que os demonstrativos comparativos anexados na defesa evidenciam a divergência entre os dois levantamentos, o que disse ser suficiente para uma completa revisão, sob pena de cerceamento de defesa. Ao finalizar, reiterou que a diligência efetuada pela autuante é imprestável e solicitou uma nova diligência a ser efetuada por auditor fiscal estranho ao feito.

Ao exarar o Parecer de fl. 8332, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirmou que a diligência efetuada pela autuante revela que os documentos trazidos pelo recorrente não se prestam para modificar o levantamento quantitativo de estoque. Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. Esse Parecer foi ratificado pelo Dr. Rogério Pinto de Carvalho.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares suscitadas pelo recorrente, pois não há razão para a nulidade da Decisão recorrida. O fato de as diligências terem sido atendidas pela própria autuante não é motivo para nulidade, haja vista que não há dispositivo legal que a impeça de realizar diligência em processo administrativo fiscal cujo Auto de Infração tenha sido da sua própria lavra. Do

mesmo modo, mesmo sendo a questão referente à infração 2 eminentemente jurídica, cabia à Primeira Instância decidir se havia ou não necessidade de solicitar Parecer à PGE/PROFIS, uma vez que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. 7629/99, prevê que é o relator que deverá avaliar se o processo está em condição de julgamento. Apenas na Segunda Instância há a obrigatoriedade de Parecer da PGE/PROFIS.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação recursal de nova diligência, pois os elementos existentes nos autos, especialmente as três diligências já efetuadas em Primeira e Segunda Instâncias, são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Ao adentrar ao mérito, passo ao exame da Decisão recorrida relativamente à infração 1, a qual trata de falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo.

Na defesa, o autuado alegou que o levantamento efetuado pela autuante continha equívocos e apresentou os seus demonstrativos. Por entender que os demonstrativos apresentados na defesa não comprovavam a existência de erros no levantamento da autuante, a 3^a JJF converteu o processo em diligência, para que o autuado fosse intimado a apresentar demonstrativo que indicasse os possíveis enganos da fiscalização. Apesar de regulamente intimado, o autuado não se pronunciou. Considerando que os alegados erros não foram indicados e que o levantamento efetuado pela autuante tinha sido realizado de acordo com os livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado, a Primeira Instância julgou a infração em tela procedente.

No Recurso Voluntário, o recorrente alega que ocorreram mudanças nos códigos das mercadorias. Contudo, essa alegação recursal não pode prosperar por falta de comprovação documental do alegado. Caso tenha havido modificação dos códigos, tal fato deveria estar consignado nas escritas fiscal e contábil, bem como nos arquivos magnéticos entregues ao fisco, o que não restou comprovado.

Também alega o recorrente que há equívocos no cômputo da movimentação dos estoques. Mais uma vez faltou o recorrente indicar quais erram esses erros, pois os seus demonstrativos não evidenciam os equívocos que porventura a autuante tenha cometido. Como foi ressaltado na Decisão recorrida, *“a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.”*

As peças processuais mostram que o levantamento quantitativo de estoque efetuado pela autuante está de acordo com as exigências contidas na Portaria nº 445/98, está acompanhado dos demonstrativos previstos e foi realizado com base nos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos apresentados pelo recorrente. Além disso, a auditoria fiscal foi revisada mediante três diligências determinadas em Primeira e Segunda Instâncias.

Pelo acima comentado, entendo que a infração está caracterizada e que o recorrente não trouxe ao processo elementos capazes de modificar a Decisão recorrida, a qual não carece de reparo.

Na infração 2, o recorrente foi acusado de ter recolhido a menos ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto, em decorrência de ter continuado aplicando a redução da base de cálculo nas operações com cosméticos, no período de 01/06/03 a 31/12/03.

Conforme salientado na Decisão recorrida e no opinativo da PGE/PROFIS, o recorrente está desde 30/08/02 inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS (CAD-ICMS) como um estabelecimento do ramo de “Comércio Atacadista de Produtos de Higiene Pessoal”, código de atividade 5146-2/02.

Prevê o Dec. 7799/00 que os contribuintes inscritos sob o código de atividade 5146-2/02 (item 12 do Anexo Único do referido decreto) faz jus à redução da base de cálculo tratada na infração em tela, desde que tenha o contribuinte assinado o correspondente Termo de Acordo. No caso em tela, na fase recursal o recorrente trouxe aos autos os documentos de fls. 7766 a 7768, referentes ao Termo de Acordo firmado com a SEFAZ.

Dessa forma, entendo que, no período em questão, o recorrente fazia jus à redução da base de cálculo citada na infração 2 e, portanto, acolho o opinativo da dnota PGE/PROFIS e modifco a Decisão recorrida, para que a referida infração seja julgada improcedente.

As infrações 3 e 4 tratam de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo. Na defesa, o autuado alegou ter efetuado o estorno dos créditos fiscais no mês de junho de 2004. Assim, o processo foi convertido em diligência, para que fosse apresentada a comprovação do referido estorno, porém nada foi provado e, em conseqüência, as infrações foram julgadas procedentes. Agora, no Recurso Voluntário, o recorrente alega que há contradição na Decisão recorrida.

Cabia ao autuado, ora recorrente, comprovar a improcedência das acusações contidas nas infrações 3 e 4. Ao deixar de trazer ao processo a prova do estorno dos créditos fiscais, as infrações subsistem integralmente. Quanto à alegação de incoerência na Decisão recorrida, a improcedência da infração 2 coloca por terra a alegação recursal. Desse modo, entendo que foi correta a Decisão recorrida relativamente às infrações 3 e 4 e, portanto, não merece qualquer reparo.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar improcedente a infração 2, mantendo inalteradas as demais Decisões proferidas pela 3ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto ao item 1, com voto de qualidade do presidente, e, por unanimidade em relação aos itens 2, 3 e 4, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207101.0004/04-1, lavrado contra **DEC CONAR - DISTRIBUIDORA LTDA. (CONAR DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$120.104,53**, acrescido da multa de 70% sobre R\$114.608,04 e 60% sobre R\$5.496,49, previstas no art. 42, III e VII “b” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Item 1): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Item 1): Conselheiros Bento Luiz Freire Villa-Nova, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS