

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0008/06-7
RECORRENTE - O GUARANI MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. (BELLA CASA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO - Acórdão 1ª JJF nº 0355-01/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/05/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0176-12/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Correta a Decisão que tem como fundamento a constatação de que havendo 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. Infração caracterizada. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, cabe ao destinatário efetuar a antecipação parcial do imposto. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o lançamento de ofício contra si realizado na tentativa de modificá-la. O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$25.130,24, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, 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 2004 levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Total da Infração: R\$11.152,39. Multa imposta: 70%.
2. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de março a maio, julho, agosto e outubro de 2004, fevereiro, março, abril e maio de 2006. Total da Infração: R\$13.977,85. Multa aplicada: 60%

Em seu voto o Sr. relator na JJF após descrever o ocorrido e comentar a respeito das manifestações do contribuinte e do autuante, entendeu que *“assiste razão ao autuante, quando afirma que o autuado não apresentou elementos hábeis capazes de elidir a acusação fiscal”*. Observa que *“na peça defensiva o autuado aponta como exemplo a mercadoria “madeirit”, sustentando que a única diferença encontrada diz respeito unicamente a erro no estoque final computado pelo autuante. Assevera que outras mercadorias também foram objetos de falhas no levantamento, citando como exemplo “carro de mão”, “barrotinho” de pinus, cujo preço médio, segundo afirma, foi alçado ao valor de R\$117,00 e outros que podem ser identificados na revisão fiscal. Cita e transcreve o artigo 123 do RPAF/99 ratificar o entendimento nele contido de que “a defesa escrita deve ser acompanhada das provas que disponha o contribuinte, inclusive, documentos, levantamentos e demonstrativos”*.

Observa que “o autuante acostou aos autos os documentos relativos aos levantamentos e demonstrativos realizados, cujas cópias foram entregues ao autuado, que simplesmente alegou a existência de falhas, no entanto, apontou apenas o preço médio de R\$117,00, referente ao “barrotinho” de pinnus que, segundo diz é estratosférico. Contudo, não apresenta qualquer levantamento ou demonstrativo, capaz de elidir a ação fiscal.” Considera que o preço médio indicado pelo autuante está de acordo com a Portaria nº 445/98, que determina em seu artigo 5º, que verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque, a determinação da base de cálculo do ICMS deve ser feita em função do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado.

Retoma a citação do artigo 123 do RPAF para reforçar o ali contido: cabe ao impugnante indicar os pontos de discordância, apresentando documentos, levantamentos e demonstrativos, pois, tratando-se de matéria de fato, impõe-se a comprovação do que for alegado.

Justifica o indeferimento do pedido de diligência, Art. 47, do RPAF/99, porque o contribuinte pede a realização de revisão fiscal, contudo, em nenhum momento apresenta levantamentos ou demonstrativos que justifiquem o atendimento do pedido. Registra que a Decisão foi tomada por unanimidade na JJF. Mantém integralmente este item da autuação.

No que diz respeito à Infração 02, observa que o autuado admite não ter recolhido o ICMS antecipação parcial, porém, manifesta o entendimento de que não causou qualquer prejuízo à Fazenda Estadual, pois, não utilizou os créditos fiscais relativos às antecipações que deveriam ter sido efetuadas. Transcreve os artigos 352-A, 125, inciso II, alínea “f”, §§ 7º e 8º, e 93, do RICMS/97.

Observa a inexistência da faculdade utilizada pelo contribuinte, para não efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial e quanto a alegação de não ter causado prejuízo ao Erário estadual, entende que não pode prosperar, pois, além de estar obrigado ao recolhimento do imposto até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento o crédito somente é admissível após o devido recolhimento. E acrescenta: “Ademais, a falta de recolhimento do imposto devido ou o seu recolhimento intempestivo traz sim, prejuízo ao Erário estadual, considerando que não há o ingresso da receita tributária no momento previsto, motivo pelo qual incide multa moratória, no caso de inadimplência do contribuinte no cumprimento da obrigação tributária”.

E conclui; “Mesmo não tendo utilizado o crédito fiscal - por não ter efetuado o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial – evidentemente o contribuinte descumpriu uma obrigação principal decorrente de disposição legal, não ficando ao seu talante recolher ou não o imposto devido, por entender que não irá causar prejuízo. Admitir-se tal procedimento, seria a meu sentir atingir de morte a disposição legal que cuida da antecipação parcial, considerando que os demais contribuintes do ICMS, certamente adotariam o mesmo entendimento invocando o tratamento isonômico. Entendo que a flexibilidade do dispositivo legal pretendida pelo autuado, para não efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, não encontra nenhum amparo na legislação do ICMS. Assim, este item da autuação é integralmente subsistente”. Vota pela Procedência do Auto de Infração.

Tempestivamente o contribuinte apresenta o presente Recurso Voluntário onde preliminarmente requer a nulidade da Decisão por descumprimento do devido processo legal em razão do não fornecimento ao autuado de todos os demonstrativos produzidos pelos autuantes e pelo não atendimento da diligência solicitada.

Quanto ao mérito praticamente repete o já aduzido quando da impugnação reafirmando que os levantamentos realizados pelo autuante relativos à Infração 01 estão eivados de falhas, especialmente, quanto à unidade de medida e conversão empregada, gerando as diferenças encontradas o que poderá ser comprovado por fiscal estranho ao feito. Aponta como exemplo a

mercadoria “madeirit”, sustentando que a única diferença encontrada diz respeito unicamente a erro no estoque final computado pelo autuante. Assevera que outras mercadorias também foram objetos de falhas no levantamento, citando como exemplo “carro de mão”, “barrotinho” de pinus, cujo preço médio, segundo afirma, foi alçado ao valor de R\$117,00 e outros que podem ser identificados na revisão fiscal que novamente requer. No mesmo diapasão segue em relação a Infração 02 quando novamente sustenta que a mesma é improcedente, invocando outra vez entendimento do CONSEF, de que o fato de não ter o contribuinte efetuado o pagamento do ICMS antecipação parcial, não causou qualquer prejuízo à Fazenda Estadual, considerando que o contribuinte não utilizou os créditos fiscais relativos àquelas antecipações parciais que deveriam ter sido efetivadas. Reafirma que restou comprovado que efetuou o pagamento do imposto devido pelas respectivas operações diretamente nas saídas das mercadorias, inexistindo qualquer situação de inadimplência. Enfatiza que a antecipação parcial não se trata de um novo imposto ou diferente, mas, o próprio ICMS cobrado pelo Estado, em etapa anterior à operação final, permitindo a utilização integral sob a forma de crédito fiscal. Mudando um pouco o que havia posto quando da defesa inicial quando entendeu que *“a única penalidade aplicável seria a exigência de multa formal”* refere-se agora no sentido de que a cobrança do imposto implicaria num *bis in idem* e que nem a multa formal poderia ser cobrada, pois ela não está sendo cobrada na peça inicial e que isto representaria uma inovatio in pejus vedado no processo tributário. Finaliza purgando pela nulidade do Auto ou sua procedência parcial e a revisão do lançamento conforme elementos probatórios encaminhados junto com esta peça defensiva. Junta cópias de Simples Relatórios de Antecipação Parcial.

Em Parecer opinativo o Sr. procurador após breve Relatório entende que as alegações brandidas na súplica recursal não merecem acolhida. E acrescenta: quanto aos erros nos levantamentos apenas propala, mas não junto nenhum documento capaz de demonstrá-los. Em relação ao preço médio entende que a mensuração foi feita na forma prevista na legislação em vigor e não apresentou prova em contrário. No tocante a alegação da falta de prejuízo ao erário pelo não recolhimento do ICMS antecipação, mas, em contraponto, a não utilização dos créditos pertinentes, também não encarece guarida, pois, entende o Sr. procurador que *“só há que falar-se na utilização de crédito fiscal quanto existe correlatamente o pagamento de imposto no ciclo econômico de circulação das mercadorias”* Entende também que *“a tese do não prejuízo também não é verdadeira, quando, sendo o ICMS um imposto incidente sobre o valor agregado em cada ciclo de circulação econômica, qualquer transposição de fase, com certeza gera um desequilíbrio na aplicação do regime da não cumulatividade, inclusive do ponto de vista da arrecadação do Estado.”* Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, o lançamento de ofício em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidades decorrentes de: - falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, 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 em exercício fechado levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis; e o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Da análise do Recurso apresentado verifico que o contribuinte nada trouxe de novo em relação ao já aduzido quando da defesa inicial. Os levantamentos realizados pelo autuante relativos à Infração 01 estão dentro dos padrões recomendados pelos sistemas de fiscalização das empresas e respeitam integralmente a legislação em vigor. A base de cálculo como bem disseram o Sr. Julgador e o Sr. procurador seguiram os parâmetros determinados pelas normas em vigor. Ou

seja, o preço médio indicado está de acordo com a Portaria nº 445/98 - verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque, a determinação da base de cálculo do ICMS deve ser feita em função do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. Não falhas observáveis no presente lançamento. Acompanho a Decisão da JJF e o Parecer da PGE/PROFIS.

Em relação à infração 02 novamente o recorrente traz inicialmente os mesmos argumentos e com ele não concordamos. E sigo a linha adotada na Decisão, ou seja, mesmo não tendo utilizado o crédito fiscal, o contribuinte descumpriu uma obrigação principal decorrente de disposição legal e faço minhas as palavras do Sr. Relator, *“não fica ao talante do contribuinte recolher ou não o imposto devido, por entender que não irá causar prejuízo. Admitir-se tal procedimento, seria a meu sentir atingir de morte a disposição legal que cuida da antecipação parcial, considerando que os demais contribuintes do ICMS, certamente adotariam o mesmo entendimento invocando o tratamento isonômico. Entendo que a flexibilidade do dispositivo legal pretendida pelo autuado, para não efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, não encontra nenhum amparo na legislação do ICMS. Assim, este item da autuação é integralmente subsistente”*. A sua observação de que *“a única penalidade aplicável seria a exigência de multa formal”* também não procede.

Acompanho, por fim, a opinião do Sr. procurador e concordo com a Decisão da JJF. O recorrente não apresenta argumento capaz de modificar a Decisão da JJF.

Voto, portanto, no sentido do NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **115236.0008/06-7**, lavrado contra **O GUARANI MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. (BELLA CASA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.130,24**, acrescido das multas de 70% sobre R\$11.152,39 e 60% sobre R\$13.977,85, previstas no art. 42, incisos III, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO - REPR. PGE/PROFIS