

PROCESSO - A. I. Nº - 207158.0030/06-7
RECORRENTE - LENON COMÉRCIO CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0083-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0006-12/08

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, 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. Infrações comprovadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que considerou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, que o contribuinte ingressa através do seu advogado visando modificar a Decisão de Primeira Instância.

Revendo o PAF constatamos que o lançamento de ofício foi efetuado em 30/06/2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 997,02, acrescido de multa de 70%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. (Valor histórico: R\$698,83).
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. (Valor histórico: R\$298,19).

O autuado, através de advogado, apresentou o seu pedido de impugnação (fls. 39 a 41), apresentando algumas razões que foram analisadas pela 4ª JJF.

O autuante presta a devida informação fiscal (fls. 54 a 55,) também analisada por esta mesma JJF.

Por Decisão da 4ª JJF, o PAF retornou à INFAZ de origem, para que a empresa recebesse cópias dos documentos de fls. 06 a 30, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 dias. Em 07 de agosto de 2006, o autuado através de seu advogado renuncia à preliminar levantada na peça defensiva, ratificando contudo, as razões de mérito, solicitando, diante das divergências entre os demonstrativos da fiscalização e da própria empresa, revisão por fiscal estranho ao feito, para fins de conferência dos estoques, entradas e saídas.

O autuante ratificou o exposto na informação fiscal e salientou que a defesa não apresentou nenhuma nota ou cupom fiscal que demonstre a existência de divergências no levantamento efetuado.

Em seu voto o Sr. Relator, inicialmente, negou o pedido de diligência formulado pela empresa, pois considerou os elementos constantes no PAF suficientes para a formação do seu convencimento, estando o processo instruído com os demonstrativos de estoque, fl. 06, 07, levantamento do preço médio, fls. 28 a 27 a 30, documentos que a empresa recebeu cópias. Ressaltou, ainda, que na peça de defesa, não foram trazidas nenhuma nota fiscal ou cupom fiscal, que demonstrasse a ocorrência de erros na contagem dos estoques, das saídas ou das aquisições de mercadorias, dando suporte ao demonstrativo de fls. 50 e 51 do PAF e aplicou o art. 145 do RPAF/99.

No mérito, entendeu que foi efetuado corretamente o levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, tais como sunga, cinto, carteiras diversas, bermudas diversas, calçados masculinos, dentre outros, demonstrados às fls. 06 a 07, referentes aos exercícios de 2001 e de 2002, respectivamente.

Observa, inclusive, que o autuante foi rigoroso na quantificação das mercadorias, atentando para a unidade de medida a ser adotada (unidades), fazendo ainda o agrupamento de cada item num mesmo item de mercadorias afins, tal como bermudas diversas, calçados masculino, camisetas diversas e shorts diversos, obedecendo ao estabelecido no art. 3º da Portaria nº 445/98.

Quanto à infração 1, relativa ao exercício de 2001, constatou diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo regularmente exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, em conformidade com o disposto no artigo 13, II da Portaria nº 445/98, referendado pelo art 2º, § 3º da RICMS/97.

Entendeu, também, que a base de cálculo foi corretamente apurada com base no custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mercadoria, (fl.18) consoante regra do artigo 60, II, “b” do RICMS/97.

E conclui quanto à primeira infração que *“como o autuado não apontou, em concreto, diferenças no levantamento quantitativo em análise, entendo que a infração restou caracterizada”*.

Quanto à infração 2, referente ao exercício de 2002, entendeu que o levantamento de fl. 07, demonstra a omissão de saídas de mercadorias tributáveis em valor superior ao das entradas omitidas e que tal fato constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais.

Reafirma que a base de cálculo foi apurada em função do preço médio das operações de saídas, no último mês da comercialização da mercadoria no período fiscalizado, e que este fato está demonstrado na planilha de fls. 28 a 30.

Observa que não houve comprovação por parte da defesa, de que o autuante tivesse incorrido em erros, ao apurar o levantamento de estoques e ademais de vê ser aplicado o art. 142 do RPAF/99. Conclui que ao lançamento deve ser mantido e votou, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF pela Procedência do Auto de Infração.

O contribuinte, através do seu Advogado interpõe o presente Recurso Voluntário e quase que repetindo os argumentos já utilizados quando da impugnação, preliminarmente suscita a nulidade da Decisão recorrida *“por cerceamento do direito de defesa posto que a v. JJF negou o pedido de diligência baseada no fato de não ter sido juntado ao PAF notas ou cupons para consubstanciar os demonstrativos de fls. 50 a 51, quando a documentação necessária à revisão pleiteada foi colocada à disposição da fiscalização, não existindo fundamentação legal para a negativa do pedido pela ausência das notas ou cupons os quais, mesmo juntados ao PAF em cópias, seriam solicitados ao contribuinte pelo revisor que também intimaria para a apresentação de qualquer outra documentação que entendesse necessária”*. Acrescenta que mesmo após a juntada dos

documentos a revisão necessariamente passaria pela arrecadação dos “originais”, o que esvazia a base da JJF para negar a diligência.

No tocante ao mérito, reafirma o cometimento de equívocos por parte da Auditora autuante e volta a asseverar que, após ter procedido a uma nova auditoria das mercadorias incluídas no lançamento, constatou equívocos da autuante com relação à contagem das entradas e saídas dos itens “sunga”, “carteiras diversas”, “bermudas diversas”, “meias” e “camisetas diversas”, concluindo que não existe qualquer diferença a ser tributada no exercício de 2001.

Quanto ao exercício de 2002, repete que a autuante cometeu os mesmos erros quanto aos produtos “cinto”, “bermudas diversas”, “calçados masculinos”, “shorts diversos”, “jaqueta” e “camisetas diversas”, e volta a admitir diferença tributável apenas no que concerne ao item “carteiras diversas”, para o qual reconhece uma diferença de 88 peças no registro das entradas conforme demonstrativo sintético também já apresentado.

Ante o exposto renova o pedido de revisão fiscal, propugna pelo Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja acatada a preliminar, sendo julgado Nulo ou no mérito seja improcedente.

Em seu Parecer opinativo a PGE/PROFIS após breve relatório e transcrição na íntegra das razões do Recurso Voluntário opina no sentido de que: preliminarmente considera que o lançamento encontra-se revestido das formalidades legais não tendo sido constatados quaisquer vícios formais ou materiais que o macule.

Quanto ao mérito afirma que *“a hipótese é de improcedência do Recurso Voluntário”*. Em relação à infração 1 diz que a autuação se baseou em presunção legal e a diferença apurada enseja a presunção de omissão de saídas anteriores nos termos do art. 4º, da Lei nº 7.014, ou seja, um fato certo (diferença nos números) leva a certeza de outro fato que não pode ser comprovado, mas que é presumido (omissão de saídas anteriores tributadas). Afirma que a presunção é do tipo *juris tantum*, pois admite prova em contrário. Contudo, observou a Sra. procuradora, *“o contribuinte não trouxe qualquer documento para afastar a presunção verificada no presente PAF. Em relação à infração 2 comenta que o autuado limitou-se a repetir o que já houvera posto quando das alegações na defesa inicial, cujo conteúdo já fora devidamente analisado e julgado pela 4ª JJF não merecendo qualquer reparo a ser feito no acórdão recorrido”*. Reafirma que também quanto a esta infração a *“recorrente não noticiou sequer uma única inovação fática ou jurídica nem tampouco trouxe aos autos qualquer elemento capaz de embasar suas argumentações tendo se limitado a repetir a primeira peça de defesa, salvo o pedido, por óbvio, e, do mesmo modo, sem qualquer embasamento probatório”*. Cita e transcreve o art. 143 do RPAF e conclui: *“constata-se o caráter eminentemente procrastinatório do Recurso em tela, circunstancia esta que torna imperiosa a manutenção do julgado para atacado, razão pela qual opino pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário do autuado.”*

VOTO

Como vimos pelo relatório acima, a Decisão da JJF ratificou o lançamento efetuado pela Fazenda Estadual, em virtude do cometimento por parte do contribuinte de duas infrações ao longo dos exercícios de 2001 e 2002, respectivamente.

As infrações corretamente descritas dizem respeito a fatos semelhantes:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. (Valor histórico: R\$698,83).

2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. (Valor histórico: R\$298,19).

O relatório indica a reabertura do prazo de defesa por mais 30 dias, o que, seguramente, ampliou o prazo para que o contribuinte apresentasse suas razões.

O Recurso Voluntário apresentado caminhou na mesma linha da anterior impugnação e não carrou aos autos nada que pudesse modificar a Decisão da JJF.

Não há que falar-se em cerceamento de defesa quando todos os meios, prazos legais foram respeitados e quando o contribuinte teve a possibilidade de exercer todos os seus direitos para apresentação de tantas quantas provas desejou.

Quanto ao mérito, como bem colocou o opinativo da PGE/PROFIS em relação à infração 1, tratando-se de presunção legal, a diferença apurada enseja a presunção de omissão de saídas anteriores nos termos do art. 4º, da Lei nº 7.014. É um caso típico de presunção do tipo *juris tantum* que admite prova em contrário, mas que o contribuinte não conseguiu fazer.

No que diz respeito à infração 2, como disse a Sra. Procuradora, o autuado limitou-se a repetir o que já houvera posto quando das alegações na defesa inicial. A Decisão da JJF foi correta. Não trouxe o contribuinte nenhum fato ou matéria jurídica ou mesmo qualquer elemento capaz de demonstrar a verdade das argumentações, limitando-se à mesma “catilinária” sem nada acrescentar.

Voto, portanto, pela manutenção da Decisão da JJF e, conseqüentemente, pelo 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 **207158.0030/06-7**, lavrado contra **LENON COMÉRCIO CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$997,02**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS