

**PROCESSO** - A.I. Nº 281318.0703-04/1  
**RECORRENTE** - ELETRO-RIO COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0121-04/03  
**ORIGEM** - INFRAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 29.01.04

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0719-11/03

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas. Foram refeitos os cálculos para correção dos equívocos da autuação, onde se apurou que as omissões de entradas foram em valor superior ao das saídas. Por se tratar de levantamento quantitativo em exercício aberto, deve ser exigido o imposto do sujeito passivo na qualidade de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, em relação as que estiverem ainda fisicamente em estoque. Deve ser também exigido o imposto daquelas mercadorias que já saíram do estabelecimento, com base na presunção legal de que, ao deixar de contabilizar as entradas, o autuado efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriormente realizadas e não contabilizadas. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Corrigidos os equívocos no levantamento quantitativo de estoque, através de diligência fiscal. Entretanto, apurados valores maiores do que os exigidos na Decisão de 1ª Instância, fica mantida a Decisão recorrida, em observância ao princípio processual do *reformatio in pejus*. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo através de seus advogados, em face da Decisão proferida no julgamento na 1ª Instância, que através do Acórdão nº 0121-04/03, considerou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 281318.0703/04-1, que exige a falta de recolhimento do imposto apurado através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em que se constatou em exercício aberto, no período de 01/01 a 21/05/02, diferenças tanto de entradas quanto de saídas, e se exigiu o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, conforme dispõe o art. 60, § 1º do RICMS/97.

A Decisão recorrida - 4ª Junta de Julgamento Fiscal - afastou a preliminar argüida, e no mérito, considerou com base no demonstrativo elaborado pela diligência e observando o art. 15, I, “a” da Portaria nº 445/98, que deve ser exigido o imposto por responsabilidade própria referente às mercadorias não mais em estoque relativo às omissões de entradas, e quanto as mercadorias ainda existentes em estoque, a exigência do imposto ao autuado decorre da condição de

responsável solidário por ser detentor de mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme art. 39, V do RICMS/97.

Considerou, ainda, que a omissão de entradas, presume-se no caso das mercadorias não mais em estoque, que foram pagas com recursos oriundos de operações de saídas antes realizadas sem documentação fiscal, e que ao teor do art. 2º, § 3º do RICMS já citado, autoriza a presunção de omissão de saídas seu pagamento do imposto. Não acatou a aplicação da multa indicada pelo autuante que ao prestar informação fiscal sugeriu que diante do autuado ter apresentado ao SINTEGRA, informações incorretas, que se exigisse a multa e elaborando demonstrativo, conforme fl. 157 do RPAF/99. E concluiu o voto pela Procedência em Parte do Auto de Infração *sub examine* cujo voto teve o seguinte teor:

*“O fundamento da autuação foi em razão do autuado, omitir saídas de mercadorias tributadas, apuradas mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias em exercício aberto.*

*Para instruir a ação fiscal, foi anexado aos autos às fls. 6 a 32, a Auditoria de Estoques - Declaração (Exercício aberto), os levantamentos das entradas, das saídas, do cálculo do preço médio, bem como do demonstrativo das omissões, além de outros documentos.*

*Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade pelo autuado, segundo a qual o autuante incorreu em inúmeros erros na auditoria de estoque. Como justificativa, esclareço que o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, diz que as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre ele se manifestar, querendo.*

*Ressalto que tal providência foi adotada por este relator, que propôs a 4ª JF a conversão do PAF em diligência a ASTEC, a qual foi aceita pela referida junta, no sentido de que auditor fiscal a ser designado adotasse as providências solicitadas à fl. 427, o que foi cumprido, oportunidade em que o diligente acatou os argumentos defensivos e elaborou a planilha de fls. 432 e 433, com os novos valores das omissões de entradas e saídas detectadas nas importâncias de R\$30.685,90 e R\$2.173,88, respectivamente.*

*Instado pela INFAZ Santo Antonio de Jesus para se manifestar sobre a conclusão da diligência da ASTEC, conforme documentos à fls. 437 e 438, no entanto, o autuado apenas se pronunciou às fls. 441 a 443 sobre outros aspectos da diligência, não questionando as diferenças apuradas no levantamento quantitativo de estoques. Interpreto o silêncio do autuado em relação aos novos valores apontados pelo diligente da ASTEC, como um reconhecimento tácito das omissões praticadas pela empresa.*

*Adentrando no mérito da autuação, o meu posicionamento a respeito da infração é o seguinte:*

*I - Pelo demonstrativo de fls. 432 e 433, foi constatado omissão de entradas de várias mercadorias, as quais, em sua quase totalidade, ainda se encontravam fisicamente em estoque. Nessa situação, com base no art. 15, I, “a”, da Portaria nº 445/98, deve ser exigido o imposto do autuado na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), se às mercadorias correspondente à omissão de entradas ainda estiverem fisicamente em estoque. Excluindo o valor dos itens que não mais se encontravam fisicamente em estoque (bicicleta monark barra circular – cód. 7989 e bicicleta monark tropical – cód. 1728, nos valores de R\$3.294,00 e R\$173,65, respectivamente, a omissão de entradas consignada na planilha de fl.*

432/33 no valor de R\$30.685,90, passa a ser de R\$27.218,25 que, calculada na alíquota de 17%, corresponde a R\$4.627,10 de ICMS a recolher;

II - Além da exigência acima e tendo em vista o disposto no art. 15, II, da portaria acima citada, deve ser também exigido o imposto correspondente à omissão de entradas das mercadorias que não mais estiverem em estoque no valor de R\$3.467,65, com ICMS devido de R\$589,50, calculado na alíquota de 17%, as quais foram pagas com recursos oriundos de operações de saídas anteriormente realizadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento em sua escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);

III - Com referência a pretensão do autuante de exigir multa, por ter o autuado prestado informações incorretas ao SINTEGRA, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 167, entendo que a mesma não pode ser cobrada no presente lançamento, uma vez que implica no agravamento da infração, o que é vedado pelo art. 156, do RPAF/99. Desse modo, represento a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração de Infração, para exigir ICMS na importância de R\$5.216,60, tendo como base de cálculo o valor de R\$30.685,90.

Inconformado com o julgamento da 1ª Instância o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário no prazo regulamentar, através de seus representantes legais, onde requereu reforma da Decisão aduzindo as seguintes razões.

- 1) que após a realização de diligência pela ASTEC foi indicado novo valor sob a “Suposta Omissão de entrada” que passou a ser maior do que a “Suposta omissão de Saídas”;
- 2) que o relator interpretou o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito quanto aos valores apontados na diligência referida, mas que tal interpretação não pode ser admitida;
- 3) considera que nenhum outro levantamento realizado pelo Fisco através das suas diligências pode substituir o levantamento realizado pelo autuado na sua contestação que apontou vícios insanáveis no levantamento elaborado pelo autuante;
- 4) diz que de acordo com a Portaria nº 445/98, que no inciso I do art. 3º, determina que se adote criterioso rigor na quantificação das mercadorias, e que no trabalho do autuante não se verificou esse critério rigoroso na realização da auditoria;
- 5) assevera que os novos valores apontados pela ASTEC também não merecem credibilidade, porque também contêm vícios insanáveis, e violam o citado dispositivo da referida Portaria. E junta controle de estoque dos produtos objeto do levantamento constante do Parecer da ASTEC onde também demonstra inconsistência;
- 6) exemplifica com um produto “televisão Philips” (Código nº 34908), em que havia no estoque inicial 9 unidades. O levantamento da ASTEC não aponta nenhuma entrada, e apenas constam 2 saídas com notas fiscais, enquanto houve 21 unidades de entradas e 29 de saídas, e o estoque final aponta 20 unidades, quando na verdade em 21/05/02, só existia 1 unidade do produto. E que produto consta no levantamento da ASTEC, mas que não fez parte do levantamento físico do autuante em 21/05/02.
- 7) Argúi que os produtos ao saírem da empresa estavam acompanhados de notas fiscais, tanto que a diligência da ASTEC apurou saídas com notas superiores às entradas com notas fiscais;
- 8) afirma que não causou nenhum prejuízo ao erário, por não ter contabilizado a entrada e, conseqüentemente, deixou de utilizar o crédito fiscal que faria jus;

9) requer a nulidade, por que “seria impossível determinar com segurança a eventual infração cometida”, e cita o art. 18, inciso IV do RPAF/99.

Conclui requerendo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

A então PROFAZ, atual PGE/PROFIS, à fl. 492 dos autos, solicitou diligência fiscal quanto aos documentos juntados pelo sujeito passivo no Recurso Voluntário, pois considerou que da análise dos autos, tratando-se de matéria meramente fática o diligente não dirimiu as dúvidas, e sugeriu nova diligência àquele mesmo órgão, objetivando complementar a diligência e que deveriam ser esclarecidas as seguintes questões:

1. Se os documentos acostados pelo recorrente tem o condão de alterar o levantamento realizado pela ASTEC?
2. Recomendava a apresentação pelo diligente, do novo demonstrativo do débito devido ao erário estadual.

A diligência foi acatada pela então relatora, e submetida à 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo a mesma, decidido pela realização da referida diligência.

Segundo o diligente fiscal - fls. 496 a 507 – com base na documentação anexada pelo autuado, às fls. 53 a 159 e 470 a 489, confrontando com o demonstrativo elaborado pelo autuante, o levantamento quantitativo foi feito, e apuradas diferenças de entradas de várias mercadorias em sua quase totalidade, e que parte das mesmas ainda se encontravam fisicamente em estoque. Aplicando o que dispõe a Portaria nº 445/98, deve ser exigido o imposto por responsabilidade solidária, no montante de R\$ 4.453,10, e o imposto correspondente à omissão de entradas das mercadorias não mais existentes em estoque no valor de R\$786,02, indicadas pelo diligente fiscal nos demonstrativos que elaborou, às fls. 498 a 503 dos autos.

O autuado ao tomar ciência da diligência fiscal conforme AR fl. 518 dos autos, apresentou novos argumentos, se manifestando quanto ao contido no Parecer da ASTEC, onde diz que as notas fiscais apresentadas pelo autuado e expressamente ratificadas pelo autuante estão lançadas nos livros de Registro de Entradas e de Saídas, e que ao seu ver, não há mais o que se falar em omissão de saídas, porque estaria em contradição com as afirmações do autuante na informação fiscal. Alega, ainda, que a aplicação da penalidade fixa também não teria suporte fático por que não houve divergência entre as informações constantes nos documentos fiscais e nos arquivos do SINTEGRA.

Afirma que o Auto de Infração não tem Procedência, e do mesmo modo a penalidade fixa aplicada, e que por esta razão considera que a diligência fiscal realizada é inócua. Transcreve trechos do Parecer ASTEC nº 0026/2003, e diz que o levantamento realizado pelo diligente contém erros. Insurge-se com o valor indicado no novo Parecer da ASTEC.

Argúi a existência de vícios e diz que o Parecer apresenta um elevado índice de inconsistência, o que o torna Nulo, citando o disposto no artigo 18, inciso IV do RPAF/99. Conclui a manifestação requerendo a nulidade e a total improcedência do Auto de Infração.

PGE/PROFIS – fls. 530 a 531 – em sua manifestação, observou que diante da alegação do autuado da existência de aquisições no levantamento, requereu a realização de diligência, e a ASTEC exarou Parecer Técnico. Considera que da análise feita pelo diligente fiscal, o mesmo concluiu que da análise dos documentos juntados ao processo houve redução do valor do débito. Assim entende que as razões do recorrente foram capazes de provocar reforma no Acórdão de 1ª Instância, e opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente afasto a arguição de nulidade, porquanto não se vislumbra o prejuízo para a parte, e não houve cerceamento de defesa, uma vez que o sujeito passivo exerceu, e continua exercendo, o seu direito assegurado no texto constitucional (art. 5º, inciso LV), do contraditório e da ampla defesa.

Entendo que a realização de diligência pela ASTEC é a prova de que este Tribunal Administrativo persegue a busca da verdade material, pois o que se procura realizar é um julgamento do crédito tributário constituído através do lançamento de ofício, pautado nos princípios que regem a Administração Pública, insculpidos no art. 37 da CF/88, e consoante os princípios que informam o art. 2º do RPAF/99 (Decreto nº 7629/97 e alterações posteriores).

Analizando os elementos constantes dos autos, verifico que os levantamentos e demonstrativos de estoque anexados ao processo às fls. 6 a 21 dos autos, relativamente ao período de 01/01/2002 a 21/05/2002 (exercício aberto), apontaram diferenças tanto de entradas quanto de saídas, e foi adotado o que determina o art. 13, II, “a” da Portaria nº 445/98, e do disposto no art. 60, § 1º do RICMS/97, em que levar-se-á em conta para a exigência do imposto, a ocorrência ou diferença de maior expressão monetária.

Assim, no caso *sub examine*, que trata de exigência fiscal em decorrência da falta de recolhimento de imposto, apurado em razão de diferenças de entradas e de saídas mediante levantamento quantitativo de estoques, em exercício aberto, diante dos argumentos do recorrente e dos documentos apresentados no Recurso Voluntário, o processo foi convertido em diligência, a pedido da PGE/PROFIS, e reiterado pela relatora, à fl. 494, para que a ASTEC fizesse o cotejo dos números apresentados referente às mercadorias objeto do levantamento elaborado pelo autuante, tendo em vista que no Parecer (fls. 428 a 431), deste mesma Assessoria o diligente considerou os dados apresentados pelo autuado às fls. 160 a 163, mas que não se podia afirmar que as notas fiscais juntadas no Recurso Voluntário tinham sido consideradas.

Deste modo, o diligente fiscal – fl. 496 a 507 – através do Parecer técnico nº 0212/03, após o refazimento dos levantamentos e do demonstrativo de débito, em que apontou novos valores do débito, para exigir o ICMS do recorrente na condição de responsável solidário, relativamente às mercadorias correspondentes às omissões de entradas, e que ainda se encontravam em estoque, e o valor de imposto relativo à omissão de entradas quanto as mercadorias que não estão mais em estoque.

Portanto, o acertamento do valor do débito já tendo sido objeto de duas diligências fiscais, entendo que a última diligência, corrigiu os cálculos, e seguindo as orientações da já citada Portaria nº 445/98, apontou o débito remanescente. Entretanto, como o valor apurado na referida diligência, é maior do que o considerado no julgamento de 1ª Instância, que é o objeto da Decisão Recorrida, não pode prevalecer o valor apontado pelo diligente fiscal, tendo em vista que o sujeito passivo ao recorrer da decisão não pode ter a sua situação agravada, em face do princípio do “*reformatio in pejus*”.

Neste sentido, entendo que não obstante os novos valores apontados na diligência, que apura um débito de R\$5.239,12, devem ser mantidos os valores até o limite da Decisão recorrida, que considerou o valor R\$5.216,60, pelos fundamentos acima aduzidos, e com base no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal para exigir o valor remanescente de R\$22,52.

Por todo o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e mantenho o valor do imposto indicado no julgado de 1ª Instância, confirmando a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **281318.0703/04-1**, lavrado contra **ELETRO-RIO COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.216,60**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS