

A. I. Nº - 206969.0005/05-7  
AUTUADO - BONI COMÉRCIO DE BORRACHA LTDA.  
AUTUANTE - IRELNE ERCI LINO  
ORIGEM - INFAS ILHÉUS  
INTERNET - 07/11/2005

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0395-03/05**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. É devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia e diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2005, refere-se à exigência de R\$48.529,90 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por dferimento, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004.

O autuado apresentou impugnação (fls. 227 a 233), suscitando preliminares de nulidade, com os seguintes argumentos:

1 – O Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado, por isso, o autuado entende que o autuante não se deu ao trabalho de fiscalizar os livros e documentos fiscais da empresa. Citou o art. 196, do CTN e ensinamentos do Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes, concluindo o defensor que se admite a lavratura de Auto de Infração fora do local do estabelecimento “nos casos de feiras, exposições, mostras, mercadorias em consignação, mercadorias em trânsito ou quando motivo grave impeça a lavratura no estabelecimento”.

2 – Inexistência de intimações para esclarecimentos: o autuado entende que, se foi constatada qualquer irregularidade, o autuante deveria intimar o contribuinte por escrito, antes de lavrar o Auto de Infração, para que fossem prestados os necessários esclarecimentos. Disse que esse procedimento é obrigatório, face ao princípio do contraditório.

3 – Cerceamento do direito de defesa: o contribuinte alegou que foi pressionado pelo exíguo prazo concedido pelo preposto fiscal para apresentação da documentação, e o autuante não se designou a apurar a verdade dos fatos, e pelo simples fato de ter encontrado uma pequena diferença entre as entradas e saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, aplicou a presunção de omissão de saídas, mas, entende que, na verdade, a presunção somente deve ser aplicada quando não existem outros meios de apurar o imposto.

Quanto ao mérito, o autuado alegou que em relação à irregularidade apontada, devem ser observados os seguintes artigos do RICMS/97, que transcreveu: art. 2º, § 3º, IV; art. 39, VIII; art. 40, I; art. 129 e seu parágrafo único; art. 342; art. 343, VII; art. 344; art. 347 e seu § 2º; art. 349.

O defensor argumentou que o presente Auto de Infração está baseado em presunção fiscal totalmente incompatível com a atividade vinculada da Administração Tributária, e que o imposto

foi exigido sem prova concreta da ocorrência de fato gerador, haja vista que não ficou comprovado nos autos através de documento inequívoco o ingresso de receita ou riqueza, tendo sido baseada a infração pela indicação de que ocorreu omissão de entradas apurada por meio de levantamento de estoques. Prosseguindo, o autuado contestou a multa aplicada, por entender que a mesma adquire o caráter confiscatório, por excesso de penalidade, e isso impede ou dificulta a iniciativa de qualquer contribuinte liquidar seus débitos perante a Receita Estadual. Pede a redução total da multa aplicada, por considerar que são indevidos os valores exigidos.

O defensor comentou, ainda, sobre a importância da perícia ou revisão fiscal, apresentando o entendimento de que a perícia destina-se a efetuar o confronto dos seus livros e documentos fiscais com os elementos que deram origem ao lançamento, verificando a sua regularidade, certeza e exatidão, ressaltando que a escrituração de livros comerciais e fiscais sem documentos que lhe dê sustentação, não tem qualquer validade. Por fim, pede a improcedência do presente Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 280 a 285 dos autos, dizendo que as preliminares apresentadas pelo defensor estão totalmente equivocadas, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado na Infaz Ilhéus, na forma regulamentar, e o contribuinte confunde “verificação” com “ocorrência”. Disse que o levantamento fiscal e o Auto de Infração atendem a todas as formalidades legais, inclusive quanto ao local de lavratura.

Quanto ao argumento defensivo de que há necessidade de intimações ao contribuinte para prestar esclarecimentos e que houve cerceamento do direito de defesa, disse que esses são outros equívocos do contribuinte, haja vista que foi efetuado levantamento quantitativo de estoques, e as dúvidas surgidas durante os trabalhos foram sanadas, por isso entende que não há que se falar em intimação para esclarecimentos, inexistindo cerceamento do direito de defesa, porque o contraditório se estabelece após a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, a autuante, argumentou que a descrição dos fatos, constante do Auto de Infração, está clara, não deixando dúvida quanto ao enquadramento legal, e foram anexados aos autos o levantamento fiscal efetuado, ficando caracterizado que o autuado adquiriu a mercadoria CERNAMBI, junto a produtor rural não inscrito, e não emitiu a nota fiscal de entrada correspondente. Disse que o diferimento é um benefício fiscal, que não exclui a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para acompanhar as mercadorias, e o fato de o encerramento do diferimento ocorrer em etapa posterior à saída do estabelecimento não exime o contribuinte da emissão de documentos fiscais.

A autuante argumentou, também, que no caso em exame, não há que se falar em prova concreta de que houve aumento do patrimônio do autuado, como foi alegado nas razões defensivas, considerando que o imposto é sobre a circulação de mercadorias. Quanto à multa, de 70%, considerada confiscatória pelo defensor, disse que foi indicado o percentual previsto na legislação.

Disse, ainda, que o defensor comentou sobre perícia contábil, mas não solicitou a sua realização, nem apresentou qualquer motivo para justificar essa necessidade, por isso, espera que não seja deferida qualquer perícia ou diligência. Salientou que em nenhum momento o autuado contestou os dados do levantamento fiscal, e as cópias das notas fiscais anexadas aos autos comprovam que estão corretos os dados da auditoria de estoques realizada, inexistindo qualquer retificação a ser efetuada nos demonstrativos. Por fim, informou que mantém integralmente a exigência fiscal e pede a sua procedência.

Considerando que não se encontra nos autos o demonstrativo completo de cálculo das omissões referentes ao exercício fiscalizado, faltando o quadro resumo completo da Auditoria de Estoques, esta JJJ, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante juntar ao

presente processo o mencionado demonstrativo, e a repartição fiscal fazer a entrega de cópia de todo o levantamento fiscal ao autuado ou seu representante legal, mediante recibo, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

A autuante prestou nova informação fiscal à fl. 292, esclarecendo que “vem anexar todos os demonstrativos componentes da auditoria de estoques” objeto do presente Auto de Infração.

Foi expedida nova intimação ao autuado (fl. 319), acompanhada de cópias da informação fiscal e dos demonstrativos acostados aos autos pela autuante (fls. 292 a 318), sendo concedido o prazo de 30 dias para nova defesa. Entretanto, não foi apresentada qualquer manifestação pelo sujeito passivo.

## VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência por estranho ao feito e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que a perícia é desnecessária, e quanto à diligência, os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide

Rejeito as preliminares de nulidade apresentadas pelo sujeito passivo, pelos seguintes motivos:

1 – Em relação ao argumento defensivo de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado, o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, estabelece que “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Portanto, se a lavratura não ocorreu no estabelecimento autuado, e sim na Infaz Ilhéus, está de acordo com a legislação em vigor.

2 - Inexistência de intimações para esclarecimentos: esse instrumento não se constitui requisito indispensável à lavratura do Auto de Infração, e não existe qualquer previsão regulamentar neste sentido. Ademais, o contribuinte tem a oportunidade de prestar os esclarecimentos e juntar provas que dispunha para elidir a exigência fiscal, na apresentação da impugnação ao Auto de Infração.

3 - Cerceamento do direito de defesa: constato que os fatos foram descritos no Auto de Infração, foram acostados demonstrativos para comprovar a irregularidade apurada, e o contribuinte recebeu cópia do levantamento fiscal. Assim, entendo que não se configurou no presente PAF o cerceamento do direito de defesa ou inobservância do devido processo legal, como alegado pelo deficiente.

Constatou que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, verifico que o presente Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004, sendo constatada diferença quantitativa de entradas de mercadoria tributável, e exigido o imposto, relativamente à diferença encontrada.

Inconformado, o autuado alegou em sua defesa que o imposto foi exigido sem prova concreta da ocorrência de fato gerador, haja vista que não ficou comprovado nos autos através de documento inequívoco o ingresso de receita ou riqueza, tendo sido baseada a infração pela indicação de que ocorreu omissão de entradas apurada por meio de levantamento de estoques.

Observo que o levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com os inventários inicial e final registrados no livro próprio, em um determinado período, levando-se em conta as quantidades de mercadorias e sua respectiva expressão monetária.

Os procedimentos a serem adotados no levantamento quantitativo estão disciplinados na Portaria nº 445/98, e como resultado do mencionado levantamento, pode-se constatar omissão de saídas e/ou omissão de entradas.

No caso de omissão do registro de entradas, a legislação estabelece que a exigência do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais, consequentemente, sem o pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º e Portaria 445/98, art. 7º, inciso II).

Vale ressaltar, que a citada legislação prevê a possibilidade de o contribuinte comprovar a improcedência da presunção, com a apresentação das provas que dispunha ou indicação de algum equívoco no levantamento fiscal, o que não ocorreu.

Constato que a exigência fiscal está lastreada em documentos e livros fiscais, conforme demonstrativos acostados aos autos, fls. 06 a 29 e 293 a 317, não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor os dados do levantamento fiscal, e os fatos descritos no Auto de Infração estão vinculados à escrituração e documentos que estão na posse do autuado, cuja prova de suas alegações poderia ter sido juntada ao presente processo.

A legislação estabelece que “a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações” (art. 123 do RPAF/99), e “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal” (art. 143 do RPAF/99).

Também não é acatada a alegação defensiva de que o fato narrado no Auto de Infração não é gerador de ICMS, haja vista que foi constatada omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária por diferimento, sendo devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Concordo com o posicionamento da autuante de que o diferimento que não exclui a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para acompanhar as mercadorias, e o fato de o encerramento do diferimento ocorrer em etapa posterior à saída do estabelecimento não exime o contribuinte da emissão de documentos fiscais nas entradas das mercadorias adquiridas de contribuintes não inscritos.

Em relação à multa indicada pela autuante, considerando que o imposto foi exigido em decorrência de levantamento quantitativo de estoques que resultou na apuração de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, entendo que está correto o percentual indicado no Auto de Infração (70%), de acordo com o art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Saliento que este órgão julgador não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206969.0005/05-7, lavrado contra **BONI COMÉRCIO DE BORRACHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$48.529,90**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR - JULGADORA