

PROCESSO - A. I. Nº 294888.0006/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MILLANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - MILLANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0065-04/06
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 13/11/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0367-11/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXERCÍCIO ABERTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Tratando-se de levantamento quantitativo em exercício aberto, detectando-se tanto omissão de entrada como omissão de saída de mercadorias, e constatando-se que parte das mercadorias correspondentes à omissão de entradas ainda está fisicamente em estoque, como ocorreu no caso concreto, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, como também o imposto devido pela omissão de saída por se constituir comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo às operações efetuadas sem emissão de documentos fiscais. De ofício foi declarada NULA a primeira infração, devendo ser renovada salvo de falhas. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº. 0065-04/06, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a-1”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, no montante de R\$ 132.381,70, sendo:

1. R\$ 86.319,92, em razão da falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01/2005 a 20/04/2005), e
2. R\$ 46.061,78, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no citado período.

A Decisão recorrida foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, pois a autuante refez os demonstrativos após acatar parcialmente os argumentos apresentados na peça defensiva, conforme documentos às fls. 341 a 389 do PAF, reduzindo os valores das infrações e justificando o motivo de não acatar algumas notas fiscais. Assim, após tais considerações a JJF concluiu que:

1. as notas fiscais de saídas apontadas foram consideradas pela autuante, com exclusão das notas mães, pois foram devidamente apropriadas as notas fiscais relacionadas com aquelas, e
2. concorda com a justificativa apresentada pela autuante, na informação fiscal, quanto à inclusão e exclusão das notas fiscais relacionadas na peça de defesa, concluindo pela correção do novo levantamento de estoques de fl. 371 dos autos;

Porém, por ter o novo levantamento de estoques apurado também omissão de entradas e de saídas de mercadorias, foi decidido que se deve aplicar o art. 9º da Portaria nº 445/98. Assim, como as quantidades de saídas omitidas foram superiores às omissões de aquisições de mercadorias, deve prevalecer a exigência com relação à infração 02, com ICMS no valor de R\$ 32.051,86, do que interpõe Recurso de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/89.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 432 e 433 dos autos, onde ressalta que o Acórdão JJF nº 0065-04/06, julgou a defesa fiscal procedente em parte, desconsiderando algumas notas fiscais juntadas pelo recorrente. Assim requer que sejam levadas em consideração por esse nobre Conselho.

Aduz também que a autuante não procedeu a conferência do estoque físico na presença do autuado ou de prepostos por ele indicados, o que torna seu levantamento nulo de pleno direito, porque a assinatura aventada pelos nobres julgadores não pertence a qualquer preposto autorizado pelo recorrente, como se poderá constatar através de diligência, desde já requerida.

Por fim, requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário.

Às fls. 438 a 439 dos autos, a PGE/PROFIS salienta que por se tratar de discussão eminentemente de matéria de fato, diante da defesa e da documentação apresentada pelo contribuinte, a própria autuante revisou seu lançamento alterando os valores das infrações para R\$ 8.733,43 e R\$ 32.051,86, acatando toda documentação comprobatória que servisse para a redução da infração e justificando uma a uma as razões pelas quais não considerou as notas fiscais desprezadas.

Destaca que, posteriormente, a ilm^a. relatora do PAF cuidou de esclarecer todas as dúvidas e de investigar todas as alegações apresentadas pelo autuado através de uma verificação nota a nota da documentação apresentada, quando concluiu pela correção do novo levantamento de estoques, aplicando o disposto na Portaria 445/98, afastando o lançamento quanto à infração “01” por entender que se deveria apenas considerar aquela que acarretou o maior imposto não recolhido, no caso a omissão de saídas, acarretando uma expressiva redução do ICMS devido para R\$ 32.051,86.

Sustenta que no Recurso Voluntário interposto o contribuinte apenas repete as alegações da impugnação e não acrescenta nenhum documento novo ou produz novas provas que possam elidir as infrações, sendo cediço no processo administrativo fiscal que *“a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Por fim, aduz que não vislumbra pertinência na nulidade alegada pelo recorrente.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida pelo recorrente, pois a Declaração de Estoque, às fls. 15 a 17 dos autos, consigna a assinatura da Sr^a. Marly Santiago Pool, a qual declara também o recebimento de todos os papéis de trabalho constantes no PAF, inclusive o próprio Auto de Infração, o que comprova, ao contrário do que afirma o recorrente,

tratar-se de preposto do contribuinte autorizado para acompanhar a referida contagem do estoque, realizada em 20/04/2005, pelo preposto do fisco.

Trata-se de lançamento do crédito tributário fundamentado em levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, em exercício aberto, inerente ao período de 01/01/2005 a 20/04/2005, no qual se constatou omissão nas quantidades de entradas e de saídas, sendo exigido o ICMS relativo: à presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriores (infração 1) e às operações de saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos fiscais (infração 2).

Contudo, no caso sob análise, por se tratar de levantamento quantitativo em exercício aberto, detectando-se tanto omissão de entrada como omissão de saída de mercadorias, duas situações podem ocorrer, consoante previsto no art. 15 da Portaria nº. 445/98, conforme a seguir:

- I. se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas ainda estiverem fisicamente em estoque, deve ser cobrado o imposto por omissão de saída e o imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97);
- II. se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas não mais estiverem no estoque, adotar-se-á o procedimento de se exigir o imposto sobre a ocorrência de maior valor monetário, existente entre a omissão de entrada e a omissão de saída.

No caso concreto, observo que tanto no demonstrativo original (fl. 32), quanto no demonstrativo retificado (fl. 371), se materializa a hipótese prevista no primeiro inciso, ou seja, a existência de omissão de entradas de mercadorias ainda em estoque, no caso, 17.543 kg de milho de pipoca; 2.253 kg de ração para pássaro preto e sabiá, e 48 kg de canjica amarela, conforme apurado à fl. 371 dos autos e a seguir explicitado:

FONTE: DEMONSTRATIVO de fl. 371

| Produto | Estoque Final | Omissão Entradas | Qde Omitida em Estoque | Preço Médio | B.C. Responsab. p/ Solidariedade | Alíq. % | ICMS Resp. Solidária |
|------------------------|---------------|------------------|------------------------|-------------|----------------------------------|---------|----------------------|
| Canjica Amarela | 305,5 | 48,0 | 48,0 | 0,96 | 46,08 | 7% | 3,23 |
| Milho de Pipoca | 34.366,0 | 17.543,0 | 17.543,0 | 1,56 | 27.367,08 | 7% | 1.915,70 |
| Ração p/ Sabiá | 2.253,0 | 55.674,0 | 2.253,0 | 0,72 | 1.622,16 | 17% | 275,77 |
| Total ICMS Solidário : | | | | | | | 2.194,70 |

Assim, nos termos do dispositivo acima caberia a exigência do ICMS incidente sobre a omissão de saída, no valor de R\$ 32.051,86, conforme decidido no Acórdão recorrido, como também a exigência do imposto devido pelo sujeito passivo (fornecedor), na condição de responsável solidário, no valor de R\$ 2.194,70, consoante demonstrado à fl. 371 dos autos, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, diante das seguintes considerações:

1ª) No Recurso Voluntário o recorrente requer a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de não ser de seu preposto a assinatura aposta no levantamento físico do estoque, fato este já rechaçado na análise da preliminar;

2ª) Quanto ao mérito, não cabe razão ao recorrente, o qual se limita a aduzir que devem ser consideradas algumas notas fiscais juntadas na impugnação e não relevadas na Decisão recorrida. Entendo que toda documentação comprobatória foi considerada, o que acarretou na redução dos valores exigidos, sendo esclarecidos, à fl. 339 dos autos, os motivos de algumas notas fiscais não serem acatadas, a exemplo da nota fiscal nº. 660, por se referir a um período estranho ao fiscalizado, como também das notas fiscais de nº. 4152, 4186, 4231 e 4268, por se tratarem de “notas mães”, vinculadas às notas fiscais 4153 a 4156; 4187 a 4191; 4232 a 4234 e 4269 a 4272, as quais foram consignadas no levantamento fiscais.

3ª) Inerente ao Recurso de Ofício, entendo correta a Decisão no que diz respeito à segunda infração, relativo à exigência do ICMS sobre omissão de operações de saídas de mercadorias

tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, cujo valor exigido foi reduzido de R\$ 46.061,78 para R\$ 32.051,86, após as devidas considerações dos documentos comprobatórios trazidos aos autos pelo sujeito passivo.

4ª) Contudo, no tocante à primeira infração, conforme já anteriormente esclarecido, caberia a exigência do ICMS por responsabilidade solidária, no valor de R\$ 2.194,70, por se tratar de apuração em exercício aberto, e não o imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, como consignado no lançamento original. Por conseguinte, deve ser considerada nula a primeira infração para que seja refeita salvo de falhas.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, ao tempo que, nos termos do art. 20, do RPAF, declaro de ofício NULA a “Infração 1” do Auto de Infração, do que represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal salvo de falhas, consoante previsto no art. 156 do RPAF, relativo àquela exigência, no valor de R\$2.194,70, sob a acusação de ICMS por responsabilidade solidária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, modificar a Decisão recorrida para julgar **NULA 1** e julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 294888.0006/05-9, lavrado contra **MILLANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.051,86**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/99, determinar a instauração de novo procedimento fiscal, salvo de falhas, para cobrança do imposto que deixou de ser reclamado a título de responsabilidade solidária.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS