

A. I. Nº - 147162.0007/98-2  
AUTUADO - MAR PESCADOS DE ILHÉUS LTDA.  
AUTUANTE - WILSON BEZERRA DO NASCIMENTO  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
INTERNET - 15/12/2006

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0391-03/06**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS 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. Refeitos os cálculos da autuação, mediante diligência, remanescem diferenças, tanto de entradas como de saídas, no mesmo exercício. A tributação nesse caso deve recair sobre a diferença de maior expressão monetária, a de entradas, com base na presunção de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas. Neste caso, a exigência fiscal sobre a omissão de saídas é insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 16/11/98, refere-se à exigência de R\$27.287,63 de ICMS, acrescido da multa de 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem emissão de documentos fiscais, consequentemente sem a respectiva escrituração, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 1993 a 1997. Valor do débito: R\$22.085,15.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 1993 a 1997. Valor do débito: R\$5.202,48.

O autuado, em sua impugnação (fls. 100 a 105), apresenta preliminar de nulidade, alegando que o documento à fl. 09 não foi assinado por seu representante, tendo em vista que o Sr. Edvaldo N. da Silva, signatário do documento, não pertence ao quadro de funcionários da empresa, presta serviços esporádicos e eventuais, e por isso, a declaração por ele prestada não tem qualquer valor para o fim que fora utilizada. Quanto ao mérito, o defendant alega que constatou diversos equívocos no levantamento fiscal, e por isso, indicou às fls. 102/105 os erros constatados. Juntou aos autos fotocópias de documentos fiscais.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 228 a 230 dos autos, em relação à preliminar de nulidade, diz que a declaração à fl. 09 foi solicitada via fax, sendo apresentada sem qualquer objeção, e não deve ser acatada a alegação defensiva, tendo em vista que o autuado tomou conhecimento da solicitação do Fisco. Em relação ao mérito, acatou algumas correções indicadas

pelo autuado em sua impugnação, e salientou que não houve qualquer contestação quanto ao exercício de 1993. Juntou ao presente processo dois demonstrativos referentes aos exercícios de 1994 e 1995, ficando inalterados os levantamentos referentes aos exercícios de 1996 e 1997.

O presente processo foi convertido em diligência (fls. 237/238), para ser efetuada revisão e apurados os pontos divergentes por fiscal estranho ao feito, inclusive em relação à autenticidade dos dados constantes do documento à fl. 09 e sua repercussão no levantamento fiscal, fazendo as necessárias correções.

De acordo com a informação prestada pelo Auditor Fiscal Ricardo Jorge Fernandes Dias à fl. 241, o documento à fl. 09 não é confiável, e por isso, refez alguns demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques (fls. 242 a 245), tendo sido apurados novos valores. Sugere a procedência parcial da autuação.

Intimado a tomar conhecimento da revisão fiscal efetuada por estranho ao feito, o defendente apresenta nova manifestação às fls. 255 a 264, aduzindo que foi apurado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que o documento à fl. 09 não é confiável, mas o defendente diz que ficou surpreso no momento em que o Auditor apresentou planilha que, “afora ter incluído algumas notas fiscais de saída, não alterou em nada o que foi apurado pelo Auditor autuante”. O autuado entende que o revisor deveria buscar elementos concretos para manter os parâmetros utilizados pelo autuante em seu demonstrativo de estoque. Afirma que não é possível precisar a média ou proporção de pesos dos camarões sem cabeça, descascados, lagostas sem cabeça e outros. Diz que o CONSEF já se posicionou pela improcedência de Autos de Infração em casos semelhantes, e em relação à falta de elementos que possam dar suporte à autuação, cita o Acórdão CJF 0374/99, da 2ª Câmara de Julgamento fiscal. Dessa forma, pede que seja o presente Auto de Infração declarado nulo por insuficiência de documentação que comprove os parâmetros adotados pela fiscalização para a exigência fiscal. Argumenta, também, que além dos equívocos do levantamento quantitativo, na apuração do débito foi tomado como base de cálculo preços superiores aos da pauta fiscal da época. Entende que não houve qualquer prejuízo para o Fisco no procedimento adotado pela empresa, tendo em vista que o tributo foi recolhido na sua integralidade. Salienta que a obrigação tributária nasce quando há subsunção do fato à norma, e todo processo administrativo deve ser pautado na mais extrema observância da aplicação do princípio da ampla defesa e na busca da verdade material. Cita ensinamentos de José Artur Lima Gonçalves, em sua obra, Imposto Sobre a Renda. Prosseguindo, o defendente fala sobre a vedação ao confisco, da limitação para a imposição de penalidades pecuniárias, e afirma que o fisco aplicou penalidade que tem caráter eminentemente confiscatório, uma vez que excede o limite máximo aceito pelo STF de 30% do valor do débito. Por fim, pede a nulidade do Auto de Infração, por entender que o mesmo não contém suporte fático suficiente para encontrar norma individual e concreta, configurando cerceamento de defesa. Por cautela, pede a improcedência da autuação, por não ter o autuante demonstrado o percentual de perda essencial para a confirmação dos demonstrativos elaborados na fiscalização. Diz que houve aplicação exorbitante da penalidade pecuniária, que deve ser reduzida para 30%, caso não sejam aceitos os pedidos anteriores.

O Auditor Fiscal Ricardo Jorge Fernandes Dias prestou nova informação fiscal à fl. 270, juntando cópia de Instrução Normativa de nº 134/94, publicada no Diário Oficial de 30/06/1994, contendo a pauta fiscal utilizada por ele para a correção dos preços das mercadorias objeto da autuação. Diz que, com base nesta Instrução Normativa o valor do Auto de Infração fica alterado conforme novo demonstrativo que acostou aos autos às fls. 272 a 275. Sugere a procedência parcial do Auto de Infração, considerando as alterações efetuadas, em atendimento às alegações defensivas e notas fiscais apresentadas pelo autuado.

O defendente se manifestou à fl. 284 sobre os novos elementos acostados aos autos, argumentando que apesar das alterações efetuadas no cálculo do imposto exigido, razão ainda não assiste ao fisco, tendo em vista que não foi analisada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito a

questão da proporcionalidade utilizada na base de cálculo. Em relação ao documento à fl. 09, alega que foi questionada a proporção utilizada pelo autuante que distorce da realidade e não há provas robustas nos autos dessa proporcionalidade, o que torna a autuação improcedente.

O Inspetor Fazendário de Ilhéus se manifestou à fl. 287, analisa a autuação fiscal e afirma que deveria ter havido, à época, determinação de refazimento do Auto de Infração, preservando a exigência somente sobre o maior dos resultados anuais, de acordo com a Portaria 445/98.

## VOTO

A primeira infração trata da falta de recolhimento de ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 1993 a 1997.

A infração 02 refere-se à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 1993 a 1997.

Observo que em todos os exercícios fiscalizados, o autuante apurou omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativos de fls. 10 (exercício de 1993), 14 (1994), 35 (1995), 57 (1996) e 79 (1997), sendo exigido o imposto em relação à omissão de entradas na primeira infração, e sobre a omissão de saídas na segunda infração.

O autuado alegou nas razões de defesa que constatou divergências no levantamento fiscal, que o documento à fl. 09 não foi assinado por seu representante, tendo em vista que o Sr. Edvaldo N. da Silva, signatário do documento, não pertence ao quadro de funcionários da empresa, presta serviços esporádicos e eventuais.

Por determinação deste órgão julgador, foi efetuada revisão por estranho ao feito, permanecendo ainda, omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias, e neste caso, considerando que o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que, o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas, conforme (art. 13, inciso II da Portaria 445/98, c/c art. 60, II “b” do RICMS/97).

Vale salientar, que de acordo com a Portaria 445/98, apesar de ter sido apurado omissão de saídas, e sendo o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto sobre a omissão de entradas, e a verificação da omissão de saídas deve ser consignada expressamente no Auto de Infração juntando-se aos autos os papeis de trabalho correspondentes, para que sirvam como elementos de prova. Neste caso, não deve ser exigido o imposto sobre a omissão de saídas como entendeu o autuante.

A alegação defensiva de que o documento à fl. 09 não é válido e que não é possível precisar a média ou proporção de pesos dos camarões sem cabeça, descascados, lagostas sem cabeça, não pode ser acatada, tendo em vista que é possível estabelecer essa proporção; se o autuado não concorda, deveria providenciar os meios necessários à prova pretendida, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de elementos, haja vista que se trata de fatos e documentos que estão ao alcance do contribuinte.

Acatando os demonstrativos elaborados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que refez os cálculos, concluo pela subsistência parcial da infração 01, conforme valores apuados à fl. 272, sendo indevido o imposto exigido na infração 02, conforme previsto na Portaria 445/98.

Em relação ao pedido formulado pelo defendant para que a penalidade aplicada seja reduzida para 30%, saliento que este órgão julgador não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de 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 PARCIAL.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147162.0007/98-2, lavrado contra **MAR PESCADOS DE ILHÉUS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.594,54**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR