

**PROCESSO** - A. I. Nº 206881.0007/07-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - SEARA ALIMENTOS S/A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0381-01/08  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 05/03/2009

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO CJF Nº 0007-11/09

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Tais diferenças constituem comprovação da realização de operações sem emissão de documento fiscal exigível e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido, relativo às operações efetuadas sem emissão de documentos fiscais. Revisão fiscal comprovou débitos remanescentes decorrentes de operações de saídas de mercadorias. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência parcialmente subsistente, após os devidos ajustes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JF, através do Acórdão nº 0381-01/08, que julgou procedente em parte o Auto de infração em epígrafe, o qual exige o ICMS no montante de R\$ 109.449,12, decorrente da constatação de seis infrações, sendo objeto do referido Recurso de Ofício apenas as infrações 1, 2 e 3, a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$47.169,69, 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 os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2004/2005;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$38.293,82, 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2004/2005.

INFRAÇÃO 3 - Falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$2.104,10, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas enquadradas no regime de substituição tributária, 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 nos exercícios de 2004/2005.

A Decisão recorrida julgou o Auto de infração procedente em parte, no valor de R\$36.663,48, após ressaltar que o sujeito passivo reconheceu a pertinência das exigências relativas às infrações 4, 5 e 6, insurgindo-se, exclusivamente, contra as infrações 1, 2 e 3.

Em seguida, aduziu a JJF que, diante das arguições e documentação apresentada pelo autuado, às fls. 680 a 705 dos autos, o autuante reconheceu que, efetivamente, estavam computados nos estoques os valores das mercadorias em trânsito. Assim, o próprio autuante efetivou as retificações necessárias, ou seja, retirou dos estoques iniciais e finais as mercadorias constantes do livro Registro de Inventário que, à época, encontravam-se em trânsito, do que apurou omissões de saídas de mercadorias superiores as omissões de entradas.

Diante de tal constatação, entendeu a JJF que, quanto à infração 1, não há como mantê-la, já que originalmente foi exigido exclusivamente omissões de entradas, com presunção de omissão de saídas, constante do § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96. Assim, por não haver na imputação original a previsão para a exigência de omissão de maior valor monetário, a infração é nula, visto que modifica o fulcro da imputação, pois requer uma modificação não prevista na tipificação dos fatos que deram origem à obrigação tributária. Por fim, recomenda a renovação dos procedimentos fiscais a salvo de falhas.

No tocante à infração 2, que exigia, originalmente, tanto as omissões de entradas como de saídas, prevalecendo a omissão de entrada por ser a de maior valor monetário, aduziu a JJF que, após os ajustes efetuados pelo autuante, prevaleceram às omissões de saídas com maior valor monetário, possibilitando, portanto, a sua manutenção, visto que já constava da tipificação dos fatos geradores que originaram a obrigação tributária, ora exigida. Assim, mantém parcialmente a infração 2, que passou a exigir no exercício de 2004 o ICMS no valor de R\$4.088,28 e no exercício de 2005, o ICMS de R\$10.063,21.

Por fim, entendeu a JJF que, resultante dos ajustes efetuados, a infração 03, que reclama o imposto através do regime de substituição tributária, sofreu, também, redução do débito relativo ao exercício de 2004 para R\$213,97 e 2005 para R\$416,51.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme previsto pelo art. 169 do RPAF/BA.

## VOTO

Da análise do Recurso de Ofício interposto verifico que a Decisão recorrida acolheu o valor remanescente apurado pelo autuante, quando da realização da sua informação fiscal, constante às fls. 708 a 712 dos autos, cuja conclusão do signatário foi pela retificação parcial do procedimento fiscal, após reconhecimento das alegações de defesa. Neste sentido, o autuante entendeu (fl. 712) que as infrações 01 e 02, relativas à omissão de entradas, deveriam ser substituídas pela infração de omissão de saídas de mercadorias tributadas, por ser de maior valor monetário de que a omissão de entradas. Portanto, as duas primeiras infrações foram unificadas.

Diante de tal constatação, observo que a Decisão recorrida não percebeu tal unificação, visto que entendeu que a infração 01 seria nula, mantendo parcialmente a infração 02, nos valores apurados na informação fiscal, os quais, repito, dizem respeito a todos os itens do levantamento quantitativo, originalmente apurados, os quais se subdividiam em duas infrações, consoante se pode comprovar através do cotejo dos papéis de trabalho constantes nos autos.

Contudo, não comungo com o entendimento da JJF de que modifica o fulcro da imputação o fato da exigência originalmente se reportar, exclusivamente, a omissões de entradas, com presunção de omissão de saídas e, posteriormente, se apurar, efetivamente, omissão de operações de saídas.

Vislumbro que, em ambas as situações, se exige omissão de operações de saídas de mercadorias. Mesmo porque, omissão de entradas de mercadorias, por si só, não é fato gerador de exigência do ICMS. Assim, na constatação de omissão de entradas de mercadorias, por presunção legal, está

a se exigir omissão de operações de saídas de mercadorias. Tal modificação não implica em mudança do fulcro da imputação e nem cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, desde que se trate dos mesmos elementos apurados no levantamento quantitativo original, os quais, inicialmente resultaram em entradas sem documentação fiscal e, posteriormente, após o pleno exercício do direito de defesa, através da apresentação da devida documentação fiscal, se verificou a existência de diferença de saídas.

No caso concreto, após os devidos ajustes das mercadorias constantes nos estoques e ainda em trânsito, se apurou a diferença quantitativa a maior nas saídas em vez das entradas, o que levou a unificação das duas primeiras infrações, conforme explicitado na informação fiscal de fls. 708 a 743 dos autos.

Contudo, por ter a Decisão recorrida acolhido o valor do ICMS apurado na informação fiscal de R\$4.088,28, para o exercício de 2004, e de R\$10.063,21, para o exercício de 2005, os quais compreendem o montante remanescente das duas infrações, concordo com o seu resultado.

Quanto à infração 3, resulta dos ajustes procedidos no levantamento fiscal, estando correta a exigência, uma vez que decorreu da revisão fiscal realizada pelo autuante, conforme demonstrativos anexos às fls. 714 a 743 dos autos, na qual se constatou, mediante documentos comprobatórios, a insubsistência parcial dos débitos exigidos na aludida infração. Assim, concordo com a Decisão recorrida de manter a exigência de R\$213,97, para o exercício de 2004, e de R\$416,51, para o exercício de 2005.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, impetrado pela 1ª JF, pois entendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, uma vez que restaram configuradas, em parte, as infrações apuradas através do levantamento quantitativo, devendo se homologar a quantia já recolhida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de infração nº **206881.0007/07-0**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.663,48**, acrescido das multas de 70% sobre R\$14.151,49 e 60% sobre R\$22.511,99, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “a” e “e” e VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o quanto recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS