

**PROCESSO** - A. I. Nº 207095.0603/08-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - M.T.L. - BRASIL LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0019-01/09  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 01/06/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0124-12/09

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO CONTABILIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. A utilização de índice de conversão apurado aleatoriamente traz incerteza quanto à existência das omissões apontadas nesses itens da autuação. Infrações nulas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Autuado elide parcialmente a autuação. Excluídas parcelas indevidamente computadas no levantamento. Infração parcialmente subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. A simples indicação das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal não traz certeza e segurança quanto à acusação. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0019-01/09, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 127.967,22, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis 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 mercadoria no exercício de 2006. Lançado ICMS no valor de R\$108.804,94, mais multa de 70%.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo às 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 mercadoria nos exercícios de 2004 e 2005. Foi lançado ICMS no valor de R\$11.912,97, mais multa de 70%.

3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho a dezembro de 2004, janeiro a março, maio, junho, agosto a outubro de 2005, fevereiro, março, agosto e novembro de 2006. Foi lançado ICMS no valor de R\$7.063,47, mais multa de 60%.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro e agosto de 2005. Foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 185,84, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.

Consta na descrição dos fatos que o administrador da empresa autuada forneceu declaração informando que o índice de conversão de metro stereo com casca (STCC) para m<sup>3</sup>, variava de 2,20 a 2,50. Assim, foi aplicada a taxa média de 2,35, conforme demonstrativo anexado aos autos.

O autuado apresentou defesa e, após afirmar que foi constituído com a finalidade exclusiva de exportar madeira para o mercado europeu, esclarece que a sua atividade econômica compreende a compra do pinus em estado bruto, o beneficiamento e a posterior exportação. Diz que, portanto, as atividades que desenvolve são diferidas (aquisições para exportação – art. 343, inc. XXIII, do RICMS-BA) ou são imunes (as exportações para o exterior – art. 6º, inc. II, do RICMS-BA).

Alegou que as infrações 1 e 2 são nulas, pois os levantamentos quantitativos correspondentes não oferecem a certeza jurídica necessária para a apuração das irregularidades que lhe foram imputadas. Questionou a utilização do fator de conversão de 2,35, pois entendia que a proporção entre a madeira bruta e a beneficiada era altamente variável. Alegou que, nos levantamentos quantitativos, não foram observados os critérios previstos na Portaria nº 445/98. Disse que os levantamentos possuíam o caráter de arbitramento. No mérito, afirmou que as acusações contidas nas infrações 1 e 2 não poderiam prosperar, pois existiam erros em relação às quantidades e aos valores das madeiras compradas e vendidas.

Quanto à infração 3, o autuado afirmou que as Notas Fiscais nºs 4217, 7098 e 4240 se referem a compras de equipamentos industriais contemplados com redução de base de cálculo prevista na alínea “a” do inciso I do artigo 77 do RICMS/BA. Sustenta que o autuante não deduziu valores lançados mensalmente no seu Registro de Apuração do ICMS, bem como incluiu notas fiscais que não se referem a compras realizadas. Reconheceu o débito no valor de R\$514,30.

Tendo em vista que o autuante não mais se encontrava em exercício na repartição fazendária de origem, a informação fiscal foi prestada pelo auditor fiscal José Joaquim de Santana Filho.

Quanto às infrações 1 e 2, o auditor fiscal afirmou que as operações de compra de madeira em estado bruto para beneficiamento e posterior exportação estão amparadas pelos institutos do diferimento (artigo 343, XXIII, do RICMS-BA) e da imunidade tributária (artigo 6º, II, do RICMS-BA), não cabendo a cobrança de ICMS em nenhuma dessas fases. Adiantou que a Instrução Normativa nº 56/2007 afasta a aplicação do Roteiro Fiscal de Estoques quando o contribuinte realiza operações integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária. Afirmou que não houve rigor técnico na elaboração dos levantamentos quantitativos, tendo o autuante trabalhado com duas unidades de medidas diferentes para um mesmo produto – o STCC e o metro cúbico. Disse que a escolha da média aritmética de 2,35 foi feita de forma aleatória. Manifestou o entendimento que assiste razão ao autuado quando requer a nulidade dessas infrações.

Relativamente à infração 3, admitiu que assistia razão ao autuado quanto à existência de ICMS devido no valor de apenas R\$514,30, conforme demonstrativo apresentado na defesa.

Quanto à infração 4, disse que a infração não ficou comprovada, tendo em vista que o autuante não acostou aos autos cópias das Notas Fiscais nºs 4427 e 909, não tendo comprovando até mesmo se tais notas fiscais existiam.

Na Decisão recorrida, após descrever as infrações 1 e 2, o ilustre relator salientou que o auditor designado para prestar a informação fiscal admitiu a nulidade dessas infrações e, em seguida, em síntese, assim se pronunciou:

[...]

*Após a análise acima, posso dizer que em relação à infração 01, a constatação de omissão de saídas apurada no levantamento quantitativo de estoques estaria passível de aplicação da penalidade de R\$ 50,00, mesmo o contribuinte praticando, comprovadamente, operações de saídas de mercadorias para o exterior, portanto, amparada pela não incidência do imposto.*

*Digo que estaria passível de aplicação da penalidade de R\$ 50,00, haja vista que, constato assistir razão ao autuado quando argúi a nulidade deste item da autuação, por não ter o levantamento levado a efeito pelo autuante validade técnica, em virtude de ter utilizado o índice 2,35 como fator de conversão de metros STCC para metros cúbicos, índice este apurado aleatoriamente.*

*Certamente, a apuração da média de conversão exigiria uma pesquisa mais aprofundada, inclusive, junto a empresas do mesmo segmento econômico desenvolvido pelo autuado, no intuito de trazer certeza e segurança quanto ao levantamento realizado e as omissões apontadas no Auto de Infração em exame. Assim sendo, acolho a nulidade argüida pelo autuado e considero nula a infração 01.*

*Quanto à infração 02, além do fator determinante da nulidade, no caso, a utilização de índice que carece de validade técnica, a nulidade também é clara, pela total impossibilidade de aplicação do Roteiro de Auditoria de Estoques utilizado neste item da autuação, haja vista que o autuado realiza exclusivamente operações de saídas de mercadorias para o exterior, portanto, não tributáveis, não sendo possível aplicar a presunção de omissão de saídas. No caso, cabe observar as disposições da Instrução Normativa nº 56/2007, que afasta qualquer dúvida sobre a matéria. Assim, considero nulo este item da autuação.*

[...]

A infração 3 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$514,30, tendo o ilustre relator, em síntese, assim se pronunciado:

*No que concerne à infração 03, constato assistir razão ao autuado quando comprova o recolhimento da diferença de alíquotas de parte do período exigido na autuação, assim como, os lançamentos nos livros Registro de Apuração do ICMS, não considerados pelo autuante.*

*Quanto às Notas Fiscais nºs 80816, 4427 e 909, verifico que não consta nos autos a comprovação de existência de tais documentos destinados ao autuado que, inclusive, afirma desconhecer tais notas fiscais não podendo prosperar a autuação, pois baseada, exclusivamente, num relatório de notas fiscais informadas por terceiros. Corroboro com o Auditor Fiscal que prestou a informação fiscal, quando afirma que não há como sustentar a exigência fiscal relativa a estas notas fiscais.*

*Assim, após as devidas correções, remanesce como efetivamente devido o ICMS no valor de R\$ 514,30, reconhecido, inclusive, pelo autuado. Relevante consignar que o Auditor Fiscal que prestou a informação fiscal acata as alegações defensivas.*

[...]

A infração 4 foi julgada nula, tendo o ilustre relator assim se pronunciado:

*No respeitante à infração 04, conforme dito na apreciação da infração 03, coaduno com o entendimento manifestado pelo Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal, no sentido de que não fica comprovada a infração pela inexistência de cópias das Notas Fiscais nºs 4427 e 909. Observo que efetivamente não consta nos autos qualquer prova hábil de existência de referidos documentos fiscais não permitindo ter certeza e segurança quanto a este item da autuação. Infração nula.*

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

## VOTO

Versa o presente Recurso de Ofício da Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

No que tange à infração 1, observo que as operações realizadas pelo recorrido eram exclusivamente de exportação para o exterior de madeira beneficiada, portanto, sem a incidência do ICMS, ao teor do disposto no art. 6º, inc. II, do RICMS-BA. Nessa situação, compartilhando com

o posicionamento externado na Decisão recorrida, entendo que seria cabível a aplicação da multa de R\$50,00 pela realização de operação de saída não tributável sem a emissão de documento fiscal. Porém, a falta de rigor técnico na elaboração dos levantamentos, fato expressamente reconhecido pelo próprio auditor encarregado de prestar a informação fiscal, torna nulo o levantamento quantitativo realizado, como acertadamente decidiu a primeira instância.

Quanto à infração 2, a qual trata de omissão de operações de entradas apurada por meio de levantamento quantitativo, o fato de serem as operações realizadas pelo recorrido habitualmente não tributadas torna incoerente a aplicação da presunção de operações anteriores tributáveis não contabilizadas. Sobre essa matéria, a Instrução Normativa 56/2007, da Superintendência da Administração Tributária, determina que, quando as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, o auditor fiscal deverá abster-se de aplicar roteiro de auditoria que resulte em cobrança de imposto com base na presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, foi correta a Decisão recorrida que julgou nula a infração em tela.

Relativamente à infração 3, julgada procedente em parte, não há reparo a fazer na Decisão recorrida, uma vez que o autuante deixou de considerar valores lançados no Registro de Apuração de ICMS e redução de base de cálculo a que fazia jus o recorrido, bem como deixou de apresentar notas fiscais comprobatórias de aquisições.

Quanto à infração 4, também não há correção a fazer na Decisão de primeira instância, haja vista que não há prova do cometimento da infração, o que torna nula a exigência fiscal.

Conforme foi ressaltado na Decisão recorrida, deverá a repartição fazendária do domicílio fiscal do recorrido verificar a possibilidade e, sendo o caso, providenciar nova ação fiscal relativamente às infrações julgadas nulas.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 207095.0603/08-4, lavrado contra **M.T.L. - BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$514,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS