

PROCESSO - A. I. N° 207095.0603/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - M.T.L. - BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1^a JJF N° 0019-01/09
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 01/06/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 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 1^a JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF N° 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, consequentemente, 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 m³, 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 argüi 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 1^a JJF 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