

A. I. Nº. - 207095.0603/08-4
AUTUADO - M.T.L.-BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 03. 03. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-01/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO CONTABILIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Incerteza quanto à existência ou não das omissões apontadas nestes itens da autuação, em decorrência de utilização de índice de conversão apurado aleatoriamente. 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 imputação. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/06/2008, reclama ICMS no valor de R\$ 127.781,38, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 185,84, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

01 – 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 estoques por espécies de mercadorias no exercício de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 108.804,94, acrescido da multa de 70%;

02 – 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 mercadorias nos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11912,97, acrescido da multa de 70%;

03 – 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, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.063,47, acrescido da multa de 60%;

04 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro e agosto de 2005, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% do valor comercial das mercadorias no valor de R\$ 185,84.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” histórico a respeito da ação fiscal e da atividade econômica da empresa. Esclarece o autuante que a empresa adquiriu de terceiros madeira de pinus ou varola de pinus, denominações idênticas, na unidade de medida STCC-metro estéreo com casca, preponderantemente; em menor escala, adquiriu em m³. Diz ainda que o administrador forneceu declaração informando que o índice de conversão de STCC para m³, varia de 2,20 a 2,50, isso porque as madeiras quando adquiridas em STCC eram beneficiadas e vendidas para o exterior em m³.

Registra que, com base na referida variação calculou a média de 2,35, a fim de aplicar linearmente nas aquisições, conforme demonstrativo anexado. Como nos livros Registro de Inventários nº 01 a 03, há três tipos de nomenclatura todas em m³; matéria prima, produtos em processo e acabados. Como já estavam com a mesma unidade de medida, levou em conta no levantamento de estoque o somatório das madeiras, ou seja, as entradas em STCC foram convertidas pela média de 2,35, o estoque total já estava em m³ e as vendas para o exterior foram feitas m³.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 211 a 221, discorrendo, inicialmente, sobre a autuação.

Após, reporta-se sobre a empresa, dizendo que esta é de origem portuguesa, tendo sido constituída no território brasileiro com a exclusiva finalidade de exportar madeiras para o mercado europeu. Esclarece que a sua atividade econômica compreende a compra do pinus em estado bruto para beneficiamento e remessa para o exterior.

Acrescenta que adquire a madeira com casca e seus defeitos naturais, para submetê-la posteriormente ao tratamento necessário para deixá-la na forma de peças com o tamanho e características exigidas pelo mercado internacional, significando dizer que a atividade que desenvolve envolve exclusivamente operações desoneradas do ICMS, amparadas pelas regras do diferimento (aquisições para exportação – art. 343, XXIII, do RICMS/BA) ou imunidade deste imposto estadual (inciso II do art. 6º do RICMS/BA).

Assevera que, mesmo as suas operações estando desoneradas do ICMS, o autuante resolveu realizar o levantamento quantitativo adotando um critério totalmente aleatório, com natureza de arbitramento da base de cálculo do ICMS, encontrando as diferenças que serviram de base para as cobranças referidas nas infrações 01 e 02.

Afirma que o referido levantamento não dispõe de qualquer validade técnica, por consistir no confronto quantitativo de produtos que são adquiridos e vendidos em unidades de medidas totalmente distintas, não oferecendo a certeza jurídica necessária para se imputar as irregularidades em questão, portanto não produzindo os efeitos pretendidos pelo autuante.

Prosseguindo, diz que a maior parte da madeira de pinus exportada é adquirida em estado natural, e quando retirada do plantio este produto é medido em metros stereos com casca (STCC), ou seja, faz-se uso de uma unidade diferente daquela que é adotada para medir a venda da madeira beneficiada (metros cúbicos), sendo dessa forma porque são coisas diferentes.

Esclarece que a madeira em estado natural é disforme e cada volume que se forma para o seu transporte, envolvendo a casca e as sobras retiradas no processo de beneficiamento, contém uma quantidade efetiva de madeira bem menor do que o volume da madeira beneficiada.

Salienta que o autuante resolveu implementar o referido levantamento quantitativo, elegendo o índice 2,35 como fator de conversão de metros STCC para metros cúbicos, a partir de informações totalmente aleatórias, conforme consta no item 3 das informações preliminares do Auto de Infração (fls. 02), chegando às diferenças apontadas no demonstrativo resumo de fls. 25, as quais serviram de base para as cobranças referidas nas infrações 01 e 02.

Aduz que referido levantamento, em decorrência de seu caráter aleatório, possui a natureza de arbitramento da base de cálculo do ICMS e não pode implicar no resultado almejado pelo autuante.

Questiona porque considerar 2,35 como fator de conversão, quando inexiste qualquer referência técnica que justifique a eleição do referido critério. Alega que esta proporção entre a madeira em estado bruto e a beneficiada é altamente variável e dependente dos muitos fatores climáticos (chuvas, ventos, intensidade solar) que afetam o desenvolvimento de cada floresta. Acrescenta que cada pinheiro, como qualquer outra árvore, possui características particulares, por isto um lote de toras em estado natural vai resultar em uma quantidade específica de metros cúbicos de madeira, a depender do diâmetro e tamanho de cada peça beneficiada, espessura da casca e curvas contidas da matéria prima originária.

Manifesta o entendimento de que somente quando o Fisco não dispõe das informações necessárias para apurar o montante do imposto é cabível o arbitramento, não sendo o caso em exame, haja vista que todos os livros e documentos fiscais solicitados foram oportunamente exibidos (fls. 22) e o autuante não apresentou qualquer justificativa para fazer uso do método extremo em referência, sendo este nulo.

Argúi também a invalidade do levantamento porque não observa o critério técnico orientado conforme a Portaria SEFAZ nº 445/1998. Alega que esta norma, editada exatamente para nortear o trabalho do Fisco Estadual, o levantamento quantitativo deve ser feito observando-se a unidade de medida adotada para cada espécie de mercadoria (art. 3º, II), significando, portanto, que não há base técnica ou permissão legal para se fazer confrontos de produtos medidos por meio de unidades diferentes, especialmente quando não é possível se fazer uma conversão precisa de uma unidade de medida para outra.

Invoca os incisos III e IV, alínea “a”, do artigo 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para requerer a nulidade das infrações 01 e 02.

Atacando o mérito, afirma que a autuação não pode prosperar em razão dos erros identificados na contagem feita pelo autuante, e também por sua interpretação das normas que regem a tributação da madeira comercializada no mercado interno e internacional.

Assevera que, mesmo que se considere válido o equivocado critério de conversão que o autuante adotou para estimar a quantidade madeira comercializada nos períodos fiscalizados, ainda assim o resultado apresentado no seu resumo à fl. 25 não pode servir de base para qualquer exação fiscal, pela existência de erros em relação às quantidades e valores das madeiras compradas e vendidas pela impugnante.

Acrescenta que, no exame das notas fiscais relacionadas no demonstrativo às fls. 26 a 35, se verifica que as quantidades indicadas nas notas fiscais de compras nºs 5.631 (2005), 8.850, 9.681, 10.185 e 10.654 (2006), foram consideradas incorretamente pelo autuante, tanto a mais como a menos, conforme especificado no demonstrativo 01 que anexa, elaborado a partir da relação feita pelo autuante com as correções que se fazem necessárias em face dos equívocos em referência.

Continuando, diz que em relação às entradas, o que se verifica que as quantidades indicadas notas fiscais nº 1.053, 2.215, 2.759 e 2.760, referentes ao exercício de 2006, foram consideradas como aquisições em metros STCC quando os referidos documentos indicam que tais produtos foram medidos pelo fornecedor Bahia Norte em metros cúbicos, o que também afeta substancialmente o resultado final obtido pelo autuante. Acrescenta que, em muitos casos o valor unitário do produto foi indicado a maior, tudo conforme cópias das referidas notas fiscais que também anexa. Já com relação às saídas, afirma que as notas fiscais de exportação nº 239 e 410, emitidas em janeiro de 2006 e registradas às fls. 75 e 77 do Registro de Saídas daquele exercício, também não foram consideradas na contagem do autuante, o que faz no Demonstrativo nº 02 e cópias dos referidos documentos, que anexa.

Aduz que, após as correções decorrentes dos equívocos incorridos pelo autuante nos levantamentos de entradas e saídas de madeiras, o resultado se apresenta espelhado no Demonstrativo nº 03, que reproduz.

Continuando, assevera que as distorções seriam bem menores, especialmente por se confirmar que não poderia ter ocorrido a exorbitante omissão de saídas atribuída ao exercício de 2006. Alega que, com a revisão, nos três períodos fiscalizados (2004, 2005 e 2006) chega-se a diferenças de entradas que poderiam configurar supostas omissões de vendas tributadas, como diz o autuante, mas tal hipótese não pode ser considerada exatamente em razão do caráter aleatório do levantamento.

Sustenta que tais números, por força da conversão de STCC para METROS CÚBICOS, são meras estimativas e não podem servir de base para a grave acusação de que a autuada omitiu alguma receita de vendas de mercadorias tributadas.

Diz que o Sistema Tributário Brasileiro é orientado pelo princípio da estrita legalidade, o qual é fortalecido pelo princípio da tipicidade cerrada. Invoca o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal e artigo 97 do Código Tributário Nacional, para sustentar que não pode haver exigência de tributo cuja hipótese de incidência e base de cálculo não esteja perfeitamente delineado pela lei que o instituir, não existindo margem para exações sobre situações hipotéticas, que não correspondam a um fato econômico efetivamente ocorrido no mundo material.

Afirma que o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção de omissão de receitas de vendas quando o contribuinte deixa de contabilizar compras de mercadorias, contudo, a lei descreve uma situação objetiva a qual pode servir de base para o Fisco atribuir a incidência do imposto estadual, não sendo este o caso dos autos. Reitera que as diferenças encontradas pelo autuante ou na revisão que realizou são meras estimativas, possuindo a natureza de arbitramento, não podendo servir de base para a exigência do ICMS em razão das limitações legais acima referidas.

Prosseguindo, destaca que pelo fato de realizar somente operações desoneradas do ICMS, as diferenças estimadas pelo autuante também não poderiam servir de base para qualquer cobrança do imposto, a teor da Instrução Normativa nº 56/2007, que reproduz. Acrescenta que fica claro para os seus propostos do Fisco que as diferenças desta natureza, apuradas em relação ao movimento de estabelecimentos que somente realizam operações desoneradas do ICMS, não podem ser invocados para se presumir omissões de vendas de mercadorias tributadas.

Alega que as compras que realiza são protegidas pelas regras do diferimento (art. 343, XXIII - entradas para beneficiamento e exportação) e as vendas com imunidade do imposto (art. 6º, II - exportações), em razão do que, no período examinado não ocorreram operações com débitos ou créditos do imposto, conforme se vê através das cópias do RAIMCS presente nos autos. Reitera que não há qualquer base legal para se presumir omissões de vendas tributadas a partir das supostas diferenças de entradas.

Rechaçando a infração 03, sustenta que a exigência é equivocada, haja vista que, se desconsiderou o tratamento fiscal cabível em cada situação específica e os montantes quitados referentes a compras interestaduais.

Ressalta que as aquisições feitas através das Notas Fiscais nº.s 004217 e 007098, referentes a julho de 2004, e Nota Fiscal nº. 004240, registrada em agosto de 2004 (cópias anexas), se referem a compras de equipamentos industriais contemplados com redução de base de cálculo prevista na alínea “a”, do inciso I, do art. 77, do RICMS/BA. Esclarece que são máquinas destinadas ao beneficiamento de madeiras, classificadas com o código da NCM 8465949900, portanto, tributadas internamente com a alíquota de 8,8%, a qual deve servir de parâmetro para o cálculo da diferença interestadual, conforme previsto no inciso II, do art. 72, do mesmo RICMS/BA, contudo, no seu cálculo, o autuante considerou que a referida diferença deveria ser calculada pela alíquota de 17%, incorretamente.

Acrescenta que, além disso, o autuante deixou de fazer a dedução de muitos valores mensais lançados no seu Registro de Apuração do ICMS sob a rubrica de “outros débitos”, exatamente com a finalidade de quitar as diferenças mensais devidas pelas aquisições interestaduais referidas no inciso I, do artigo 5º do RICMS, bem como, incluiu indevidamente algumas notas fiscais que não se referem a compras que efetivamente tenha realizado.

Diz que, com a finalidade de contemplar as correções decorrentes dos equívocos acima referidos, foi elaborado o Demonstrativo nº 04, que também segue em anexo, no qual estão relacionadas todas as notas indicadas no demonstrativo à fl. 37, fazendo-se, porém, o cálculo correto do imposto devido depois de abatidos os valores já pagos ou debitados no RAICMS para fins de compensação com os créditos existentes, conforme autoriza a legislação no art. 132, do RICMS. Registra que, após as correções restaram apenas as diferenças indicadas no quadro que apresenta, remanescendo o valor devido de R\$ 514,30.

Finaliza requerendo uma revisão por fiscal estranho ao feito, no intuito de confirmar as suas alegações, e, em razão dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados a nulidade das Infrações 01 e 02, ou que sejam estas julgadas totalmente improcedentes, e que a diferença de alíquota do ICMS reclamada na Infração 03 seja reduzida para o total de R\$ 514,30.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal (fls.350 a 354), esclareceu inicialmente que esta foi prestada por outro preposto fiscal, em obediência ao disposto no art. 127, § 2º do RPAF/99, tendo em vista que o autuante não mais se encontrava em exercício na Repartição Fazendária de origem.

Após discorrer sobre as infrações e os argumentos defensivos, assim se manifestou sobre cada infração impugnada pelo sujeito passivo.

Infrações 01 e 02 – Confirma que a atividade econômica do autuado, conforme constatado através de auditoria em seus documentos e livros fiscais, está adstrita à compra de madeira de pinus com casca no mercado interno e a venda da mesma madeira de pinus beneficiada para clientes seus no mercado externo.

Diz que as operações de compra de madeira em estado bruto para beneficiamento e posterior exportação estão amparadas pelos institutos do diferimento, no caso, artigo 343, XXIII, do RICMS/BA e da imunidade tributária, no caso , o artigo 6º, II, do mesmo RICMS/BA, não cabendo a exigência do ICMS em nenhuma dessas fases, mesmo que o levantamento de estoques constate omissão de saídas e/ou entradas da referida mercadoria –madeira. Afirma que a Instrução Normativa nº 56/2007, afasta a aplicação do Roteiro Fiscal de Estoques para o contribuinte que realize operações habituais

integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária. Manifesta o entendimento que assiste razão ao autuado quando requer a nulidade das infrações 01 e 02.

Reportando-se aos levantamentos de estoques realizados pelo autuante, manifesta o entendimento de que não houve rigor técnico por parte do autuante, por trabalhar com duas unidades de medidas diferentes para quantificar um mesmo produto, no caso, o STCC e o metro cúbico. escolhendo aleatoriamente uma média aritmética de 2,35, entre os números 2,20 e 250, para conversão de um STCC em m³.

Salienta que, por essa metodologia não se pode afirmar que o levantamento de estoque tenha chegado tenha chegado a alguma omissão de entradas ou saídas aritmeticamente comprovada como exige a legislação, existindo, apenas, um número aproximado de uma suposta omissão.

Corrobora com os argumentos defensivos referentes às Notas Fiscais nº 5631,8850,9681,10185 e 10654, pela existência de divergências de quantidades e Notas Fiscais nºs 1053,2215,2759 e 2760 apontadas pelo autuante com unidade de medida diferente da constante nas mesmas.

Acrescenta que existem Notas Fiscais de saídas – exportação- não lançadas pelo autuante no seu levantamento de estoques do exercício de 2006, no caso, as de nºs. 239 e 410.

Reportando-se à infração 03, tece diversas considerações sobre as notas fiscais arroladas na autuação e admite assistir razão ao autuado quanto à existência de ICMS devido apenas no valor de R\$ 514,30, referente aos meses de setembro a dezembro de 2004, maio de 2005, março e novembro de 2006, conforme demonstrativo apresentado pelo autuado.

Quanto à infração 04, diz que não fica comprovada a infração, tendo em vista que o autuante não acostou aos autos cópias das Notas Fiscais nºs 4427 e 909, não provando até mesmo se tais notas fiscais existem.

Conclui sugerindo a nulidade das infrações 01 e 02, a procedência parcial da infração 03 no valor de R\$ 514,30 e a improcedência da infração 04.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de 05 (cinco) infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado.

A primeira infração trata de *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 na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado.*

A segunda infração diz respeito à *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 mercadorias em exercícios fechados.*

Verifico que o impugnante argui preliminarmente a nulidade dos dois itens da autuação acima referidos, invocando o artigo 18, III e IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, pelas seguintes razões:

- por realizar exclusivamente operações desoneradas do ICMS, amparadas pelas regras do diferimento (aquisições para exportação – art. 343, XXIII, do RICMS/BA) e imunidade deste imposto estadual (inciso II do art. 6º do RICMS/BA);

- por entender que o levantamento não tem qualquer validade técnica, considerando que o autuante resolveu realizar o referido levantamento quantitativo, elegendo o índice 2,35 como fator de conversão de metros STCC para metros cúbicos, a partir de informações totalmente aleatórias, conforme consta no item 3 das informações preliminares do Auto de Infração (fls. 02), chegando às diferenças apontadas no demonstrativo resumo de fls. 25, as quais serviram de base para as cobranças referidas nas infrações 01 e 02, possuindo a natureza de arbitramento da base de cálculo do ICMS;

- por não ter o autuante observado o critério técnico determinado na Portaria nº 445/1998, editada para nortear o trabalho do Fisco Estadual, tendo em vista que o levantamento quantitativo deve ser feito observando-se a unidade de medida adotada para cada espécie de mercadoria (art. 3º, II), significando dizer que não há base técnica ou permissão legal para se fazer confrontos de produtos medidos por meio de unidades diferentes, especialmente quando não é possível se fazer uma conversão precisa de uma unidade de medida para outra. Invoca os incisos III e IV, alínea “a”, do artigo 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para requerer a nulidade das infrações 01 e 02.

Observo que o Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal, concorda com as alegações defensivas, afirmando que a sua atividade econômica está adstrita à compra de madeira de pinus com casca no mercado interno e a venda da mesma madeira de pinus beneficiada para clientes seus no mercado externo, não cabendo a exigência do ICMS em nenhuma dessas fases, mesmo que o levantamento de estoques constate omissão de saídas e/ou entradas da referida mercadoria – madeira.

Diz o Auditor Fiscal que a Instrução Normativa nº. 56/2007 afasta a aplicação do Roteiro Fiscal de Estoques para o contribuinte que realize operações habituais integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária.

A princípio, torna-se indispensável uma breve análise sobre as infrações atribuídas ao contribuinte, quando apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Assim é que, no que diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, por consequência, sem o respectivo lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, a exigência trata de uma situação fática, isto é, resta comprovada a saída de mercadorias sem emissão da nota fiscal exigível. Nessa situação, cabe a exigência do ICMS, caso as operações de saídas de mercadorias realizadas pelo contribuinte sejam tributáveis.

No entanto, caso a omissão de saídas de mercadorias se refira a mercadorias isentas ou não sujeitas a tributação, cabe aplicação da multa de 50,00, por descumprimento de obrigação acessória, conforme previsto no artigo 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

No que concerne à 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 mercadorias, trata-se de presunção relativa prevista no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96.

Nessa situação, se restar comprovado que as operações realizadas habitualmente pelo contribuinte são integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, descabe a aplicação da presunção, isto é, não há que se exigir imposto ou multa.

No entanto, caso o contribuinte realize operações de saídas tributáveis e não tributáveis, isentas e/ou sujeitas à substituição tributária, poderá ser aplicada a proporcionalidade, permanecendo a exigência apenas sobre o percentual referente às saídas tributáveis.

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.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente analisar a possibilidade de repetição dos atos, referente a estes itens da autuação, a salvo de falhas.

Observo que, em relação à infração 02, a possibilidade de apuração de índice diverso do indicado na autuação, poderá determinar a existência de omissão de saídas ao invés de presunção de omissão de saídas, conforme apontado no Auto de Infração.

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. Corroborou 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.

Assim sendo, o demonstrativo de débito deste item da autuação fica com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
30/09/2004	52,37
31/10/2004	239,23
30/11/2004	66,60
31/12/2004	104,40

31/05/2005	10,20
31/03/2006	12,80
30/11/2006	28,70
TOTAL	514,30

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.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente analisar a possibilidade de repetição dos atos, referente a este item da autuação, a salvo de falhas.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.0603/08-4, lavrado contra **M.T.L.-BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$514,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 16 de fevereiro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR