

PROCESSO - A. I. Nº 206977.0403/07-5
RECORRENTE - E.M. DA SILVA MAGALHÃES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0014-05/09
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 09/03/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0028-11/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido, de terceiro, mercadorias, sujeitas ao regime normal ou de substituição tributária, desacompanhadas de documentação fiscal. Infrações 2 e 4 procedentes. **b)** PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Presume-se, por determinação legal, 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. Razões recursais insuficientes para elidir a acusação fiscal. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa com base no levantamento quantitativo de estoque. Infração reconhecida. Inexistência de controvérsias a serem apreciadas. Mantida a exigência. (Retificação Ementa –Acórdão recorrido). 3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Razão recursal já analisada quando da defesa apresentada. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Razão recursal já analisada quando da defesa apresentada. Infração comprovada. Indeferido o pedido para realização de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª JF - Acórdão JF nº. 0014-05/09, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual foi lavrado em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa, no valor de R\$ 50,00, em razão de operação de saídas de tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais

respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01/07 a 25/09/07).

2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 9.030,01, pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto.
3. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 3.773,90, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido 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, em exercício aberto.
4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 1.555,44, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto.
5. Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, no valor de R\$ 832,54, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem do valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro em sua escritura de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto.
6. Multa, no valor de R\$ 3,30, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias isentas e/ou não tributáveis entradas sem registro na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto.
7. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 17.173,94, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, inerente ao período de jan/05 a fev/07.
8. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 44.358,78, em razão da omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos meses de: abril, agosto e novembro de 2005 e março, abril e dezembro de 2006.
9. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 3.497,87, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro, julho e agosto de 2005 e fevereiro de 2006.
10. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 60,46, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, referente nota fiscal nº.75363, no mês de novembro de 2006.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte em razão das seguintes considerações:

1. Manteve as infrações 1, 6 e 10, as quais foram reconhecidas como devidas pelo contribuinte.
2. Quanto à infração 2, aduziu a JF que, tratando-se de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, havendo omissão de entradas, se as mercadorias ainda estivessem em exercício aberto, o tratamento fiscal a ser dispensado é o correto.

estabelecimento desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário pelo tributo devido, conforme previsto no art. 39, V do RICMS/97. Assim, como o contribuinte não comprovou a origem das mercadorias objeto da infração, mediante os documentos fiscais competentes, manteve a infração na íntegra.

3. Inerente à infração 3, na qual foi 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 com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, consoante Portaria 445/98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoque por espécie de mercadorias, presunção legal prevista no art. 2º § 3º do RICMS/97. Salientou a JJF que, como a auditoria de estoques encontra-se na fl. 11, e o contribuinte não trouxe elementos na defesa capazes de desconstituir a infração, manteve a exigência fiscal.
4. Inerente à infração 4, aduziu a JJF que o ICMS está sendo exigido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, em estoque, conforme demonstrado à fl. 12, amparado no art. 10, I, “a”, da Portaria 445/98. Manteve a exigência.
5. No tocante à infração 5, a qual se relaciona com a anterior, está sendo exigido o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, consoante demonstrativo de fl. 13. Assim, a JJF manteve a infração por entender que se encontra amparada no art. 10, I, “b” da Portaria 445/98, e não há elementos na peça de defesa que comprovem o não cometimento da infração.
6. Em relação à infração 7, aduziu a JJF que a acusação prende-se ao fato de o contribuinte ter utilizado o crédito fiscal do ICMS nas aquisições de leite em pó e de óleo de soja, sem realizar o estorno de crédito fiscal proporcional à redução de base de cálculo nas operações subsequentes, conforme previsto no art. 100, II, do RICMS/97. Destaca o órgão julgador que, apesar de o contribuinte, na impugnação, pedir a realização de perícia, sob o argumento de que há equívocos no levantamento da infração, exemplificando que a Nota Fiscal nº 5386 foi repetida duas vezes, de imediato o autuante refutou tal argumento, esclarecendo que esta nota fiscal não faz parte desta infração, mas teria sido lançada em duplicidade no levantamento de ICMS Antecipação Parcial (fl. 49), mas não foi cobrado qualquer valor sobre a nota fiscal, logo não houve prejuízo para o contribuinte. Assim, concluiu a JJF que, como o contribuinte não agiu em consonância com a legislação, fica mantida a infração em sua totalidade.
7. Referentemente à infração 8, na qual exige o ICMS apurado por meio de suprimento de caixa de origem não comprovada, aduziu a JJF que o autuante aplicou a proporcionalidade, à fl. 187, como previsto na Instrução Normativa n. 56/2007, retificando o valor para R\$ 22.716,52, não tendo o autuado, após sido cientificado, se insurgido do resultado. Assim, a JJF manteve parcialmente a infração.
8. Por fim, quanto à infração 9, na qual se exige o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas através das Notas Fiscais nºs 915081, 117868, 981680, 4799, 94670, 94671 e 94672, apesar de o contribuinte alegar que toda a mercadoria fora devolvida antes de sua efetiva circulação, ou seja, antes da ocorrência do fato gerador, não se podendo cobrar a antecipação do imposto, concluiu a JJF que a defesa não trouxe qualquer comprovação da devolução dessas mercadorias. Assim, manteve a infração.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 218 a 224 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

- Inicialmente, aduz contradição existente no julgado, pois verifica pela leitura da Ementa que a Decisão da JJF considerou o Auto de Infração procedente em parte, julgando uma das infrações improcedente e outra parcialmente procedente, ao consignar que a “DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa com base no levantamento quantitativo de estoque que não pode prevalecer haja vista que cobrada em duplicidade com a infração 01. Infração improcedente.”, e, quando da resolução do referido Acórdão, a mesma tão-somente exclui valores relativos à infração 8, a qual fora julgada parcialmente procedente, sem, contudo, excluir a infração que considerou improcedente. Assim, sustenta o recorrente que o Acórdão atacado merece reforma, nem que seja para esclarecimento do quanto esboçado em sua ementa e, sobretudo, pela sua dissonância com a Resolução.
- Inerente à infração 2, aduz o recorrente que as infrações 1, 2 e 3 se confundem, vez que partem de um mesmo diapasão, a falha no Registro de Entrada das mercadorias adquiridas. Sustenta que “Fazer como o Digno autuante que, limitou ao dispositivo regulamentar que imputa a posse, fato gerador de responsabilidade solidária, com obrigação de pagamento antecipado do imposto, fere, de morte, a natureza do tributo e de sua fiscalização, posto que, o raciocínio seria simplório e é refutado pela sistemática do ICMS”. Assim, sustenta o apelante que, não havendo qualquer previsão legal para a fundamentação de autuar nesse item da acusação, requer, seja reformada a Decisão para que seja julgada improcedente a pretensão.
- Quanto à infração 3, alega o contribuinte que a fonte da qual se extraiu o recurso necessário para as compras foi o resultado operacional do exercício anterior, fato, facilmente comprovado em perícia fisco/contábil, que fora requerida, mas, contudo, não deferida, fato que afetou mortalmente a defesa, que vê na perícia contábil a única forma de comprovar o erro de fato cometido pelo preposto fiscal. Assim, pugna pela reforma da Decisão, bem como pela realização da perícia já requerida.
- Relativamente à infração 4, registra o autuado que a penalidade de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº. 7.014/96, aplicada ao fato indigitado, não corresponde à prevista na norma respectiva, uma vez que quando da consolidação dos valores, incorreu-se em erro aplicando critério sem a devida previsão na regra, uma vez que, a infração descrita não justifica a penalidade aplicada, não concorrendo as hipóteses caracterizadoras da conduta “fraudulenta” tipificadas no dispositivo legal, razão pela qual deve a penalidade ser desclassificada para aplicar-se, se for o caso, outra mais benéfica se, ao final do procedimento, vier a ser constatada conduta infracional passível de sanção pelo fisco.
- No tocante à infração 7, aduziu o recorrente a existência de erro no levantamento fiscal, cujo fato pode ser constatado através de perícia, a qual requer. A título de exemplificação, reitera sua alegação defensiva de que o autuante repete duas vezes a Nota Fiscal de nº 5386, maculando a infração.
- Quanto à infração 9, relativa à antecipação parcial, repete sua alegação de que, embora existira a ocorrência do fato citado, a infração não pode prosperar, isto porque todas as mercadorias listadas foram devolvidas a sua origem sem a ocorrência do fato gerador do ICMS, qual seja, a sua circulação.
- Por fim, o recorrente atenta para o fato arguido na defesa, de que nas infrações 7, 8 e 9, o preposto fiscal relaciona notas fiscais relativas ao exercício de 2005, o qual já fora devidamente fiscalizado, quando apuradas as infrações existentes, consoante Auto de Infração nº. 299762.0099/06-3B, cujo tributo foi pago mediante parcelamento. Portanto, não pode ser cobrado tributo sobre fato gerador o qual já havia sido pago.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer à fl. 230 dos autos, entende necessário a realização de diligência ao autuante, visando verificar se, efetivamente, existem os fatos e fatos geradores exigidos nos itens 7, 8 e 9 do presente Auto de Infração.

299762.0099/06-3.

Em Pauta Suplementar de 22/10/2009, esta 1ª CJF indeferiu a diligência solicitada, uma vez que, através dos Acórdãos de nº. 0329-01.06 e 0092-11.07, respectivamente exarados pela 1ª JF e 1ª CJF, relativos ao Auto de Infração de nº. 299762.0099/06-3, citado pelo recorrente, observou que as infrações nele constantes dizem respeito à realização de “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004”, não existindo, portanto, nenhuma vinculação entre as exigências, conforme alegado pelo recorrente, por se tratarem de irregularidades e de exercícios diversos.

A PGE/PROFIS, às fls. 235 a 238 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que entende que as razões recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida, por não trazer qualquer argumento jurídico ou prova capaz de afastar as diversas imputações apuradas no lançamento tributário e remanescente da Decisão de 1ª Instância administrativa, diante das seguintes considerações:

1. Primeiramente, quanto ao destaque do recorrente sobre a contradição existente entre a Ementa e a Resolução da Decisão recorrida no que tange à infração 6, aduziu a PGE/PROFIS que, com efeito, existe o equívoco apontado, pois, da análise do Acórdão, verifica-se efetivamente que consta na Ementa sobre a infração 6 a expressão “*infração improcedente*”. Entretanto, no voto verifica-se que a relatora mantém a infração 6, ante a inexistência de controvérsia, vez que a infração fora reconhecida pelo autuado. Conclui o opinativo que o equívoco restringe-se à Ementa, que certamente está em dissonância com as alegações do autuado que reconheceu o item. Assim, defende que a Ementa do Acórdão JF nº. 0014/05/09 deve ser retificada, afastando assim a atual contradição, com base no art. 164, § 3º, do RPAF.
2. No mérito, quanto à infração 2, a qual exige o ICMS pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada de documentação fiscal, atribuindo ao autuado a condição de responsável solidário, aduziu a PGE/PROFIS que, assim como a defesa inicial, o contribuinte se insurge genericamente, aduzindo não haver base legal para a autuação. Porém, sustenta o opinativo que a infração está corretamente apurada, robustecida pelas provas necessárias e respaldada na legislação específica sobre a matéria.
3. Inerente à infração 3, registra a PGE/PROFIS que mais uma vez o contribuinte requer a realização de perícia, sob o argumento de que sem a qual estão afetados a ampla defesa e o contraditório. Salienta o Parecer que, assim como na impugnação inicial, o autuado sequer formulou quesitos de perícia, nem mesmo trouxe documentos capazes de afastar a imputação, sendo, mais uma vez, suas razões genéricas, alegando que a omissão tem base presumível e a autuação não buscou informações capazes de ratificar sua presunção. Destaca que a infração esta caracterizada, demonstrada nos autos mediante os documentos e levantamentos que a guarnecem, não tendo o autuado trazido aos autos argumento ou documento capaz de elidir a imputação. Salienta, ainda, que, neste caso, o indeferimento da perícia não induz em cerceamento do direito de defesa, quando esta for desnecessária em vista de outras provas produzidas, conforme previsto no art. 147 do RPAF.
4. No tocante à infração 9, aduziu a PGE/PROFIS que o recorrente alega precipuamente a inexistência de prejuízo ao erário por inocorrência do fato gerador, uma vez que as mercadorias foram devolvidas. Porém, mais uma vez, se trata de mera alegação desprovida de provas.
5. Quanto ao argumento final do recorrente de que as infrações 7, 8 e 9 foram exigidas mediante Auto de Infração nº 299762.0099/06-3, aduz a PGE/PROFIS que restou esclarecido pela 1ª CJF que inexistente qualquer vinculação entre as exigências apuradas no presente lançamento e aquelas constantes do citado Auto de Infração, seja por se tratarem de irregularidades distintas, seja por referirem-se a exercícios diversos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, no que tange às infrações: 2, 3, 4, 7, 8 e 9 do Auto de Infração.

Inicialmente, quanto à alegação do recorrente sobre a contradição existente entre a Ementa e a Resolução da Decisão recorrida no que tange à infração 6, corroboro integralmente com o Parecer da PGE/PROFIS de que existe o equívoco apontado, haja vista que na Ementa, inerente a tal item, se consigna que: “*DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa com base no levantamento quantitativo de estoque que não pode prevalecer haja vista que cobrada em duplicidade com a infração 01. Infração improcedente.*”, enquanto que na Resolução do referido Acórdão, somente exclui valores relativos à infração 8, a qual fora julgada parcialmente procedente, uma vez que, no voto, verifica-se que a relatora mantém o item 6, ante a inexistência de controvérsia, vez que a infração fora reconhecida pelo autuado.

Contudo, conforme bem ressaltado no opinativo, o equívoco restringe-se à Ementa, que certamente está em dissonância com o voto, o qual, fundamentado no reconhecimento desta infração pelo autuado, foi julgada procedente este item. Assim sendo, deve a Ementa do Acórdão JJF nº. 0014/05/09 ser retificada, afastando assim a atual contradição, com base no art. 164, § 3º, do RPAF, conforme abaixo transcrito:

Art. 164. As decisões dos órgãos julgadores serão tomadas por acórdão, devendo este conter:

[...]

§ 3º Os erros de nome, de número ou de cálculo e outras inexatidões manifestas que se encontrem na resolução poderão ser a qualquer tempo retificados a requerimento do interessado, do representante da Procuradoria Geral do Estado ou de qualquer membro do Conselho.

Diante de tais considerações e da competência que me confere a legislação, retifico a Ementa do Acórdão JJF nº. 0014/05/09, especificamente quanto a este item, passando o mesmo ao seguinte teor:

2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa com base no levantamento quantitativo de estoque. Infração reconhecida. Inexistência de controvérsias a serem apreciadas. Mantida a exigência.

Em seguida, da análise das razões de mérito do Recurso Voluntário, inerente à infração 2, aduz o recorrente que as infrações 1, 2 e 3 se confundem, pois partem da falha no Registro de Entrada das mercadorias adquiridas. Contudo, apenas por amor ao debate, equivocou-se o apelante em tal afirmação, visto que a primeira infração decorre da constatação de *operações de saídas* de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, conforme demonstrado à fl. 16 dos autos, que por se tratar de mercadorias não sujeitas à tributação do ICMS fica caracterizada apenas a infração por descumprimento de obrigação tributária acessória, no caso de realizar operações de saídas sem emissão de documentação fiscal, passível de multa no valor de R\$ 50,00, consoante previsto no art. 42, XXII, da Lei nº. 7.014/96, infração esta reconhecida pelo próprio sujeito passivo.

Quanto à infração 2, objeto do Recurso Voluntário, na qual se exige do autuado o imposto por responsabilidade solidária, por ter detectado mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, conforme apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício aberto, demonstrado à fl. 9 dos autos, equivocou-se o recorrente, mais uma vez, ao afirmar que não existe qualquer previsão legal para a fundamentação de autuar nesse item da acusação. Tal previsão está contida na Portaria nº 445/98, a qual define os procedimentos a serem adotados pelo fisco na quantificação de estoques por espécies de mercadorias, especificar que:

“Art. 9º. *Tratando-se de levantamento quantitativo em exercício aberto, havendo omissão de entradas, podem ocorrer duas situações distintas:*

I – mercadorias ainda encontradas fisicamente nos estoques:

a) o tratamento fiscal a ser dispensado é o correspondente a mercadorias no estabelecimento desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário pelo tributo devido (RICMS/97, art. 39, V);

b) a base de cálculo do ICMS é o valor correspondente ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, “b”);

c) a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%), sendo que essa multa absorve a que seria cabível pelo descumprimento de obrigação acessória;

II – mercadorias não mais existentes em estoque: os procedimentos a serem seguidos são os definidos nos arts. 6º, 7º e 8º.”

Assim sendo, restou comprovada a infração, conforme demonstrada à fl. 9 dos autos.

No tocante à infração 3, também objeto do Recurso Voluntário, a exigência decorre da constatação de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, no caso a diferença das operações de entradas de *mercadorias não existentes no estoque*, com base na presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, 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, conforme apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício aberto, à fl. 11 dos autos, consoante previsto no inciso II, do art. 9, da Portaria nº. 445/98, cuja determinação da base de cálculo do imposto decorre da receita não contabilizada, equivalente ao custo das entradas omitidas, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, nos termos do art. 60, II, “b”, do RICMS/97 e a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), nos termos do art. 42, III, da Lei nº. 7.014/96.

Assim sendo, restou comprovada a infração, conforme demonstrada à fl. 11 dos autos, cujas quantidades apuradas resultaram da omissão de entradas detectadas às fls. 17 e 18 dos autos, após a exclusão das quantidades das mercadorias ainda em estoque, objeto da segunda infração, conforme exemplo a seguir:

Produto	Unid	Om. Entrada	Est. Final	Prod. em Estoque	Prod. fora do estoque
Cuscuz Sinhá	fd	790	252	252	538

Por fim, ressalto, mais uma vez, que a constatação de entradas não contabilizadas enseja a presunção legal de que tais mercadorias foram adquiridas com receitas de vendas de mercadorias não contabilizadas, a menos que o contribuinte prove a improcedência da presunção. Sendo assim, por se tratar de uma presunção legal *de receitas não contabilizadas*, não há como acolher o pedido para a realização de “perícia”, feita pelo recorrente, no sentido de que “*a fonte da qual se extraiu o Recurso necessário para as compras foi o resultado operacional do exercício anterior*”, razão do indeferimento.

Relativamente à infração 4, insurge-se o recorrente contra a penalidade de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº. 7.014/96, que, segundo ele, não deve ser aplicada ao fato indigitado por não corresponder às hipóteses caracterizadoras da conduta “fraudulenta” tipificadas no dispositivo legal. Contudo, não cabe razão ao apelante, pois a infração se refere à exigência do imposto ao contribuinte, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, *sujeitas ao regime de substituição tributária*, desacompanhadas de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias e demonstrado à fl. 12 dos autos, o que enseja a cominação da

conforme prevista no art. 10, I, “a”, item 2, da Portaria nº. 445/98, por se configurar “...*entradas ou pagamentos não contabilizadas, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque*”, previsto no art. 42, III, da Lei nº. 7.014/96.

No tocante à infração 7, reitera o recorrente sua alegação defensiva de que o levantamento fiscal contém erro, a exemplo da Nota Fiscal de nº 5386 consignada em duplicidade. Tal consideração já havia sido contestada pelo autuante, em sua informação fiscal, esclarecendo que esta nota fiscal não faz parte desta infração, mas teria sido lançada em duplicidade no levantamento de ICMS Antecipação Parcial (fl. 49), mas não foi cobrado qualquer valor sobre a nota fiscal, logo não houve prejuízo para o contribuinte. Assim, por não ter o apelante especificado outra irregularidade, porventura existente, mantenho a exigência fiscal *in totum*.

Quanto à infração 9, relativa à antecipação parcial, o recorrente repete sua alegação defensiva de que a infração não pode prosperar, pois todas as mercadorias nela listadas foram devolvidas. Contudo, o apelante também não anexa os documentos probatórios de sua alegação. Mantida a exigência.

Por fim, inerente ao argumento final do recorrente de que as infrações 7, 8 e 9 foram exigidas mediante Auto de Infração nº. 299762.0099/06-3, restou comprovado, através dos Acórdãos de nº. 0329-01.06 e 0092-11.07, respectivamente exarados pela 1ª JF e 1ª CJF, relativos ao Auto de Infração de nº. 299762.0099/06-3, citado pelo recorrente, que as infrações nele constantes dizem respeito à realização de “*levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004*”, não existindo, portanto, nenhuma vinculação entre as exigências, conforme alegado pelo recorrente, por se tratarem de irregularidades e de exercícios diversos.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206977.0403/07-5**, lavrado contra **E. M. DA SILVA MAGALHÃES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.640,68**, acrescido das multas de 70% sobre R\$37.075,87 e 60% sobre R\$21.564,81, previstas no art. 42, incisos III, II, “d” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$53,30**, previstas no art. 42, incisos XXII, XI, da lei retrocitada, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS