

**PROCESSO** - A. I. Nº 207160.0001/07-5  
**RECORRENTE** - TERWAL MÁQUINAS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0297-03/09  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 08/10/2010

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJE Nº 0337-12/10**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS, SENDO EXIGIDO O IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA - ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, em um mesmo exercício, diferenças tanto de entradas quanto de saídas através de levantamento quantitativo de estoque, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Infração parcialmente procedente. Rejeitado o pedido genérico de realização de diligência. Afastadas as arguições de preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls. 1173/1178, interposto em face da Decisão primária que confirmou parcialmente o lançamento fiscal, condenando o autuado no valor de R\$39.767,46, acrescido das multas de 60% sobre R\$380,31, e de 70% sobre R\$39.387,15, previstas, respectivamente, no inciso VII, alínea “a”, e inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007, exige ICMS no valor de R\$59.836,58, acrescido da multa de 60% e 70 %, entretanto, o presente Recurso ataca unicamente a acusação descrita na infração 2, qual seja:

*“Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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, no mesmo exercício. Exercício de 2003. ICMS no valor de R\$52.197,32, acrescido da multa de 70%.”*

A 3ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão pela parcial procedência da autuação, transcrita abaixo:

“(…)

*Rejeito, igualmente, o pedido genérico de realização de diligência, conforme alínea “a”, do RPAF/99, tendo em vista que os dados constantes deste processo do meu convencimento*

*No mérito, o Auto de Infração em lide trata de três imputações, conforme este voto.*

(...)

*Em relação à Infração 02, falta de recolhimento do ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas, quanto 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, no exercício de 2003, o representante do Fisco corrigiu os equívocos numéricos relativos às operações com mercadorias com base de cálculo reduzida, tal como exposto pelo contribuinte, passando de R\$52.197,32 para R\$34.201,08 (fl. 1.112) o valor relativo a esta imputação.*

*Contudo, o contribuinte permaneceu insurgindo-se contra a aplicação da presunção legal para a apuração do valor lançado de ofício, com as argumentações já transcritas no Relatório deste Acórdão.*

*Assinalo que o fato de o contribuinte ter iniciado suas atividades em junho, ou em setembro, do ano anterior, não compromete a liquidez e certeza do lançamento para o exercício em foco. O lançamento relativo a 2002 já foi objeto da imputação 01, que tratou de saídas omitidas naquele exercício.*

*A imputação 02 trata de levantamento de estoque no exercício fechado de 2003, durante o qual o contribuinte não contesta que estava exercendo a atividade comercial. O único dado concreto citado, referente ao exercício de 2002, no presente lançamento relativo a 2003, são as quantidades de mercadorias que constam no inventário final de 2002, utilizadas como quantidades de estoque inicial de 2003, e que não foram contestados pelo contribuinte.*

*A auditoria de estoque realizada atingiu todo o período de 2003, pelo que as entradas não contabilizadas referem-se a operações realizadas em todos os meses desse exercício, não procedendo a alegação defensiva de que não caberia a presunção no valor lançado inclusive porque teria comercializado em poucos meses do exercício anterior.*

*O fato de que o Fisco utilizou, segundo confirma o contribuinte, dados registrados nos arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços – SINTEGRA que o sujeito passivo enviou a esta SEFAZ, utilizando-se o Fisco do programa informatizado Sistema de Auditoria Fiscal - SAFA, apenas comprova que o Fisco baseou o levantamento fiscal nas informações prestadas pelo contribuinte, e quanto às quais não há questionamento de irregularidade nestes autos.*

*Tratando-se de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, à auditoria realizada aplica-se o previsto na Portaria estadual nº 445/98, em especial em seus artigos 1º, 2º, inciso I, 12, 13, inciso II, e suas alíneas.*

*Os dados que resultaram na apuração do imposto lançado de ofício estão informados nos arquivos magnéticos do contribuinte, e espelham os dados de sua escrita fiscal e de seus documentos fiscais de entradas, e de saídas, dados estes não contestados. Se o contribuinte, contudo, por exemplo comprovasse que cometera erro ao informar, em seus arquivos magnéticos, dado que deveria ter informado corretamente, isto poderia ter sido considerado pelo Fisco para comprovar a improcedência, ou procedência parcial, da presunção, conforme disposto no artigo 14 da mencionada Portaria nº 445/98.*

*A presunção legal de omissão de saídas em face da falta de contabilização de entradas, pelo sujeito passivo, é prevista no §4º do artigo 4º da lei nº 7.014/96 e no §3º do artigo 2º do RICMS/BA, e sua aplicação à auditoria de levantamento quantitativo de estoque está determinada no inciso II do artigo 6º da multicitada Portaria nº 445/98. Não elidida a presunção pelo sujeito passivo, a mesma prevalece.*

*As multas aplicadas estão previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração...”*

Em face da Decisão da 3ª JF que julgou o auto procedente em parte, mantendo a exigência apenas das infrações 1 e 2, é acostado aos autos relatório de demonstrativo de débito, dando conta dos valores anteriores e posteriores ao julgamento de primeiro grau.

Devidamente intimado, o recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls. 1173 a 1178 e, em sua peça recursal, inconformado do desfecho dado pelo julgamento de 1ª Instância, em sede de preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa e violação do contraditório, vez que a Junta de julgamento Fiscal desconsiderou seu pedido de diligência de apuração da proporcionalidade com base em percentual de operações com redução de base de cálculo para abatimento dos valores computados na infração 2, cuja materialidade da cobrança, entende o contribuinte, impende o prolongamento das discussões.

No mérito, afirma que os prepostos do fisco procederam a uma auditoria de estoque por meio de software a distância, realizando os exames na própria repartição confirmação do seu procedimento através de apuração *in loco* ou *per* elaborados pelo fiscal com a documentação fiscal das operações mercadorias.

Reitera suas razões trazidas em sede de defesa, sobretudo aquelas trazidas após a informação fiscal, fls. 1120/1121, para afirmar que o tipo de auditoria realizada pelo fisco para levantamento do quantum exigido na infração 2, implica na criação arbitrária da base imponible em decorrência da inclusão de produtos sujeitos ao benefício da redução da base de cálculo. Nesse diapasão, requer a realização de diligência com o propósito de que seja definido um percentual de rateio entre as operações com base de cálculo plena e reduzida.

Por fim, pede seja julgada nula a Decisão recorrida ou parcialmente procedente, considerando o que reconhece como devido.

A PGE/PROFIS, em Parecer exarado pela Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, inicialmente atasta a preliminar de nulidade suscitada, dizendo que “... o pedido de diligencia foi devidamente apreciado pela 1ª instância administrativa e rejeitado com fundamento no RPAF e nas provas constantes nos autos.”

Informa que da compulsão dos autos, verifica que o sujeito passivo não trouxe provas capazes de elidir a presunção legal de omissão de saídas em face da falta de contabilização de entradas durante o exercício de 2003. Informa também que as correções numéricas relativas às operações envolvendo mercadorias com base de cálculo reduzida, tendo ocorrido redução do montante tributário, razão pela qual, entende a ilustre Parecerista, deve ser rejeitado o pedido de diligência.

Entende a representante da PGE/PROFIS que o autuante, ao realizar levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, com o fim de apuração da regularidade das entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento, adotou procedimento rotineiro de fiscalização, previsto na legislação tributária. Salienta, também, que o recorrente teve acesso ao demonstrativo elaborado pelo autuante, contendo informações detalhadas.

Ao final, diz que o art. 39, §1º do RPAF preconiza que o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, e que, no caso em tela, o fisco utilizou dados registrados nos arquivos magnéticos do SINTEGRA encaminhados à SEFAZ através de sistema informatizado de auditoria fiscal denominado SAFA.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JfJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O recorrente, em sede de preliminar, argui a nulidade de todo o processo administrativo fiscal por entender que houve cerceamento de defesa e violação do contraditório por ter a JfJ desconsiderado seu pedido de diligência de apuração da proporcionalidade, com base em percentual de operações com dedução de base de cálculo para abatimento dos valores computados na infração 2.

Tratando da nulidade suscitada, pude verificar que, em nenhum momento houve ofensa ao direito do contribuinte à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que tomou conhecimento das acusações que pesavam contra si, exerceu seu direito de defesa, se fez presente nos autos trazendo suas razões e contrarrazões, tomou conhecimento dos pronunciamentos do autuante, foi notificado da Decisão de 1º grau, de modo que afastou a nulidade suscitada.

Do mesmo modo, afastou a preliminar de nulidade suscitada em razão da “desconsideração” do pedido de diligência, vez que a 3ª JfJ apreciou o pedido de diligência formulado, rejeitando-o, por ser inespecífico e com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a”.

Quanto à nulidade da Decisão proferida pela 3ª JfJ, suscitada pelo 1º, enfrentadas todas as preliminares e razões de defesa trazidas aos novos demonstrativos de débitos que reduzem a exigência trazida no Auto

Entendo não restar razão ao recorrente quando requer diligência em razão de entender que o tipo de auditoria realizada implica na criação arbitrária da base imponible em decorrência da inclusão de produtos sujeitos ao benefício da redução da base de cálculo, haja vista que seu requerimento, a este propósito, trazido em sede de defesa, foi devidamente apreciado pela JJF, de maneira a redundar em novo levantamento fiscal que registra redução da sua exigência.

No mérito, a autuação trata da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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, no mesmo exercício. Exercício de 2003.

Pude verificar que no curso do processo o recorrente trouxe elementos que serviram de base para novo demonstrativo, elaborado pelo próprio autuante, que redundou na redução da exigência fiscal. Entretanto, incapazes de elidir por completo a acusação contida na infração 2.

Verifico, também, que muito do Recurso Voluntário ora em apreço, trata da irrisignação do contribuinte quanto à suposta impropriedade da auditoria realizada e do local da lavratura do lançamento. Entendo não ter razão o recorrente, vez que o procedimento adotado pelo autuante tem previsão legal, o que significa, em última análise, que é possível ao fisco proceder auditoria fiscal com base nas informações colhidas através dos sistemas informatizados, que por sua vez, trazem informações fornecidas pelo próprio contribuinte. Ainda, sobre a suposta impropriedade, não há como acolher as razões recursais no que concerne ao levantamento quantitativo, haja vista que tal procedimento tem previsão na Portaria Estadual nº 445/98, arts. 1º; 2º, I, 12 e 13, além do inciso II.

Observo também, que a rigor do art. 39 §1º do RPAF, o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, o que, por si só, combate as alegações recursais no que se refere ao local da autuação.

Ante a tudo o quanto exposto, conheço do Recurso Voluntário interposto, e voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, mantendo a Decisão recorrida que considera parcialmente procedente a infração 2.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 207160.0001/07-5, lavrado contra a **TERWAL MÁQUINAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.767,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$380,31 e 70% sobre R\$39.387,15, previstas, respectivamente, no inciso VII, alínea “a” e III, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS