

A. I. Nº - 232214.0351/01-0

**AUTUADO** - MITCHELL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.

**AUTUANTE** - MÔNICA MARIA ALMEIDA DAS NEVES

**ORIGEM** - INFAC BONOCÔ (INFAC BROTAS)

**INTERNET** - 05. 06. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0189-04/02

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Após as correções dos levantamentos, a acusação ficou parcialmente comprovada em relação a 1998 e, em 2001, restou caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/01, exige ICMS, no valor total de R\$ 8.049,16, em decorrências das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, sendo a primeira em exercício fechado e a segunda em exercício aberto:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 3.701,70, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 4.347,46, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita.

O autuado apresentou defesa tempestiva e suscitou as seguintes preliminares de nulidade:

a) O Auto de Infração é nulo por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança as infrações, uma vez que o montante do débito tributário exigido é incerto, conforme dispõe o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Diz que os levantamentos quantitativos efetuados contêm erros e que diversas notas fiscais (fls. 89 a 99) não foram consideradas. Alega que decisões deste CONSEF têm entendido que a existência de incerteza e imprecisão nos levantamentos quantitativos é razão de nulidade de lançamento. Para embasar sua alegação, cita a Resolução 1505/98, cuja ementa transcreve, e faz referência a dispositivos da Portaria nº 445/98.

b) Relativamente à infração 2, assevera que o ato é nulo porque foi praticado por servidor incompetente, conforme disposto no art. 18, I, do RPAF/99. Explica que a ação fiscal foi iniciada pela auditora fiscal Mônica Maria Almeida das Neves, porém a contagem dos estoques foi efetuada pelo auditor fiscal Paulo Roberto Silveira Medeiros, quando a ação fiscal já estava em curso. Alega que esse último servidor não estava autorizado a proceder qualquer ato de

fiscalização vinculado à presente ação fiscal, pois a Ordem de Serviço foi expedida apenas para a auditora fiscal Mônica Neves.

O autuado também alega que a contagem de estoques foi efetuada em desacordo com o previsto no Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, haja vista que não foi intimado para acompanhar a contagem ou para se fazer nela representado, e nem o termo correspondente ao procedimento foi registrado no seu livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO). Diz que somente recebeu cópia do demonstrativo (Contagem de Estoque), “tendo assinado meramente como recibo de entrega de cópia do mesmo, como se vê da leitura do referido documento”.

No mérito, quanto à infração 1, o autuado afirma que o levantamento quantitativo contém os seguintes equívocos:

- não foram incluídas as entradas de 85 “carteiras” que constavam nas Notas Fiscais de nºs 3962, 3599 e 3109 (fls. 95/97);
- não foram computadas as entradas de 22 “calças” relacionadas na Nota Fiscal nº 3724 (fl. 98);
- as entradas de “camisas” e “bermudas”, constantes nas Notas Fiscais nºs 3724 e 3663 (fls. 98/99), foram majoradas em, respectivamente, 22 e 10 unidades.

À fl. 88, o defendente anexou um demonstrativo com as quantidades dos estoques iniciais e finais, das entradas e das saídas, referentes ao exercício de 1998.

Quanto à infração 2, o autuado diz que o levantamento quantitativo contém os seguintes erros:

- a Nota Fiscal de Entrada nº 8922 (fl. 89), com 78 “calças”, não foi incluída na auditoria;
- não foi incluída a entrada de 134 “bonés”, conforme as Notas Fiscais nºs 754 e 424 (fls. 91/92);
- não foi computada a entrada de 156 “cintos” relacionados na Nota Fiscal nº 110465 (fl. 99);
- a entrada de “bermudas” referente à Nota Fiscal nº 442 (fl. 90) foi majoradas em 10 unidades.

Alega o defendente que não foi efetuada a leitura em “x” dos seus equipamentos emissores de cupons fiscais (ECFs), o que torna a exigência fiscal imprecisa e insegura.

Após afirmar que os erros indicados acima fora apurados por amostragem, o autuado solicita revisão fiscal [diligência] a ser realizada por auditor fiscal estranho ao feito.

Ao final, o autuado solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso sejam ultrapassadas as preliminares, venha a o mesmo a ser julgado improcedente.

Na informação fiscal, a autuante diz que na autuação não houve cerceamento do direito de defesa, que a auditoria fiscal foi efetuada de acordo com as prescrições normativas que regem a matéria e que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos que compõem o Auto de Infração. Alega que as omissões de saídas de mercadorias tributáveis ocorreram e que as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte na defesa devem ser incluídas nos levantamentos.

Às fls. 103 e 104, a autuante anexou aos autos novos demonstrativos de estoques, onde foram considerados os documentos fiscais apresentados pelo contribuinte. De acordo com esses demonstrativos, os débitos tributários apurados passaram de R\$ 3.701,70 para R\$ 3.560,05 (1998) e de R\$ 4.347,46 para R\$ 4.697,33 (2001). Ao final, solicita que a procedência da autuação.

Tendo em vista os novos demonstrativos anexados pela autuante, foi dado vista dos mesmos ao contribuinte. Nessa oportunidade, o autuado reiterou as preliminares de nulidade suscitadas e alegou que a autuante não as rebateu devidamente.

De acordo com o defendente, as notas fiscais apresentadas não foram consideradas nos levantamentos quantitativos de fls. 103 e 104, pois o valor do débito tributário aumentou, o que é vedado pelo CTN. Assevera que, ao considerar os documentos apresentados, a exigência fiscal

não subsiste, conforme comprovam os demonstrativos de fl. 113. Ao final, solicita a nulidade ou a improcedência da autuação.

A autuante afirmou que a nulidade não pode ser alegada por quem lhe deu causa, assim a preliminar suscitada deve ser descartada. Ratifica os valores apurados na informação fiscal.

## VOTO

Os equívocos apontados pelo autuado – falta de inclusão de notas fiscais no levantamento e erros na quantificação de mercadorias – não ensejam a nulidade do Auto de Infração, uma vez que tais vícios são passíveis de correção e, além disso, não impedem que seja determinada a natureza da infração e nem o autuado. No caso em tela, as incorreções foram suprimidas pela autuante quando prestou a informação fiscal, sendo que o autuado foi informado sobre as correções efetuadas, recebeu cópia dos novos demonstrativos e teve o prazo de lei para se pronunciar.

A Resolução 1505/98 da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal citada pelo autuado não serve de modelo porque, no caso em lide, as incorreções foram sanadas e foi garantido ao autuado o amplo direito de defesa.

Em face do exposto acima, com base no disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, afasto a primeira preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

Quanto à segunda preliminar, constato que a “Contagem de Estoque” (fl. 77) foi realizada por um auditor fiscal do Estado da Bahia, Paulo Roberto Silveira Medeiros, cadastro 279.692-1, preposto fiscal competente para efetuar o procedimento em questão, conforme prevê o art. 107, § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia.

O fato de um auditor fiscal não constar em uma Ordem de Serviço não exclui a competência do citado agente para efetuar procedimentos fiscais. Ao fazer a contagem de estoque (fl. 77) sem Ordem de Serviço, o preposto fiscal apenas descumpriu um procedimento interno da sua repartição fiscal, porém o seu ato é válido.

Analizando o documento de fl. 77, constato que a senhora Liane Carla de A. Araújo acompanhou a contagem de estoque e assinou o citado documento como representante da empresa, o que põe por terra a alegação defensiva de que não foi intimado para acompanhar a contagem. Do mesmo modo, carece de sustentação o argumento defensivo de que a funcionária assinou o documento meramente como recibo, pois nele há duas assinaturas: uma por ter acompanhado a contagem e outra por ter recebido cópia do referido documento.

Quanto à falta de lavratura de Termo de Ocorrência no livro RUDFTO, esse fato não enseja a nulidade da autuação, pois o autuado teve ciência do procedimento fiscal efetuado e recebeu cópia do documento referente à contagem feita.

Pelo acima comentado, não acolho a segunda preliminar de nulidade.

Com relação ao pedido de diligência feito pelo autuado, observo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção. Assim, com fulcro no artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo autuado.

No mérito da lide, da análise das peças e comprovações que integram o processo, acerca da infração 1, constato que a auditora fiscal efetuou as correções referentes aos documentos fiscais apresentados pelo autuado, os quais não foram incluídos no levantamento quantitativo ou foram considerados erroneamente.

Ressalto que no levantamento quantitativo inicial (fl. 10), foi apurada uma omissão de entradas de 82 “carteiras”, sendo que o ICMS referente a essa omissão não foi cobrado por ser a omissão de entrada menor que a omissão de saída, conforme prevê a Portaria nº 445/98.

Em sua segunda manifestação, o autuado enfatiza que, ao incluir nos levantamentos quantitativos as notas fiscais de fls. 89 a 99, as omissões detectadas pela autuante seriam totalmente elididas. Contudo, essa alegação defensiva não se sustenta, pois as operações consignadas nas notas fiscais apresentadas pelo autuado são inferiores as omissões detectadas pela autuante, além do que tais documentos já foram considerados na retificação efetuada pelo autuante.

Deixo de acatar os demonstrativos de fls. 88 e 113, uma vez que diversas quantidades foram alteradas pelo autuado sem provas documentais que respaldassem as modificações efetuadas. Como exemplo dessas modificações, cito as saídas acompanhadas de notas fiscais constantes no demonstrativo do autuado. Por essa razão, sou forçado a entender que esses demonstrativos foram simplesmente “ajustados” para que não houvesse nenhuma omissão.

Entendo que, no exercício de 1998, estão caracterizadas as omissões de entradas (base de cálculo de R\$ 3.270,22) e de saídas (base de cálculo de R\$ 20.941,46) de mercadorias sem a devida documentação fiscal, conforme o Demonstrativo de Estoque de fl. 103. Nessa situação, de acordo com o art. 13 da Portaria nº 445/98, deve ser exigido o imposto correspondente à diferença de maior expressão monetária, isso é, sobre a omissão de saída.

Assim, considero que a infração 1 ficou parcialmente caracterizada, sendo devido o ICMS no valor de R\$ 3.560,05 (R\$ 20.941,46 x 17%).

No que tange à infração 2, inicialmente ressalto que o fato da auditora fiscal não ter efetuado a leitura em “x” dos ECFs do autuado não invalida a autuação. Essa providência deveria ter sido tomada, apenas, para evitar que o contribuinte viesse a simular saídas de mercadorias por meio dos ECFs, inviabilizando o levantamento, fato que não ocorreu.

Não acato a alegação defensiva de que as notas fiscais anexadas às fls. 89 a 99 elidem as omissões detectadas pela autuante, pois elas tratam de apenas uma parte das omissões detectadas. Também deixo de acolher o demonstrativo de fl. 113, uma vez que diversas quantidades (a exemplo das saídas acompanhadas de notas fiscais) foram alteradas pelo autuado sem provas documentais que respaldassem as modificações.

Os erros apontados pelo autuado e comprovados por documentos fiscais foram corrigidos, conforme o Demonstrativo de Estoque de fl. 104, com o qual estou de acordo. Assim, o levantamento referente ao exercício aberto de 2001 apurou omissões de entradas (base de cálculo de R\$ 259,50) e de saídas (base de cálculo de R\$ 27.631,35) de mercadorias sem a devida documentação fiscal, sendo que as mercadorias que entraram sem documentação fiscal ainda estavam fisicamente em estoque. Nessa situação, de acordo com o art. 15 da Portaria nº 445/98, devem ser exigidos os seguintes valores:

- a) o imposto relativo à omissão de saída, no valor de R\$ 4.697,33 (R\$ 27.631,35 x 17%);
- b) o imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, no montante de R\$ 44,15 (R\$ 259,50 x 17%).

Todavia, ante a impossibilidade de majorar o débito tributário originalmente cobrado na infração, deve ser mantido o valor constante no Auto de Infração. Assim, considero que a infração 2 ficou caracterizada, sendo devido o valor de R\$ 4.347,46.

Nos termos do art. 156 do RPAF/99, represento a autoridade competente para que seja providenciada a lavratura de Auto de Infração complementar para cobrar o débito que excede ao exigido na infração 2, R\$ 349,87 (R\$ 4.697,33 - R\$ 4.347,46), bem como o ICMS referente às mercadorias que foram encontradas em estoques desacompanhadas de documentação fiscal, no valor de R\$ 44,15 (R\$ 259,50 x 17%).

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 7.907,51, ficando o Demonstrativo de Débito, após as correções pertinentes, da seguinte forma:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO							
INFR.	CÓD. DO DÉBITO	DATA DO VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ. (%)	MULTA		VALOR DO DÉBITO (REAIS)
					UPF	%	
1	10	09/01/99	20.941,47	17%		70	3.560,05
1	10	30/03/01	25.573,29	17%		70	4.347,46
VALOR TOTAL DO DÉBITO							7.907,51

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232214.0351/01-0, lavrado contra **MITCHELL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 7.907,51, sendo R\$ 3.560,05, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$ 4.347,46, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR