

A. I. Nº - 206896.0612/11-4  
AUTUADO - TNG COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.  
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
INTERNET - 10.02.2012

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0001-04/12

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração 01 caracterizada. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O art. 12, I da LC 87/96 considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular. Portanto, as operações de transferências interestaduais em exame estão sujeitas à incidência do tributo. Infração 02 caracterizada. **b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial dos itens não escriturados. **3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE INTIMAÇÕES.** Ilícitos tributários acatados pelo autuado. Infrações 03 e 04 mantidas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$ 190.604,57, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo especificadas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o registro na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício aberto. O autuante consignou que “o contribuinte recebeu relatório de inconsistências encontradas nos seus arquivos magnéticos sendo intimado a regularizá-lo. Foram expedidas mais de 10 intimações, diversos telefonemas e e-mail, todos recebidos e lidos, apesar de o mesmo não dar atenção ao requisitado. Todo o documento fiscal apresentado encontra-se a disposição do mesmo na INFAZ Varejo na Barros Reis, podendo ser retirado em data a ser agendada pelo mesmo, visando evitar o cerceamento do seus direitos, assegurando assim o mais amplo direito de defesa e contraditório”. Valor lançado de R\$ 159.142,82 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita. Multa de R\$ 30.966,47, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita. Multa de R\$ 35,28, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Embaraço à ação fiscal. Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XV-A, “b” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 83 a 109.

Após descrever as condutas ilícitas de que é acusado, sublinha que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações em face do Poder Público e suscita nulidade, pois, no seu entendimento, o lançamento de ofício não permite o exercício pleno do direito de defesa, consoante jurisprudência transcrita. É que o mesmo não discrimina a origem, cálculos, motivos e elementos que lhe possibilitem o conhecimento da base de cálculo (art. 5º, LV, CF/88 c/c Súmula 473 do STF).

Em tópico que denominou “*Da infração ao princípio da legalidade*”, diz que o servidor público autuante incorreu no crime tipificado no art. 316, § 1º do Código Penal, de vez que exigiu o que não é devido em cobrança vexatória, fruto de presunção sem fundamento, o que se converte em ficção.

No mérito, assevera que a auditoria está eivada de vícios. Os trabalhos tomaram por base as informações transmitidas através de arquivos magnéticos, passíveis de conterem erros, principalmente porque é sociedade empresária com matriz e aproximadamente 150 filiais no Brasil. Dessa forma, por falhas técnicas ou administrativas, o SINTEGRA pode ter sido alimentado com números concernentes a outras unidades do grupo.

Prossegue citando o art. 915, § 4º do RICMS/97, cujo texto estabelece que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelos órgãos julgadores administrativos, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem em falta de recolhimento. Tal artigo, a seu ver, deve ser aplicado no caso em tela, já que não houve prejuízo para o Erário e em todas as saídas que efetuou emitiu os competentes documentos fiscais.

Pede prazo para correção de equívocos e afirma que deveriam ter sido considerados os estoques físicos, registrados no Livro de Inventário, à disposição da fiscalização e passível de perícia a qualquer tempo, que de logo requer. Alega que eventuais perdas e sinistros não foram levados em consideração, e que a análise fria da obrigação acessória (SINTEGRA) não pode dispensar as informações constantes dos livros, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

Em seguida, mencionando doutrina e jurisprudência, pondera que o arbitramento da base de cálculo somente seria admitido nas hipóteses do art. 937 do RICMS/97. Passa a discorrer sobre o instituto da presunção, sua definição, gêneros, previsão legal e hipóteses em que pode ser legitimamente utilizada, concluindo que há o risco de transformá-la em meio de arrecadação sem atentar para a justiça tributária.

Ao decidir pela imposição do lançamento em análise, segundo alega, a autoridade fiscal não observou os princípios constitucionais que regem a administração pública, pois há autêntico vício estrutural, defeito genético que macula definitivamente o procedimento, o que afirma com base em lições de Paulo de Barros Carvalho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Com relação à infração 02, argumenta que as operações de entrada objeto da fiscalização são, na verdade, transferências de diversas filiais, o que não representaria risco de evasão fiscal, principalmente porque é empresa altamente conceituada. Referindo-se a ensinamentos de Geraldo Ataliba, diz que somente a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de negócio jurídico, é que “*abre espaço*” para a tributação por meio do ICMS (Súmula 166 do STJ).

Reconhece as infrações 03 e 04, protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, requer diligência e encerra pleiteando improcedência ou nulidade.

Na informação fiscal, de fls. 115 a 131, o autuante assinala que a auditoria foi levada a efeito com o acompanhamento dos responsáveis pelo estabelecimento, inclusive os contadores, tendo sido

emitida a primeira intimação em 19/07/2010 e a última em 27/06/2011, além de inúmeros telefonemas e mensagens, haja vista a má vontade em atendê-lo.

A auditoria de estoques foi realizada com a utilização dos arquivos magnéticos retificados pelo próprio contribuinte, após o envio do relatório de inconsistências detectadas na fiscalização. Consta que das fls. 07 a 32 e das planilhas analíticas gravadas em CD-ROM, de fl. 117 [78], cuja cópia foi fornecida ao sujeito passivo, é possível verificar que todas as mercadorias foram computadas no levantamento quantitativo, mediante discriminações analíticas, códigos, descrições, unidades, quantidades, valores nos estoques inicial e final, entradas e saídas com os seus respectivos valores, ICMS etc.

Com os dados acima, nas colunas seguintes foram apuradas as saídas sem notas fiscais, custo médio ou preço médio, alíquotas e imposto devido pela omissão de maior expressão monetária: a das saídas, sendo que o impugnante em nenhum momento questionou com documentação.

Às fls. 127/128, diz que a ninguém é permitido alegar torpeza em benefício próprio e transcreve o art. 708-A, §§ 4º a 6º do RICMS/97, que tratam das obrigações acessórias atinentes aos arquivos magnéticos. Assim, o que fez, conforme aduz, foi apurar as movimentações e estoques em conformidade com as informações prestadas.

No que tange à infração 02, diz que o autuado tenta se esquivar de suas obrigações com alegações descabidas, qualificando-o de grande empresa que não zela pela organização e despreza, de forma contundente, a legislação tributária.

#### **VOTO**

As infrações 03 e 04 foram expressamente acatadas pela sociedade empresária autuada. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

Com relação à validade do procedimento, verifico que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Consoante restou decidido no ACÓRDÃO CJF 0212-11/11, com Parecer da Procuradoria do Estado em idêntico sentido, o fato de ter sido ultrapassado o prazo de 90 dias do § 1º do art. 28 do RPAF/99, sem prorrogação ou lançamento de ofício, não induz à nulidade do PAF (processo administrativo fiscal), tampouco retirou do contribuinte o direito de exercer a denúncia espontânea, à vista do que dispõe o art. 26 do Estatuto Processual, sem que tenha havido ofensa ao devido processo legal, incorrendo, no caso presente, qualquer das hipóteses previstas no art. 18 desse Regulamento.

Quanto às origens, cálculos e elementos da base de tributação, constato que o autuante – além das planilhas de fls. 06 a 24 - juntou CD-ROM à fl. 78, cuja cópia foi fornecida ao sujeito passivo (fl. 77), na qual estão detalhados os produtos fiscalizados e seus respectivos códigos, entradas, saídas, estoques iniciais e finais, preços médios, imposto apurado etc.

Registre-se que a auditoria da qual resultou a infração 01 apurou, através de levantamento quantitativo, efetiva omissão de saídas de mercadorias sujeitas à tributação, inexistindo arbitramento ou presunção, muito menos sem fundamento, ao contrário do que foi alegado em sede de defesa.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

Apreciar e decidir sobre as questões de natureza penal referidas na peça de impugnação não faz parte da atribuição legal (competência) deste órgão administrativo de julgamento tributário, em razão de que não haverá deliberação em relação às mesmas.

Indefiro o pedido de redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória (infração 02), pois não se mostram inequivocamente presentes os requisitos do art. 158, RPAF/99.

No tocante ao requerimento de diligência, concluo que os autos encontram-se devidamente instruídos. Não existem omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico, e por isso não acolho o respectivo pleito.

No mérito da infração 01, vejo que o contribuinte teve amplas oportunidades de refutar, com provas documentais, os dados constantes das planilhas e da mídia em CD colacionados pelo autuante, mas não o fez. Os totais apresentados pelo auditor possuem origem nas informações em meio magnético fornecidas a esta Secretaria da Fazenda via SINTEGRA, que, necessariamente, de acordo com a legislação de regência, espelham os livros fiscais. Limitou-se o defendente, entre outras, à afirmação genérica e ineficaz de que *“é uma sociedade empresária com Matriz e aproximadamente 150 (cento e cinquenta) filiais em todo o País, portanto, podendo sim, por falhas técnicas e administrativas, terem sido as informações do SINTEGRA alimentadas ou importadas do sistema fiscal em lojas diferenciadas, e, isto é uma situação que podemos considerar até natural (...)”*. Inclusive às alegações atinentes às supostas perdas e sinistros faltaram especificidade. Não foram trazidas aos autos provas das mesmas nem das correlatas obrigações tributárias acessórias e principais (emissão de notas fiscais de saídas referentes a perdas ou sinistros, estornos de crédito em livro fiscal etc.).

Vejo que se trata de levantamento de estoques em exercícios fechados (2008 e 2009), conforme levantamentos de fls. 7 a 24.

Foi assegurado ao contribuinte o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tivesse em seu poder, inclusive livros fiscais, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (caput do art. 123 do RPAF/99).

A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo do ônus de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

No direito anglo-americano há o princípio segundo o qual a ninguém é permitido lucrar de sua conduta ilícita (*"no person should be allowed to profit from his own wrong"*). No Brasil é assente a concepção de que a nenhuma pessoa – física ou jurídica - é dado o benefício originado da própria torpeza. Isso se aplica na situação em exame, pois não é razoável um contribuinte, que confessou ter dificultado o trabalho de apuração tributária (embaraço à ação fiscal (infração 04)), sem trazer à lide provas materiais, apenas sob a assertiva hipotética de que *“é possível”* a ocorrência de equívocos cometidos por si, ilidir o dever de pagar o ICMS ou obstar a celeridade processual, que é imperativo de interesse público.

A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Infração 01 caracterizada.

Quanto à segunda infração, a despeito da edição da Súmula nº 166 do STJ, citada pelo sujeito passivo, esta não tem o condão de afastar a exigência fiscal, visto que a autuação refere-se à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita, com multa prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96. Ainda devo registrar que o entendimento judicial não surte efeito sobre a exigência em análise, visto que não se reveste de natureza vinculante (ACÓRDÃO CJP Nº 0243/11-1).

A Constituição Federal estabeleceu competência aos estados para instituir o ICMS (art. 155, II) e dispôs que a definição de contribuintes e de base de cálculo deveria ser feita por meio de lei

complementar. O art. 12, I da LC 87/96 considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular. Portanto, as operações de transferências interestaduais em exame estão sujeitas à incidência do tributo (notas fiscais às fls. 47 a 76).

Infração 02 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206896.0612/11-4**, lavrado contra **TNG COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 159.142,82**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$ 31.461,75**, previstas no art. 42, IX, XI e XV-A, “b” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR