A. I. Nº - 206837.3008/16-3
AUTUADO - LUCAS PIRES DE MORAES COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-02/17

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE TERCEIROS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS EFETUADAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. RELIZAÇÃO DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS EM EXERCÍCIO FECHADO. Ajustes realizados pelo autuante reduzem os valores lançados, em atenção a alegações defensivas. Não acolhidas as preliminares aventadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21 de dezembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R$189.111,36, além de multa de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **04.05.08**. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2013 e 2014).

A empresa autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 79 a 82, onde, após firmar sua tempestividade, inicialmente pugna pela nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Ocorre que diante de não haver referencia ao certificado digital tal fato leva ao cerceamento de defesa do contribuinte, e a igualdade constitucional que previsiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.

Em vista dos fatos acima alocados, entende primordial a declaração de nulidade do Auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais, todavia, se assim não entendido, permite-se requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

No mérito, após descrever a infração, pontua que todas as suas operações são efetuadas dentro do Estado da Bahia como se pode observar da amostra destacada e anexa a presente defesa:

OPERACAO	NUMERO	ORIGEM

Transferência	876	Salvador
Venda	82255	Salvador
Transferência	790	Salvador
Transferência	799	Salvador
Venda	82274	Salvador
Transferência	985	Salvador
Venda	10367	Salvador

Diz que as movimentações de mercadorias se tratam de vendas e transferências dentro do Estado da Bahia, e dessa forma não há que se falar em exigência de tributação, muito menos em responsabilidade solidária por substituição tributaria, uma vez que como regra, na substituição tributária na modalidade subsequente (para frente), o sujeito passivo por substituição tributária é o contribuinte eleito pelo legislador como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido em operações subsequentes, tais como o fabricante, o importador.

Observa, que nas operações interestaduais, o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no Protocolo ou Convênio resultante de acordo específico para aplicação do regime, celebrado entre o Estado e outras Unidades da Federação.

Fala ser contribuinte substituído aquele que sofre a retenção do imposto por parte do substituto, ou seja, recebe a mercadoria com o imposto já retido por substituição e promove sua subsequente saída, e no caso em tela toda e qualquer movimentação fora outrora tributada e recolhido o imposto devido por quem seria o dever.

Passa a seguir, a fazer anotações sobre o caso, especificando que somente realiza compras dentro do Estado de mercadorias já tributadas pelo regime de substituição, e ainda observa transferência dentro das filiais da empresa autuação, que outrora fora tributada, sendo que, dessa forma não há valor devido como solidário pelo regime de substituição tributaria.

Esclarece que no ajuste da planilha anexa de 2011, 2012 e 2013, verifica o erro na base de cálculo auferida, uma vez que o autuante levantou como entradas omissas de produtos tributados pelo regime de substituição tributaria o valor de R$ 635.123,90 (seiscentos e trinta e cinco mil, cento e vinte e três reais e noventa centavos), enquanto o valor correto segundo planilha anexas seria de R$ 276.089,00 (duzentos e setenta e seis mil, oitenta e nove reais).

Diante do fato de só haver venda de entrada omissa quando encontra o estoque negativo, alguns produtos tributados conforme coluna "D" da planilha estão sendo jogados na coluna "R" de substituição tributária o que gera a diferença descrita acima, trazendo como exemplo:

D0122

Entrada – 547

Saída – 446

Estoque 9

Aduz que não há que se falar em entrada omissa, uma vez que se trata de um produto tributado dentro do Estado sem substituição tributária apurado na coluna de entrada "G" de Substituição Tributária.

Traz outro exemplo para o produto 41792:

Estoque inicial – 0

Compras – 84

Saída – 01

Estoque final – zero

Assevera que em tal caso, não há que se falar em entrada omissa, e por tal razão, conforme assaz afirmado a presente infração não deve prosperar vez que as compras e transferências foram efetuadas dentro do Estado sem obrigação de recolhimento por substituição tributária e ainda as planilhas combatidas trazem erros que confundem a defesa.

Aborda a seguir a existência da figura de responsabilidade supletiva e não solidaria, uma vez que o artigo 128 do Código Tributário Nacional determina que "*sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação*".

Por esta razão, fala que o substituído só poderá ser cobrado após a devida cobrança do substituto tributário em razão da responsabilidade ter caráter supletivo, e, desta maneira, requer seja anulado o presente auto de infração, pois há necessidade da cobrança ao substituto tributário.

Conclui, requerendo que seja a defesa devidamente conhecida, e após, seja reconhecido o cerceamento de defesa com a subtração de prazo legal, admitindo-se apresentação de defesa completa no prazo legal de sessenta dias, sendo que, em face de nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, seja declarada a nulidade das notificações objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita.

Caso assim não entendido requer, ainda, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo autuante aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda, seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Informação fiscal constante às fls. 165 a 169 esclarece, após explicitar os termos da autuação e da defesa, que foi realizado a Auditoria de Estoques (anos de 2013 e 2014) com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), as quais foram inicialmente analisadas e cujos relatórios de inconsistências foram encaminhados à autuada que procedeu às correções necessárias e só após nova validação foram utilizados para realização do roteiro de auditoria de estoques.

Quanto à alegação de que todas as operações da autuada são efetuadas dentro do Estado da Bahia assevera que tal argumento não esclarece, nem justifica as omissões de entradas identificadas, ao contrário, apenas ajuda a entender as resistências da empresa em fornecer os dados solicitados, assim como, proceder à correção dos AM-SINTEGRA dos anos de 2011 e 2012 e das EFD's dos anos de 2013 e 2014.

Destaca, ainda, não haver elementos nos parágrafos destacados e transcritos da peça de defesa que indique a improcedência ou impertinência dos levantamentos produzidos, uma vez que a empresa autuada comercializa calçados em geral, itens de mercadorias previstos na legislação do ICMS do Estado da Bahia como passível de Substituição Tributária por Antecipação Total, naturalmente nas Entradas.

Aduz que a alegação de que só realiza aquisições de mercadorias dentro do Estado já tributadas, em particular, via transferência dentre as filiais não é um argumento que prospera, pois todas as transferências das filiais para a Matriz (unidade auditada) foram consideradas e contempladas, não havendo o que considerar ou rever, e quanto às considerações efetuadas na fl. 81 do PAF iniciadas com a frase "*outrossim, não entenda Vossa Senhoria que no ajuste da planilha anexa de 2011, 2012 e 2013 verifica-se o erro na base de cálculo auferida*", bem como a indicação (ainda que não mencione o ano de 2013) de o valor correto segundo as planilhas que anexa, ser R$ 276.089,00 ao invés de R$ 635.123,90, esclarece que o arquivo Excel anexado na peça de defesa pela

autuada contém as Planilhas presentes no feito nas páginas 08 a 36 (ano de 2013) e 37 a 58 (ano de 2014) disponibilizadas em mídia ao final da Auditoria e que foram objeto de exame, análise e correção por parte dos prepostos da empresa, sendo então apensada em sua defesa com alterações, frisando que apenas há como elemento de defesa a planilha em questão.

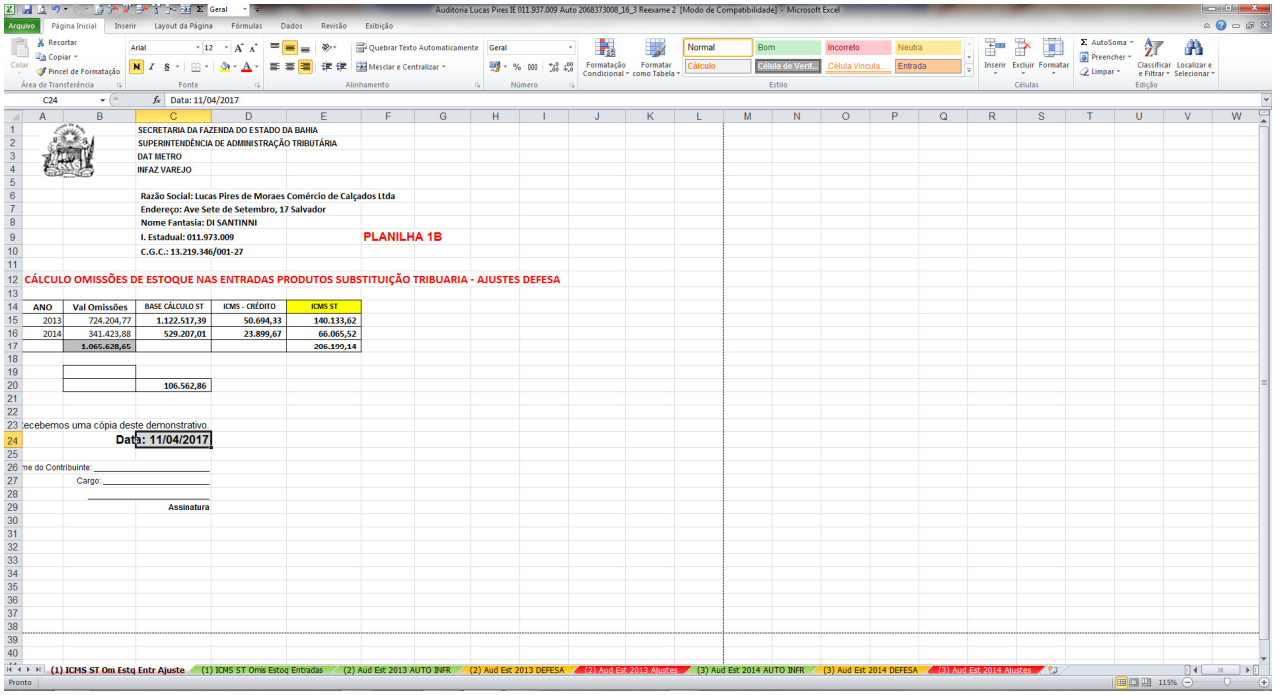
Na peça de defesa, ainda na página 81 do PAF, menciona para corroborar a existência de "erros" no demonstrativo de estoque a menção aos itens de mercadorias "D0122" presente na linha 3.388 da planilha apensada na defesa e o item "41792" linha 3.386 da planilha, ambas do ano de 2013.

Quanto ao quantitativo produzido no levantamento que subsidiou a Auditoria as alegações mencionadas para os itens de mercadorias sinalizados no parágrafo acima, garante estarem corretamente calculados, não havendo erros que devam ser corrigidos, como, de igual modo, não procedem as alegações de erros nos cálculos de ordem quantitativa, afinal a estrutura presente na planilha, e o modo como os quantitativos foram calculados são os tradicionalmente conhecidos e utilizados.

Ressalta que, procedem, entretanto, a alegação de erros no levantamento produzido para o ano de 2013, mormente alguns itens onde foram apontados diferenças de estoques, erro decorrente de classificar alguns itens como mercadorias objeto de Substituição Tributária por Antecipação Total e ao mesmo tempo, mercadorias passíveis de Tributação Normal, sendo tais itens foram corrigidos e ajustados de acordo com a situação tributária correta, com a produção de uma nova versão da Planilha base da autuação.

Acrescenta, ainda, que por oportunidade do reexame do ano de 2013 foi detectado que inúmeros itens não apontavam o Preço Unitário para cálculo do valor das Omissões, o que levou no primeiro levantamento produzido e apensado ao Auto de Infração a assumir como valor zero de Base para Cálculo do ICMS devido, e desse modo, inúmeros itens que apresentaram diferenças de estoques não tiveram apurado o valor da omissão, pois não constava o valor unitário das mercadorias, sendo que os mesmos tiveram as células relativas ao Preço Unitário de Entradas e de Saídas destacadas na cor "verde" e alocado o valor de itens similares ou correlatos identificados a partir da descrição da mercadoria.

Para clareza e verificação por parte dos prepostos da Autuada aponta ter aglutinado em um arquivo Excel planilhas relativas às três situações: a) Planilha utilizada como base no Auto de Infração (cor verde); b) Planilha apresentada como anexo da peça de Defesa (cor amarela); c) Planilha com as correções e ajustes após reexame (cor vermelha), sendo tal procedimento adotado para o ano de 2013 e para o ano de 2014, conforme figura que expõe a seguir:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA
SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
DAT METRO
INFAZ VAREJO

Razão Social: Lucas Pires de Moraes Comércio de Calçados Ltda
Endereço: Ave Sete de Setembro, 17 Salvador
Nome Fantasia: DI SANTINNI
I. Estadual: 011.973.009
C.G.C.: 13.219.346/001-27

PLANILHA 1B

CÁLCULO OMISSÕES DE ESTOQUE NAS ENTRADAS PRODUTOS SUBSTITUIÇÃO TRIBUARIA - AJUSTES DEFESA

ANO	Val Omissões	BASE CÁLCULO ST	ICMS - CRÉDITO	ICMS ST
2013	724.204,77	1.122.517,39	50.694,33	140.133,62
2014	341.423,88	529.207,01	23.899,67	66.065,52
	1.065.628,65			206.199,14
		106.562,86		

ecebemos uma cópia deste demonstrativo
Data: 11/04/2017
me do Contribuinte: _____
Cargo: _____
Assinatura

Afirma estar o arquivo em Excel aberto, sem qualquer senha ou limitador, de modo que poderá ser objeto de exame por parte da empresa sendo parte integrante da presente Informação Fiscal, anotando, ainda, a título de síntese que após os novos cálculos para o ano de 2013 houve um aumento da Base de Cálculo identificada que passou do valor inicial de R$ 984.442,04 para R$1.122.517,39.

Para o ano de 2014 indica que a análise e indicativo de falhas apontadas pela Autuada se mostram corretas e pertinentes, devendo para efeito legal haver a redução da Base de Cálculo do valor inicial de R$530.403,49 para o valor de R$529.207,0, e consoante preceitua a legislação, a Informação Fiscal seria encaminhada para conhecimento e pronunciamento da empresa, sendo que, após o prazo legal seria produzida a Informação Final para encaminhamento as instâncias competentes.

Cientificada do teor da informação fiscal (fls. 229 e 230), a defesa retorna aos autos, apontando a existência de algumas inconsistências na planilha ajustada pelo autuante como aquela na qual o cálculo da coluna "M" que representa o "estoque final calculado" é J10+K10-L10, na qual "J" é o estoque inicial, "K" as compras e "L" as saídas, e desta forma, entende que na coluna L não se poderia ter número negativo, vez que a própria coluna (L) já está representada na fórmula de cálculo como negativa, trazendo como exemplos, os produtos de códigos 35360, 36596, 30822 e 30659.

Tal fórmula, diz, explica corretamente que estoque inicial mais compras menos saídas é igual ao estoque final, e na planilha em questão, a coluna "N" esta informação foi extraída do inventário fornecido pela empresa, ao passo que na coluna "L" se tem o estoque correto que deveria constar do inventário, e em função desta distorção, aparecem produtos com entradas e saídas omissas, representadas nas colunas "R", "S", "T" e "U".

Fala que quando o estoque informado na coluna "N" se apresentar como menor do que o calculado corretamente na coluna "M" tem-se omissão de saídas e não de entradas.

Aponta que, verificada a planilha "3", do ano de 2014, não está presente tal inconsistência, requerendo, desta forma, o refazimento da planilha nos moldes acima elucidados.

Em 31 de julho de 2017, o processo foi convertido em diligência, com o fito de que, diante do apensamento pelo contribuinte de mídia contendo cálculos que entendia correto do levantamento realizado, e à vista não somente dos erros apontados como cometidos pelo autuante, como, de

igual forma, pelo não conhecimento do mesmo da mídia encartada, fosse a ele dirigido o processo, para a devida ciência da informação fiscal e realização de análise de seu conteúdo, prestando informação a respeito (fl. 242).

Em cumprimento, o autuante às fls. 247 a 250 informa que em razão da solicitação de diligência expedida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, datada de 31/07/2017, constante na fl. 242 dos autos em questão foi tramitado através da Supervisão para o atendimento das providências elencadas.

Fala sobre o teor do pedido de diligência que apontava a necessidade de examinar a manifestação da autuada datada de 26 de junho do corrente e presente na fl. 234, e ainda que fora do prazo legal previsto no RPAF/99 para pronunciamento frente à Informação Fiscal produzida em 11 de abril do corrente ano, cuja ciência pela autuada se deu em 17 de maio, a nova manifestação da autuada se fez em 26 de junho, portanto, fora do prazo legal previsto no RPAF-BA, sem que nenhuma razão ou causa, dentre, as relacionadas naquele dispositivo regulamentar.

Ao analisar as arguições defensivas, esclarece que examinando o enunciado da alegação da autuada e a planilha apensada na manifestação verifica a pertinência das alegações apresentadas e factualmente demonstrado na nova planilha apensada, tendo havido inconsistência/incorreção no uso da fórmula o que ensejou distorções no levantamento produzido.

Fala sobre o fato da autuada, através dos seus prepostos além de apontar, apresentou uma nova versão para a planilha com a correção das distorções produzidas, sendo essa nova planilha objeto de verificação e confrontação com as demais fontes de informações não tendo identificado incorreções, erros ou omissões que ensejasse a necessidade de ajuste, e por tal razão, acata a nova versão do levantamento produzido pelos prepostos da autuada, considerando que os ajustes efetuados estão corretos, acatando o novo valor de ICMS apurado para Infração relativo ao exercício de 2013, cujo valor histórico inicial de ICMS apurado, constante no Auto de Infração foi de R$ 122.896,47.

Da mesma maneira, acolhe o novo valor apontado na planilha apensada (ver a aba "Aud Est 2013 Ajustes Defesa") cujo montante de ICMS por Substituição Tributária por Antecipação Total para o referido exercício, fruto da Auditoria de Estoque, passou a ser da ordem de R$ 71.532,11, conforme planilha apresentada na oportunidade:

Cópia de ÚLTIMO AJUSTE EST.2013-EM 22.06.2017 (1) - Excel

Razão Social: Lucas Pires de Moraes Comércio de Calçados Ltda
Endereço: Ave Sete de Setembro, 17 Salvador
Nome Fantasia: DI SANTINNI
I. Estadual: 011.973.009 — **Auto 2068373008_16_3**
C.G.C.: 13.219.346/001-27 — **PLANILHA 2C - AJUSTADA PELA DEFESA**
Período: 2013 - 01/01/2013 a 31/12/2013

TOQUE FECHADO - AJUSTE EFETUADO EM 22/06/2017

	S	Unid	Omiss Entr	Omiss Said	Pr Unit Omiss Entr	Pr Unit Omiss Saida	Estq Inicial	Entr Nota Fiscal	Saida Nota Fiscal	Estq Final Calc	Estq Final Inf	MVA	Aliq	Cod Crit Pr Me	Val Omissões N Trib Entradas	Val Omissões N Trib Saídas	Val Omissões Tribut Entradas	Val Omissões Tribut Saidas
3431	ST	PAR		16	8,68	12,15	17	-	1	16	-		17	5	-	194,40		
3432	ST	PAR	2		16,57	23,20	-	-	2	- 2	-		17	5	33,14	-	-	
3433	ST	PAR	2		78,56	109,99	-	-	2	- 2	-		17	5	157,12	-	-	
3434	ST	PAR		10	37,96	89,99	-	24	14	10	-		17	9	-	899,90		
3435	ST	PAR		2	37,96	89,99	2	-	-	2	-		17	16	-	179,98		
3436	ST	PAR	1		8,71	12,20	-	-	1	- 1	-		17	5	8,71	-	-	
3437	T	UN	1		12,90	12,90	-	-	1	- 1	-		17	5				-
3438	ST	PAR	1		14,28	19,99	-	-	1	- 1	-		17	5	14,28	-	-	
3439															**369.675,01**	**1.256.188,06**	**27.344,78**	**60.788,60**

MVA - Calçados Sul/Sudeste - 55%
BASE CÁLCULO ENTRADAS ST Não Efetuadas **572.996,27**

Val Omissões	BASE CÁLCULO ST	ICMS - CRÉDITO	ICMS ST
369.675,01	**572.996,27**	**25.877,25**	**71.532,11**

(3) Aud Est 2014 AUTO INFR | (2) Aud Est 2013 Ajustes | Aud Est 2013 Ajustes DEFESA | Plan2

Conclui que, em razão de acatar integralmente o novo levantamento ajustado e corrigido pelos prepostos da autuada e em consonância com o que preceitua a legislação, a presente Informação Fiscal será encaminhada a autuada para conhecimento e pronunciamento formal, no prazo legal, após o que será produzida a Informação Final para encaminhamento as instâncias competentes.

Frente a não existência de novos documentos, ou mesmo, alteração dos cálculos e valores apontados pela autuada, informa que a encaminhará via e-mail aos prepostos da autuada, assim como, a peça de manifestação, assim como, a solicitação de diligência da 4ª Junta, de modo que, formalmente possa a autuada se manifestar antes do retorno do feito ao CONSEF.

Cientificada do teor da diligência, (fls. 251), a autuada retorna aos autos (fl. 254), se manifestando no sentido de que acata "*integralmente o novo levantamento ajustado e corrigido pelos prepostos da autuada e em consonância com o que preceitua a legislação*".

Em nova manifestação do autuante, (fl. 262), este aponta inexistirem novas formulações e encaminha o feito para julgamento.

A ciência de tal informação foi dada à fl. 263, através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), sem qualquer manifestação da empresa.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Quanto ao pedido de diligência requerido pela defesa, fica prejudicado, pelo fato de ter sido tal providência determinada, diante do fato de que foi acostado levantamento realizado pela mesma, apontando equívocos do autuante, na formulação dos cálculos, o que implicou no acatamento dos dados apontados e redução do valor lançado para o exercício de 2013.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, ainda assim existem questões preliminares a serem apreciadas.

Observo que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada, diante da arguição de que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, não a acolho, diante do fato de que o autuante acostou à fl. 66 mídia contendo todos os dados relativos à fiscalização realizada, inclusive em relação à auditoria dos estoques, apresentando planilhas concernentes a tais levantamentos, nas quais é plenamente possível se identificar os produtos através de seu código atribuído, descrição e NCM, aqueles que apresentaram omissões, quer de entradas, quer de saídas, preços unitários, base de cálculo, alíquotas e imposto devido, com indicação da MVA utilizada, ou seja, todos os dados necessários e suficientes para que os cálculos pudessem ser realizados, tanto é assim que a empresa, em sede defensiva apresentou mídia elaborada pela mesma, na qual contesta dados lançados pelo autuante, aponta equívocos e elabora novos cálculos, inclusive acolhidos pelo mesmo, o que denota o pleno exercício de seu direito de defesa, motivo pelo qual afasto tal arguição, não a acolhendo, repito, até pelo fato dos documentos fiscais estarem na posse do sujeito passivo e lhe pertencerem.

Para contraditar ainda mais a alegação posta, observo que a defesa apresentou dados concretos e objetivos, sob a forma de demonstrativo, mostrando de forma cabal ter entendido da acusação que lhe foi imputada, e que os dados presentes no lançamento eram suficientes e necessários não somente para tal entendimento pleno, como, de igual modo para a formatação de cálculo matemático em contraponto àquele realizado pelo autuante.

Quanto ao argumento de não haver referência ao certificado digital e que tal fato levaria ao cerceamento de defesa do contribuinte, não restou clara onde se encontra tal exigência relativa ao certificado digital, me parecendo ter sido uma colocação equivocada da defesa, razão pelo não acolhimento da mesma, diante da inexistência na legislação de qualquer menção a certificação digital de quem quer que seja, para a validade do lançamento.

Assim rejeito as preliminares, pelos expostos motivos.

No mérito, como já firmado anteriormente, temos a constatação de aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação relativas a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado.

O exame em questão demanda, sobretudo, apenas e tão somente, análise de questão material, vez se tratar de questão eminentemente fática, e consequentemente, necessita da prova essencial.

Isso diante do fato de tal procedimento de auditoria de estoques estar previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo "*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária*".

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS

relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí podemos ter três resultados. Se for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos.

No presente caso, estamos diante de situação na qual, de acordo com as planilhas acostadas em mídia e inseridas às fls. 07 e 08 a 58 dos autos, há omissão de saídas por omissões de entradas de mercadorias de produtos sujeitos à substituição tributária.

A sistemática utilizada pela Secretaria da Fazenda, para a realização de levantamentos quantitativos, como dito acima, aponta a existência de omissões de saídas por omissões de entradas de mercadorias de produtos sujeitos à substituição tributária. Tal procedimento decorre da determinação contida na Portaria 445/98, ao abordar tal situação, assim determinando:

> *"Art. 6º Feito o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, verificando-se omissões do registro de entradas, é necessário analisar a repercussão desse fato à luz da legislação.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:*
>
> *(...)*
>
> *b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, 'd')".* Observação: redação da época.

E a responsabilidade do sujeito passivo, é própria, na forma da legislação, não tendo sentido qualquer discussão a respeito de tal tema, e desta forma, as considerações tecidas pela defesa em relação à substituição tributária não encontram amparo na legislação, o que permite o seu acolhimento. Além disso, o autuante agiu em conformidade com a legislação, consoante bem atestam as planilhas acostadas ao feito, já mencionadas.

Da mesma maneira, não restou provada a arguição de que as entradas do estabelecimento autuado são realizadas através de transferências, conforme contido na defesa, uma vez que os documentos trazidos, ainda que de maneira parcial, ou por amostragem, representam muito pouco em relação aos totais lançados, estando desacompanhados dos respectivos registros fiscais constantes nos respectivos livros, especialmente os de entradas, onde tal fato estivesse devidamente comprovado, em sustentação a tal tese, prevalecendo a aplicação ao caso em tela, do disposto no artigo 142 do RPAF/99, segundo o qual a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Além disso, como fruto da mesma sistemática de levantamento quantitativo, não se sabe a origem das mercadorias apuradas, e como tal, o ônus da prova cabe apenas e tão somente á empresa autuada.

Quanto às planilhas encartadas à fl. 240, em mídia trazida pela defesa, além de apontar os erros verificados cometidos pelo autuante, o qual, inclusive, já tinha em manifestação anterior

acolhido alguns argumentos defensivos, o que resultou em ajustes, acatou o levantamento realizado e apresentado pela defesa, e seus valores correspondentes.

E não poderia ser diferente, uma vez que caberia ao autuado a produção da prova de não ter cometido a infração, ainda que parcialmente.

Durante o feito se procurou de forma intensa a busca pela verdade material, a qual aflorou em momento processual no qual a autuada acostou planilhas indicando de forma objetiva equívocos cometidos pelo autuante, o qual acolheu os dados ali elencados, e desta forma, diante da também concordância da autuada, a controvérsia deixou de existir pela convergência de posicionamentos.

Por tal motivo, conforme já dito anteriormente, em função da explícita concordância da autuada, e pela convergência de posicionamentos, inclusive quantos aos valores devidos, acolho os ajustes efetuados pelo autuante, em atenção aos dados anotados pela empresa autuada, quando de sua manifestação, frente ao princípio da verdade material, e desta forma julgo o lançamento procedente em parte, sendo o exercício de 2013 reduzido para R$71.532,11, e R$66.065,52 para o exercício de 2014, diante do ajuste realizado pelo autuante na sua primeira informação fiscal, à vista do demonstrativo de fl. 171, no que totaliza o lançamento R$137.597,63, de valor remanescente, diante de sua procedência parcial, a qual assim julgo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.3008/16-3** lavrado contra **LUCAS PIRES DE MORAES COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP**, devendo o ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R$137.597,63,** acrescido da multa de 100% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso III, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA