

**A. I. Nº.** - 206896.0013/14-8  
**AUTUADO** - M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - OTHONIEL SANTOS FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 21.02.2018

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0004-02/18**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** OPERAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Lançamento efetuado com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriores (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). A falta de registro das entradas enseja a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recurso não contabilizado, decorrente de operações de vendas anteriores e não contabilizadas. **b)** OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Argumentos defensivos não elidem as infrações. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Não foi comprovado pela fiscalização o cometimento da infração. Item Nulo. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. Infração reconhecida. Arguição de confiscatoriedade e de redução/cancelamento das multas pelo descumprimento de obrigação principal, se encontra fora do âmbito de competência de apreciação nesta instância administrativa de julgamento. Indeferido o pedido de perícia/diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2014, reclama o crédito tributário no valor total de R\$122.408,42, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

**01 – 04.05.04** - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$14.951,37, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2012), conforme demonstrativos às fls.06 a 08, CD à fl. 41, e Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.42.

**02 – 04.05.01** - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$104.855,91, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento

quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (01/01 a 31/08/2013), conforme demonstrativos às fls.10 a 33, CD à fl.41, e Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.42.

**03 - 07.15.02** – Recolheu a menor o ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$1.268,80, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, correspondentes no mês de julho de 2013, conforme demonstrativo constante no CD à fl.41.

**04 - 01.02.06** - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.332,34, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação (substituição tributária), nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2012, janeiro, março a agosto de 2013, conforme demonstrativo às fls.09 e 34.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação em 19/01/2015, mediante intimação entregue pelos Correios (DG 629 980 645 BR), fls.49 a 50, e em 20/03/2015, através do Processo SIPRO nº 057659/2015-3, fls.77 a 90, por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, após destacar a tempestividade de sua defesa e descrever as infrações, e esclarecer que é pessoa jurídica de direito privado cuja atividade empresarial abrange o comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios em todo o território nacional, arguiu a nulidade da autuação com base no argumento de que o Auto de Infração em tela não pode de forma alguma prevalecer, eis que, além de conter os vícios que a seguir serão apontados, a acusação fiscal por ele veiculada, analisada pelo seu mérito, se mostra totalmente improcedente.

Arguiu as seguintes preliminares de nulidade:

**a) Ilegitimidade passiva do sócio:**

Aduz que o autuante entendeu que deveria determinar a intimação do Sr. Carlos Henrique Miele, como se ele estivesse no polo passivo deste auto de infração, respondendo como devedor solidário. Diz que não existem provas nos autos de que o sócio da Defendente teria agido com excesso de poderes ou infração à lei, ou ainda ao contrato/estatuto social da empresa.

Ressalta que para se reconhecer a responsabilidade dos sócios e assim se redirecionar a exigência de crédito tributário para ele, é necessário que esteja devidamente provado nos autos que os sócios agiram com excesso de poderes ou infração à lei, ou ainda ao contrato/estatuto social da empresa.

Consigna que o mero inadimplemento das obrigações tributárias não é suficiente para que se exijam dos sócios crédito tributário inadimplido pela pessoa jurídica. Pontua que em consonância com esse posicionamento é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme Ementa de Recurso Especial que transcreve.

Com base nisso, salienta que ante a total ausência de provas nestes autos de que o sócio da Defendente teria agido com excesso de poderes ou infração à lei, ou ainda ao contrato/estatuto social da empresa, a medida que se impõe é a determinação de exclusão deste do polo passivo desta autuação.

Nota que não há provas, em lugar nenhum dos autos, de que as supostas infrações cometidas pela Defendente foram praticadas ou desencadeadas a partir de uma decisão ou ato pessoal do sócio.

Assim, frisa que, se inexistem provas de que o sócio da Defendente praticou atos de excesso de poderes ou infração à lei, ou ainda ao contrato/estatuto social da empresa, é forçoso concluir pela inexistência de dolo, fraude ou simulação em toda a operação da empresa Autuada. Nesse sentido, se não existem esses três elementos não há que se falar em manutenção da figura do sócio no polo passivo desta autuação.

**b) Extinção parcial do crédito tributário pelo pagamento.**

A Defendente informa que efetuou o pagamento parcial deste auto de infração, mais precisamente da infração 04, conforme comprovante de recolhimento anexo (Doc. 03, fls. 95/96).

Em vista disso, com fundamento no art. 156, inciso I, do CTN, requer, desde já, o reconhecimento da extinção do crédito tributário lançado de ofício neste Auto de Infração, por conseguinte, dando-se baixa no débito em seu sistema.

**c) Nulidade do Levantamento Fiscal baseado em mera presunção (Infração 01).**

Comenta que a conclusão fiscal, com base no levantamento quantitativo, está baseada em presunção, não possuindo os elementos formadores da convicção do respectivo agente, os quais devem ser sustentados por documentos probatórios ou métodos de avaliação concretos.

Aduz que os cálculos apresentados pela Autoridade Fiscal neste auto de infração, não fazem sentido ou não demonstram o mínimo de raciocínio lógico, pois as planilhas – totalmente incompreensíveis – anexadas ao auto de infração, não sinalizam como o Auditor Fiscal chegou ao valor do crédito tributário supostamente devido.

Com base nisso, sustenta que sem uma descrição minuciosa - relatório fiscal da autuação – dos cálculos que a Autoridade Fazendária fez nestes autos, o direito de defesa e contraditório da Defendente fica totalmente mitigado.

Comenta que o exercício do poder de tributar deve se pautar pelos ditames do princípio da legalidade, sendo imperativo que o Fisco assinala pelo menos fortes indícios de infração à legislação tributária para autuar o contribuinte, sob pena de total nulidade do trabalho fiscal, que, como dito em linhas pretéritas, não foi feita pelo Auditor Fiscal.

Ressalta que as "suposições" apontadas pela d. Fiscalização, além de estarem totalmente equivocadas, só teriam condições de prosperar se viessem acompanhadas de outros elementos ou provas que refletissem a realidade das movimentações da Defendente em seu estoque, o que, conforme exaustivamente comprovado na presente defesa, não ocorreu.

Transcreve trechos de lições de renomados tributaristas sobre conclusão fiscal sem embasamento fático e lançamentos fundados em presunções, para argüir que, baseadas em juízo de probabilidade, as presunções não constituem prova segura e como tal não fornecem ao julgador a certeza necessária para alicerçar o crédito tributário pretendido pela d. Fiscalização.

Acrescenta que, não só a Doutrina, mas também reiteradas decisões administrativas e judiciais, declaram ser inadmissíveis os lançamentos tributários efetuados com base em conjecturas e suposições, sem amparo em fatos e documentos da escrita fiscal, citando, a título exemplificativo, o entendimento emanado do C. Superior Tribunal de Justiça. (STJ, 2ª T., REsp. 48.516/SP. Rel. Min. Ari Pargendler. DJU 1 13.10.97, p. 51553).

Dado o exposto, conclui que o presente Auto de Infração foi lavrado com diversos erros, vícios e imperfeições, e não possui a necessária consistência para amparar a autuação e as penalidades aplicadas, sendo que se encontra fundado em presunções, ficções ou meros indícios que ofendem livre exercício do direito de defesa e do contraditório da Defendente.

Em sequência, em suas razões de defesa, registra que inexistente neste Auto de Infração, e nos documentos que o instruem, qualquer informação acerca dos critérios e metodologia adotados pela d. fiscalização na realização desses levantamentos e elaboração desses relatórios e, por consequência, na apuração quantitativa e valorativa das diferenças de estoque que alega existirem.

Com efeito, ressalta que a única suposição possível nesse contexto, é de que a d. Fiscalização se baseou, unicamente, em documentos fornecidos pela Defendente após regular intimação para seu fornecimento, quais seja: livros Registro de Entradas e Saídas e Livros Registro de Apuração e Inventário dos períodos autuados.

Todavia, argumenta que a prova baseada em arquivos magnéticos de escrituração, como os disponibilizados pela Defendente à d. Fiscalização requer certas cautelas, por entender que, esses arquivos, por si só, não constituem base suficiente para estribar um lançamento tributário, pela

fragilidade que ostentam quanto a possíveis equívocos de digitação ou, até mesmo, adulteração involuntária na sua utilização como base para elaboração de levantamentos fiscais.

Para que não restem dúvidas, o que a Defendente pretende ver esclarecido é a impossibilidade da base probatória utilizada no presente Auto de Infração ser calcada em arquivos como os fornecidos à d. Fiscalização.

Observa que a prova cabal em situações de levantamento de estoques e consequente verificação de omissões de saída, caso do presente Auto de Infração, deve sempre ficar sujeita à análise física das notas fiscais de entrada e saída, na medida em que os arquivos magnéticos ou físicos de escrita fiscal constituem meros indícios, e não prova definitiva capaz de sustentar um lançamento tributário.

Destacando que a metodologia para a análise de dados deve se revestir de rigor técnico, sob pena de incorrer em absoluta arbitrariedade, principalmente quanto ao resultado da fiscalização, o autuado passa a demonstrar os equívocos cometidos pela d. Fiscalização nos lançamentos das mercadorias e respectivos códigos.

Outro ponto que diz merecer destaque por parte da Defendente é o fato de que o crédito tributário reclamado não se reveste da liquidez e certeza necessárias, já que as poucas informações que constam nos relatórios que embasam a acusação fiscal ora combatida não se prestam a determinar qual o critério utilizado pela d. Fiscalização para a obtenção do preço médio utilizado na valoração das supostas diferenças de estoque que ela afirma existirem, ou seja, que é ilegal a valoração das supostas diferenças de estoque.

Comenta que os valores denominados pela d. Fiscalização como "Preço Médio", indicados nos relatórios, são utilizados na apuração da base de cálculo do ICMS supostamente devido pela Defendente, mediante a multiplicação pelas alegadas diferenças de estoque, e posterior aplicação da respectiva alíquota sobre o resultado obtido.

Contudo, sustenta que os critérios e a metodologia de apuração do "Preço Médio" não são indicados em qualquer documento que instruiu essa autuação, não tendo sido possível à Defendente sequer presumir a forma pela qual foram apurados, que entende resultar em iliquidez e incerteza do crédito tributário, na medida em que, como se disse, nenhuma informação foi prestada pela d. Fiscalização acerca dos critérios adotados na apuração dos montantes denominados "Preço Médio" constantes dos respectivos relatórios e, por consequência, na apuração das respectivas bases de cálculo.

Assim, diz que tais omissões configuram, ainda, nítido cerceamento ao direito de defesa da Defendente, uma vez que, se esta desconhece os critérios e metodologias adotados pela d. Fiscalização ao apurar os montantes acima e valorar as supostas diferenças de estoque que afirma existirem, e questiona como poderá exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pelo Texto Constitucional, e que permeiam nosso ordenamento jurídico?

Ressalta que a falta de informações acerca dos critérios e metodologias usadas na apuração dos valores utilizados para a determinação da base de cálculo do ICMS tido como devido, que se estende por todo este Auto de Infração, representa um vício de nulidade inerente ao trabalho fiscal, na medida em que priva a Defendente de qualquer tipo de controle sobre a composição da exigência que lhe foi imposta já que, a rigor, não há meios de se aferir a base de cálculo utilizada para determinação da exigência fiscal.

Nesse contexto, entende que deve o Auto de Infração, desde já, ser retificado para que se determine a adoção, pela d. Fiscalização, dos valores unitários efetivamente utilizados pela Defendente em seus Livros, em substituição aos constantes na peça acusatória, que carecem de qualquer embasamento legal, impossibilitando que ela quantifique a exigência tributária que lhe foi imputada, ferindo os princípios que devem orientar a conduta da administração pública,

enunciados no artigo 37, da Constituição Federal, e reproduzido no artigo 8º, da Lei Complementar nº 939/2003 (Código de defesa do Contribuinte – SP), e no artigo 142, do CTN.

Com efeito, pontua que o Auto de Infração deve conter indicação de todos os fundamentos que suportem supostas irregularidades no cumprimento de obrigações tributárias, bem como os elementos necessários a composição de base de cálculo do débito exigido que, segundo se deduz dos relatórios elaborados pela d. Fiscalização é o produto da multiplicação (i) das diferenças de estoque apontadas para cada produto pelos (ii) seus respectivos valores unitários. Na medida em que esses dois fatores são essenciais à constituição do crédito, as autoridades fiscais estão obrigadas especificar como esses valores foram determinados.

Assim, alegando ausência de um demonstrativo indispensável à mensuração da base de cálculo do débito consubstanciado no presente Auto de Infração, indaga como é possível saber se o valor unitário utilizado pela d. fiscalização corresponde realmente ao custo/valor médio de saída de cada produto em relação ao qual foi apurada uma suposta diferença de estoque?

Desta forma, aduz que se a fiscalização não apresenta todos os elementos utilizados na valoração das supostas diferenças de estoque, não há condições para se averiguar se o trabalho fiscal está condizente com a realidade dos fatos ou se, ao contrário, encerra uma arbitrariedade que resulta em uma majoração indevida dos valores exigidos.

Em face de todo o acima exposto, salienta que não há dúvidas de que os procedimentos adotados por ocasião da lavratura do Auto de Infração em combate comprometem a validade deste lançamento, especialmente no tocante às infrações 01 e 02, devendo a exigência nela veiculada ser imediatamente cancelada.

Em relação à infração 03, referente a imputação de recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$1.268,80, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, alega que não há critérios suficientes para compreensão desta autuação, que por sua vez possibilitem o pleno exercício do direito de defesa, e a Defendente informa que efetuou o pagamento exato do referido crédito tributário (DAE fl.94).

Para comprovar o alegado, acostou os documentos às fls.95/96, nos quais, alega que a Defendente utilizou a base de cálculo correta para o ICMS antecipação parcial; fez a apuração do ICMS operação própria e ICMS antecipação parcial a pagar, por fim, efetuou o pagamento consoante comprovantes de pagamento anexados.

Sendo assim, com fundamento no art. 156, inciso I, do CTN, requer, desde já, o reconhecimento da extinção do crédito tributário (infração 03) lançado de ofício neste Auto de Infração, por conseguinte, dando-se baixa no débito em seu sistema.

Em outro tópico, intitulado de PERÍCIA CONTÁBIL, pontua que as questões discutidas nos autos dizem respeito a imprecisões, equívocos e divergências quanto aos critérios utilizados pela fiscalização para **(a)** apurar, por meio de levantamento fiscal, supostas diferenças de estoque e; **(b)** mensurar/valorar tais diferenças.

Observa que a Defendente indicou as falhas cometidas pelas autoridades fiscais responsáveis pela lavratura do presente Auto de Infração e demonstrou, com exemplos contundentes, que o presente levantamento fiscal apresenta sérias distorções e resulta na apuração de quantias absolutamente despropositadas, sob os aspectos quantitativos e valorativos.

E que na maioria dos tópicos de defesa, a linha de argumentação desenvolvida pela Defendente está fundada em uma análise por amostragem das distorções cometidas pela fiscalização, pois lhe é praticamente inviável empreender, no prazo de 30 (trinta) dias legalmente previsto para a apresentação de defesa, um levantamento paralelo que encontre, item a item, todas as incorreções existentes no trabalho fiscal.

Pelo acima alinhado, diz que para ter a exata dimensão de quanto o levantamento fiscal discrepa da realidade dos fatos, bem como das distorções apontadas em cada tópico desta defesa, entende que se faz necessária a realização de perícia contábil com os objetivos de comprovar se existem,

efetivamente, as pretensas diferenças de estoque apuradas pela d. fiscalização, entre os saldos do estoque inicial e final do período e entre o volume das vendas e o estoque final, mediante consideração de todas as operações que efetivamente resultaram no ingresso desses produtos no estabelecimento autuado, **tomando por base não somente os arquivos magnéticos, mas essencialmente as Notas Fiscais, somadas aos livros Registro de Entradas, de Saídas, de Inventário, de Controle da Produção e do Estoque e os registros contábeis, como o razão de estoque.**

Invoca os artigos 137 e 145, do Decreto 7.629/99, para requerer a realização de perícia pelas razões acima expostas, requerendo, igualmente, sua regular notificação para apresentação de quesitos e nomeação de assistente técnico.

Em relação à MULTA pelo descumprimento da obrigação principal, destaca que a d. Fiscalização determinou a aplicação de multa no valor de 60% (sessenta por cento) para as supostas Infrações descritas no item 03, e de 100% (cem por cento) para aquelas descritas nas Infrações 01 e 02, com base no artigo 42, inciso III e inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Porém, sustenta que não houve qualquer irregularidade na utilização do crédito de ICMS descrito na Infração 03, ou mesmo no registro das operações de entrada e saída no estoque da Defendente, conforme exposto nas Infrações 01 e 02, e que diante da comprovação da regularidade das operações realizadas pela Defendente nos anos de 2012 e 2013, merece ser cancelado integralmente o presente Auto de Infração, e, ato contínuo, merecem ser canceladas as multas impostas.

Entretanto, registra que caso essa [C. Câmara] entenda pela manutenção das referidas Infrações, o que se admite apenas *ad argumentandum tantum*, suscita a redução das multas aplicadas, por possuírem caráter evidentemente confiscatório, indo de encontro com o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Cita lições de renomados tributaristas e julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 96/1354, RE n. 91.707-MG, ementa, 2ª Turma do STF, rel. Min. Moreira Alves).

Aponta que o STF adota explicitamente a orientação de que: **(i) as penalidades tributárias devem ser graduadas segundo a extensão dos danos ao Erário; (ii) a caracterização das infrações deve levar em conta a intenção do agente; e (iii) é perfeitamente possível aos órgãos de julgamento administrativo ou judicial reduzir ou cancelar penalidades excessivas e/ou confiscatórias.**

À vista do exposto, argui que deve ser cancelada a multa aplicada por meio da autuação em combate, sob pena da mesma se apresentar excessiva, confiscatória, ou, quando menos, desproporcional.

Ao final, requer que o Auto de Infração ora combatido seja declarado nulo, mediante o acolhimento das diversas preliminares arguidas.

Ainda em sede de preliminar, que seja reconhecida a extinção parcial do crédito tributário, com fundamento no art. 156, inciso I, do CTN, em razão do pagamento do item 04 deste auto de infração, conforme atesta documentação anexa (Doc. 03).

E que, caso se entenda que o presente AI se reveste dos requisitos de validade de um lançamento de ofício (o que se admite apenas para efeito de argumentação), requer que as razões de mérito desenvolvidas pela Defendente sejam integralmente acolhidas, determinando-se, assim, o cancelamento do débito das infrações 01, 02 e 03, para o fim de nada ser exigido a título de imposto, multa e acréscimos legais.

Outrossim, que caso essa C. Junta entenda pela manutenção das referidas Infrações, pugna pela redução das multas aplicadas (60% - Infração 03 e 100% - Infrações 01 e 02), por possuírem caráter evidentemente confiscatório.

Protesta pela posterior juntada de todo e qualquer documento necessário à comprovação da improcedência das acusações fiscais que lhe foram imputadas, assim como pela realização de

perícia contábil, nos termos do artigo 145, do Decreto nº 7.629/1999. Por fim, protesta pela realização de sustentação oral de suas razões quando do julgamento desta defesa.

Na informação fiscal às fls.123 a 128, o autuante rebateu os argumentos defensivos nos seguintes termos.

1 - A ilegitimidade passiva do sócio Carlos Henrique Miele.

Salienta que o CPPAF da DAT Metro, da Secretaria da Fazenda, tendo em vista a situação fiscal em que se encontrava o contribuinte e constar como regular, apenas o sócio Carlos Henrique Miele, haja vista que a empresa não se deu ao trabalho de cumprir com suas obrigações acessórias, expediu o Termo questionado e cópia do auto de infração para o mesmo. Colou no corpo de sua informação fiscal pesquisa denominada “Dados Cadastrais” extraída do site da SEFAZ, fl.124, para comprovar a informação supra.

Salienta que a Contadora que representava a sociedade empresária neste Estado, Srª Cristina fones (71) 3450-5934 3326-0698, e-mail [cfp@sarcLcom.br](mailto:cfp@sarcLcom.br), não mais atendia os comunicados e o Contador da empresa em São Paulo, Sr. Luís César Lopes, não designou preposto para representar a empresa, restando a remessa para o único sócio regular no cadastro fazendário.

2 - A extinção parcial do crédito tributário pelo pagamento.

Quanto a informação defensiva de que efetuou o pagamento parcial do AI, o preposto diz que este fato não tem o condão de extinguir o débito não adimplido.

3 - Da Nulidade do Levantamento Fiscal baseado em mera presunção.

Considerou mera e descabida a pretensão do autuado em invocar a nulidade do levantamento fiscal efetuado, baseado nos dados informados, depois de corrigidos os arquivos magnéticos conforme requisitado pelo Termo de Intimação transcrito à fl. 126, onde constaram os Relatórios de Inconsistências de 2012, fl. 125, que, erroneamente, o mesmo consignou nos arquivos primitivos.

Informa que todos os dados foram extraídos e serviram de base para a apuração das infrações detectadas e demonstradas, item a item, decorreram dos dados retificados pelo contribuinte através dos documentos fiscais, aí incluídos os arquivos magnéticos Sintegra, nada sendo criado pelo autuante que, apenas processou as informações enviadas.

Observa que a mensagem enviada pelo Contador da M5 Indústria e Comércio atesta a retificação das divergências encontradas nos arquivos magnéticos Sintegra e demonstradas nos Relatórios de Inconsistências, remetido ao mesmo.

Prosseguindo, o preposto esclarece que as divergências acima citadas e, após retificadas, foram constatadas pelos cruzamentos feitos entre os arquivos magnéticos X Livros Fiscais e Documentos Fiscais do contribuinte.

Igualmente, frisa que desconhece o contribuinte a obrigação de fornecer os arquivos magnéticos com os todos os dados corretos, traduzindo com fidedignidade suas atividades mercantis, em consonância com a legislação vigente, conforme abaixo.

Comenta que o Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - (SINTEGRA) é o sistema que- foi implantado no Brasil com a finalidade de facilitar o fornecimento de informações dos contribuintes aos fiscos estaduais e de aprimorar o fluxo de dados nas administrações tributárias e entre as mesmas.

E que o SINTEGRA permite o controle informatizado das operações de entradas e saídas interestaduais realizadas pelos contribuintes de ICMS. E que ele segue o modelo de informações sobre o IVA (Imposto sobre o valor agregado) da União Europeia, porém adaptado às características do Brasil, ele também permite o intercâmbio de informações entre os fiscos estaduais e a Receita Federal.

Ressalta que as suas principais diretrizes são: resguardar os princípios constitucionais do

federalismo, receber informações com qualidade, facilitar ao contribuinte a prestação das informações requeridas e preservar o sigilo fiscal. Suas principais metas são: Informatizar a relação fisco e contribuinte, verificar e acompanhar as operações realizadas por contribuintes de ICMS, apurar comportamento anômalo e disponibilizar informações à fiscalização.

Estando todos os contribuintes de ICMS que emitem documentos fiscais e/ou que escrituram livros fiscais através de sistema eletrônico de processamento de dados, ainda que através de terceiros (escritório de contabilidade, CPD externo, etc), obrigados a enviar as informações para o SINTEGRA.

Pontua que esta obrigatoriedade para a entrega de um arquivo magnético foi estabelecida pelo Decreto 4.204, de 16 de agosto de 2000.

Ou seja, para o envio das informações é necessário um programa validador, que é um “software” disponibilizado pelas Secretarias de Fazenda para consistir as informações prestadas para o SINTEGRA em meio magnético pelos contribuintes, ou seja, esse programa verifica se o arquivo a ser entregue a Secretaria está de acordo com as regras estabelecidas no Convênio ICMS 57/95.

Aponta que nas planilhas acostadas e ofertadas ao contribuinte encontram-se todos os elementos tais como código do produto; descrição do produto; unidade; estoques inicial e final - quantidade e valor; entradas - quantidade, valor e ICMS; saídas - quantidade, valor e ICMS, entradas ou saídas sem nota fiscal; custo ou preço médio; base de cálculo das entradas ou das saídas; alíquota aplicável, ICMS sobre entradas ou saídas; e montante de ICMS sobre entradas e saídas.

Explica que o custo e o preço médio dos produtos foram obtidos mediante a divisão do valor da entrada ou saída de cada produto pela sua quantidade e, multiplicando-se o valor encontrado pela quantidade de omissão, o valor da base de cálculo da entrada ou saída, conforme o caso, inexistindo, portanto, prejuízo para o autuado.

Destarte, sustenta que os demonstrativos de apuração de estoque representam as verdadeiras práticas mercantis desenvolvidas pelo contribuinte.

Quanto ao pedido de perícia solicitado, informa que nada tem a opor, ficando a critério do órgão julgador, se achar devido.

Em relação à alegação de caráter confiscatório das multas, frisa que lhe falece competência para tecer quaisquer considerações a respeito.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Constam às fls.131 a 132 documentos extraídos do SIGAT referente às parcelas reconhecidas e recolhidas, no total de R\$ 1.332,34 (valor principal).

O PAF foi submetido a pauta suplementar do dia 31 de outubro de 2017, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade por conter os autos todos os elementos para uma decisão sobre a lide.

## VOTO

O lançamento tributário objeto do presente processo é composto de quatro imputações, sendo que, o sujeito passivo em sua peça defensiva reconheceu o débito de R\$1.332,34, lançado na infração 04, inclusive já efetuou o devido pagamento, consoante comprovam os documentos de fls.131 a 132 extraídos do SIGAT. Ante o reconhecimento do sujeito passivo, subsiste a referida infração.

Em preliminar foi arguído na peça defensiva a ilegitimidade do sócio Carlos Henrique Miele para a cientificação da autuação. Considerando a informação prestada pelo autuante e comprovada à fl.124, de que o autuado se encontrava com a situação “Suspensão – proc. Bxa/regular, constando apenas o citado sócio como regular no cadastro fazendário, não restou ao preposto fiscal outra alternativa para a ciência do auto de infração, na forma prevista no artigo 108 do RPAF/99.



Além da preliminar acima em relação às infrações 01 e 02, o autuado suscitou nulidades que se confundem com o mérito das imputações.

Sendo assim, passo a analisar tais preliminares juntamente com o próprio mérito das imputações.

Infrações 01 – 04.05.04 e 02 – 04.05.01

No caso da infração 01 – 04.05.04, o valor lançado no demonstrativo de débito, foi apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado (2012), conforme demonstrativos e documentos constantes às fls.06 a 08, e 33/44, e mídia (CD) à fl.41, em decorrência da constatação de operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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.

Já na infração 02 – 04.05.01, foi constatada a falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2013), conforme demonstrativos às fls.10 a 33, CD à fl.41.

Ressalto que abri o referido CD e de fato constam todos os levantamentos fiscais de referidas infrações, o qual foi devidamente entregue ao sujeito passivo, consoante comprova os documentos de fls.49 e 50.

Diante de tais constatações pela fiscalização, o cálculo do débito está em conformidade com a Portaria nº 445/98, tendo em vista que restou caracterizada a falta de recolhimento do imposto, apurado com base nas diferenças de entradas, no ano de 2012, por restar caracterizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias sem a devida tributação, prevista no inciso IV do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, bem como, diferenças de saídas no ano de 2014.

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa das mercadorias no estabelecimento, o seu resultado expressa o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário, e por se tratar de verificação aritmética, ressalta-se seu caráter objetivo, que, por esse motivo, deve ser atacado também de forma objetiva, com o apontamento de eventuais equívocos que possam macular o trabalho fiscal. Ou seja, para contestá-lo, de modo válido, basta que o sujeito passivo confira o levantamento elaborado pelo Fisco, com base nos mesmos elementos utilizados e demonstre as incorreções porventura existentes.

No caso, o sujeito passivo limitou-se a alegar cerceamento ao direito da ampla defesa, e de iliquidez do crédito tributário, alegações que não merecem prosperar, tendo em vista que:

a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

c) Diante da constatação da ocorrência de entradas não contabilizadas apurada por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, a conclusão fiscal está baseada na presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º, inciso IV e artigo 23 da Lei nº 7.014/96, e de diferença

nas quantidades de saídas, o trabalho fiscal está pautado nos ditames legais previstos no dispositivo acima mencionado, além dos artigos 6º, 7º e 8º da Portaria nº 445/98.

e) Nas planilhas de apuração do débito estão demonstrados como foram apurados os valores do crédito tributário, ou seja: no demonstrativo de fls.06 a 08, e 10 a 33, constam: em cada linha os produtos e respectivos códigos, e nas colunas, constam a quantidade e valor do estoque inicial, das entradas, das saídas, e do estoque final. Com base nas quantidades foi apurada diferença de entrada e de saídas, calculando o débito com base nessas quantidades. A base de cálculo foi determinada tomando por base na diferença da quantidade vezes o custo médio das entradas, e sobre o preço médio das saídas, respectivamente, e sobre estas foi calculado o imposto à alíquota de 17%.

A guisa de exemplo, tomando por base o produto código 51202 – BLUSA ESTAMPADA DRAPEADO DECOTE V na planilha de fl.06, temos:

ESTOQUE INICIAL = 7

ENTRADA COM NF = 0

ESTOQUE FINAL = 0

SAÍDAS REAIS = 7

SAÍDAS SEM NF = 7

P. UNITÁRIO MÉDIO = 70,05 (490,35 : 7) = valor do inventário

B. CÁLCULO SAÍDA = 7 X 70,05 = 490,35

IMPOSTO = 490,35 X 17% = 83,36

Cabe consignar que o autuado recebeu um CD, fl.41, contendo todos os levantamentos e demonstrativos do levantamento quantitativo. Para fundamentar meu voto, abri o referido CD e constatei que nele o trabalho fiscal foi feito através de planilhas Excel, subdivido em planilhas representativas das quantidades e dos preços dos estoques inicial e final, das entradas e das saídas, e no caso do preço/custo unitário médio utilizados para determinação da base de cálculo das omissões, bastando somente ao clicar na coluna “PMEDIO” que se verifica a fórmula utilizada para a apuração de tais preços.

Ressalto que na mídia digital constante à fl.41 consta arquivos intitulados de “M OFFICER 5634957 2012” e “M. OFFICER 56341957 2013”, referentes ao um arquivo Excel contendo todas as planilhas que serviram de base para os levantamentos fiscais, em especial, as planilhas do levantamento quantitativo das entradas, etc, em especial o cálculo do prEço unitário médio.

Logo, no caso dos preços unitários médios, assim como nas demais alegações, não assiste razão ao autuado de que não lhe foi informado o critério para sua apuração, visto que, consoante consta no demonstrativo da auditoria de estoques, o cálculo destes preços está demonstrado mediante a divisão do valor da entrada/saída pela respectiva quantidade de cada documento fiscal, conforme acima demonstrado.

A título de exemplo destaquei dois produtos em que ocorreram omissões de entradas e de saídas, a saber:

PROD.COD. A15	NOME PRODUTO B15	VL.TOTAL SAIDAS J15	QUANT. L15	P.UNIT.MÉDIO Q15
51202	Blusa estampada drapeado decote V	490,35	7	70,05

PROD.COD. A18	NOME PRODUTO B18	VL.TOTAL ENTRADAS J18	QUANT.EF L18	CUSTO MÉDIO P18
3119093	Lenço seda estampado	4.156,68	2	2.078,34

f) Os demonstrativos são auto-explicativos na medida que através deles é possível saber os critérios e a metodologia adotados pela fiscalização na realização do levantamento fiscal e elaboração desses relatórios, a exemplo da demonstração no item anterior.

g) Os demonstrativos e levantamentos fiscais baseados nos arquivos magnéticos de escrituração, constituem base suficiente para estribar um lançamento tributário, e servem como elementos de provas, pois refletem a movimentação do estoque no período fiscalizado. Se existem equívocos, conforme alegado, de digitação de dados, caberia ao autuado apontá-los de forma objetiva.

Ademais, considerando que as informações constantes no arquivo magnético foram informadas pelo próprio sujeito passivo, entendo que não há necessidade de análise física dos documentos fiscais de entrada e saída, a menos que seja comprovado que houve erro no arquivo magnético.

h) Considerando a explicação constante na letra “e” anterior, está claro que os autos contém todos os meios de se aferir a base de cálculo utilizada para determinação da exigência fiscal, conforme se verifica nos demonstrativos acima citados.

i) Constam às fls.37 e 38, intimações solicitando documentos necessários ao levantamento fiscal e às fls.35 e 36, intimação para correção dos arquivos apresentados e cópia de um e-mail de preposto do autuado enviando os arquivos dos anos de 2012 e 2013 devidamente corrigidos.

Pelo acima exposto, vê-se que o crédito tributário reclamado nas infrações 01 e 02, se reveste da liquidez e certeza, já que os relatórios que embasam a acusação fiscal se prestam a determinar o critério e metodologia utilizado pela Fiscalização para a obtenção do preço médio utilizado na valoração das diferenças de estoque apuradas.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99, e no mérito, ante a inexistência de defesa objetiva conforme acima comentado, subsistem todas as infrações em comento.

Pelo acima exposto, rejeito as arguições de nulidade, e voto procedente as infrações 01 e 02.

Relativamente à infração 03, o fulcro da autuação é de ocorreu a recolhimento a menor o ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$1.268,80, sobre as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, correspondente ao mês de julho de 2013.

Ao defender-se o autuado acosta ao processo documento de arrecadação pelo regime normal, quitado no valor de R\$18.336,46, referente ao mês de julho de 2013, e argumenta que o valor exigido neste item foi devidamente recolhido.

Examinando as peças processuais, verifiquei que o autuante não juntou qualquer demonstrativo desta imputação de forma impressa. Como os demonstrativos das demais infrações se encontram no CD de fl.41, abri a referida mídia digital e não localizei nenhum demonstrativo de apuração do valor que foi lançado no auto de infração. O que existe é um demonstrativo contendo a apuração do valor de R\$5.419,29, valor esse, que foi devidamente recolhido em 26/08/2013, conforme DAE anexado à fl.94 pelo autuado.

Na informação fiscal o autuante silenciou sobre o argumento defensivo.

Nestas circunstâncias, considerando que nos demonstrativos impressos e no CD entregue ao autuado não contém nenhum demonstrativo de como foi apurado o valor lançado no auto de infração, julgo nulo o lançamento tributário.

Quanto ao requerimento para realização de perícia fiscal, ressalto que a prova pericial, como se sabe, é admitida no curso de um processo como meio ou forma de esclarecimento ao órgão julgador, quando o exame do fato depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame. O pedido de perícia deve ser acompanhado de quesitos.

No caso em tela, o patrono do autuado limitou-se apenas a alegar que o arquivo magnético por ele informado à Secretaria da Fazenda, por si só, não reúne condições na apuração dos valores lançados no auto de infração, sem o exame dos documentos fiscais.

Nesta linha, entendo que a perícia pleiteada pelo Impugnante, além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão, pelo se a rejeita na forma do art.147, inciso I, do RICMS/97.

Ademais, o PAF foi submetido a pauta suplementar do dia 31 de outubro de 2017, visando a realização de diligência, sendo decidido, por esta 2ª JF, pela sua desnecessidade por conter os autos todos os elementos para uma decisão sobre a lide.

Quanto às multas por descumprimento de obrigação principal, arguindo que não houve qualquer irregularidade na utilização do crédito de ICMS ou mesmo no registro das operações de entrada e saída no seu estoque, pede que sejam reduzidas as multas aplicadas, por possuírem caráter evidentemente confiscatório.

Em relação ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “d”, III, VII “a”, e XII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

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

## 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 **206896.0013/14-8**, lavrado contra **M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$121.139,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.332,34 e de 100% sobre R\$119.807,28, previstas no artigo 42, II, “d”, III, VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos conforme documentos de fls.131 a 132.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR