

A. I. Nº - 207095.0017/19-3  
AUTUADO - FEIRA CENTER MAGAZINE LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ PERO ROBERTSON DE SOUSA  
ORIGEM - INFACENTRO NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/02/2021

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0284-04/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INCERTEZA QUANTO AO VALOR DO IMPOSTO A SER LANÇADO E QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Constatada ausência dos valores dos estoques inicial e final do ano de 2015, como também o estoque final de 2014, relativo aos dois anos em que a Fiscalização aplicou os procedimentos fiscais de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. Na forma do inc. I, do art. 2º, da Portaria 445, de 07/08/98, vigente à época dos fatos geradores, em relação a procedimentos fiscais de realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, como é o caso em análise, deve ser realizado com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado. Em se tratando de fatos como este verificados nos autos, onde, no desenvolvimento dos trabalhos da Ação Fiscal, não logrando êxito na obtenção de qualquer documentação fiscal necessária à execução dos trabalhos de fiscalização, deve o agente Fiscal Autuante utilizar do artifício do arbitramento nos termos do artigo 22 da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre o ICMS no Estado da Bahia. Aplicado, portanto, a norma do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado a acusação não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, nem tampouco a base de cálculo do imposto lançado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$1.170.447,98, decorrente do cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 - 04.05.02: Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.170.447,98, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivadas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme demonstrativo às fls. 20/49, para a o exercício de 2014 e fls. 50/73 para o exercício de 2015, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 74 dos autos; com enquadramento no art. 2º, inc. I; art. 23-B, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inc. I, da Portaria 445/98, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo apresenta impugnação, às fls. 79/85, alegando que é pessoa jurídica de direito privado estabelecida na cidade de Feria de Santana, vem, perante esse órgão colegiado de julgamento fiscal, apresentar, através dos seus representantes devidamente constituídos,

impugnação administrativa nos termos a seguir destacado.

• *DAS PFRELIMINARES – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO*

Preliminarmente, como é sabido, diz que o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei, conforme o artigo 104 do Código Civil.

E mais, observa que um ato administrativo é um ato jurídico praticado por autoridade pública, que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei. Na modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, à luz do seu entendimento, o presente PAF incorre em vícios.

Após destacar algumas palavras de Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, aduz que inexiste documento se não estiver presente todos os elementos indispensáveis. Assim não se tem um auto de infração, administrativamente considerado. Assevera que este dano é de tal monta que fere de morte a validade do ato administrativo. Impossível a ratificação posterior do erro fatal, eis que as condições materiais já não mais permanecem.

Será um documento sem qualquer valor, seja probatório, seja meramente indiciante, porque aquilo que é nulo não pode gerar qualquer efeito juridicamente relevante. Neste contexto, destaca trecho que diz ter extraído da Teoria das Nulidades defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles, para em seguida, destacar que o presente Auto de Infração Fiscal é, portanto, um ato administrativo praticado em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo devendo ser decretado nulo, afastando-se seus efeitos principais e secundários.

• *DOS FATOS*

Diz que a empresa autuada teve contra si lavrado o referido Auto de Infração em 18 de junho de 2019, sendo cientificada presencialmente no dia 1º de julho de 2019, sob a alegação de que há 02 parcelamentos em atraso ou interrompidos, 25 PAF inscritos em Dívida Ativa, 27 com ciclo de vida ativo e não é credenciada a recolher a Antecipação Parcial do ICMS, com isso, foi calculado um montante de débito no valor de R\$1.170.447,98.

No período sob análise fiscal, diz que o estabelecimento recebera autorização para uso de 04 impressoras fiscais com MFD (Memória Fita Detalhe), de marca DARUMA, modelo FS700M, nºs Fabricação: 1999714, 199716, 199722, 199768. Registra que apresentou arquivos com os registros de Entradas, Saídas de Mercadorias, Apuração do ICMS e o Inventário inicial de 2014, porém deixou de lançar os estoques finais de 2014 e 2015.

Nesse sentido, alega-se que ocorreu falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Portanto, estaria a empresa sujeita às penalidades previstas no artigo 2º, inciso I; art. 23-B da Lei 7.014/96 c/c art. 83, inciso I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inciso I da Portaria 445/98 e multa segundo o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, não restou opção senão apresentar a presente Impugnação, a fim de anular o Auto de Infração em epígrafe.

• *DO DIREITO*

Diz que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, no qual o contribuinte emite a nota fiscal, discrimina o tributo e efetua o recolhimento deste aos cofres públicos municipais, através da guia de recolhimentos. Ou seja, faz o pagamento com base em apuração realizada por ele próprio.

Por isso, diz- se pagamento antecipado, porque feito antes do lançamento (antes da participação da autoridade administrativa). A extinção do crédito tributário não se verifica com o pagamento, mas com a soma deste com a homologação do lançamento (art. 150, § 4º, do CTN).

Em vista desta antecipação de pagamento, diz que é permitido ao Fisco homologá-lo em um prazo decadencial de 05(cinco) anos, contados a partir do fato gerador. O transcurso *in albis* do quinquênio decadencial, sem que se faça uma conferência expressa, provocará o procedimento homologatório tácito, segundo o qual perde o Fisco o direito de cobrar uma possível diferença, vindo a reboque à perda do direito de lançar. Destarte, aduz extinguir definitivamente o crédito tributário, conforme o art. 156, VII, do CTN.

Observa que o presente Auto de Infração data de 18/06/2019 e, portanto, expirado o prazo quinquenal, decaiu o direito do Fisco em efetuar um novo lançamento e, por conseguinte, é devido o cancelamento do referido documento, com base no disposto pelos artigos 150, § 4º e 156, VII do CTN. Cita entendimento do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo – TIT/SP.

- *DO PRINCIPIO DO NÃO CONFISCO E OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE*

Traz a definição de tributo objeto do artigo 3º do CTN. Em seguida diz que tributo com efeito de confisco é aquele expressamente oneroso ou aquele no sentido de penalidade. Registra que é este o entendimento de que se extrai da lição de Cláudio Pacheco, que destaca.

Aduz que a tributação jamais pode ter a conotação confiscatória devendo observar os mais restritos ditames da lei e nunca prejudicar a sociedade. Consiga que esta postura fere o direito de propriedade que é defendido expressamente no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, que destaca. Também destaca o artigo 150, IV do mesmo diploma legal.

Assim, diz que se percebe claramente que, na medida em que prospere a infundada exigência do fisco estadual, estará havendo um afronto direto aos princípios constitucionais acima expressos.

- *DOS PEDIDOS*

Diante do exposto requer:

- a) que seja recebida a impugnação administrativa, consagrando a ampla defesa constitucional, bem como atribuída a **suspensão da exigibilidade do crédito tributário** aqui discutido, nos termos do art.151, III, do CTN;
- b) a intimação da Autoridade Administrativa responsável pelo Auto de Infração para, querendo, apresentar manifestação;
- c) que seja cancelado o Auto de Infração, em razão da decadência, conforme artigos 150, § 4º, e 156, VII, do CTN;
- d) seja julgada procedente a presente impugnação para fins de anular o Auto de Infração, nos termos acima depreendidos e em consonância com os documentos anexos;
- e) caso não entenda pelo cancelamento do Auto de Infração, requer que este, então, tenha os seus valores revisados e reduzidos, estipulando-se novo prazo para apresentação de defesa.

O agente Fiscal Autuante em sua informação fiscal às fls. 104/105, após traçar algumas considerações sobre a “*capacidade do agente*”, para a validade do negócio jurídico expresso no artigo 104 do Código Civil, bem como do “*objeto lícito*” e também da “*forma prescrita ou não defesa em lei*”, sustenta que o Auto de Infração, em tela, está na forma disposta no art. 38, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA), que orienta como deve proceder o agente na constituição do lançamento fiscal, ora argüido.

Em seguida, após descrever resumidamente a manifestação do defendant quanto à arguição de decadência, diz que a única infração elencada no Auto de Infração tem como datas de ocorrências dos fatos geradores dos débitos reclamados 31/12/2014 e 31/12/2015, portanto, não se enquadram no instituto da decadência, ante à ciência em 28/06/2019 do presente PAF na forma do documento de fl. 77 dos autos.

Ademais, diz que o §5º do art. 123 do RPAF, dispõe que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que fique evidente os casos tipificados nos inc. I a II, porém, pelo exposto na defesa, tais evidências inexistem.

Requer a procedência do Auto de Infração.

À fl. 111 dos autos, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, consta Pedido de Diligência Fiscal da 4ª JJF nos seguintes termos:

*"Vê-se da descrição dos fatos de que o sujeito passivo apresentou arquivos da EFD, relativo ao livro Registro de Inventário, com a informação do estoque inicial de 2014, porém deixou de informar os estoques finais de 2014 e 2015, mesmo sendo intimada*

*Observa-se, também, que todo o roteiro do Levantamento Quantitativo de Estoque abarcou o período de 01/01/2014 a 31/12/2015 na forma dos demonstrativos acostados aos autos (fls. 20/73), que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl.74. Todavia não se vê o demonstrativo resumo dos estoques considerados no roteiro desenvolvido, como previsto neste roteiro de auditoria, em que se levantou uma omissão de saída no montante de R\$6.080.969,29, com apuração de imposto no valor de R\$1.033.764,78 para o exercício de 2014 e uma omissão de saída no montante de R\$804.018,82, com apuração de imposto no valor de R\$136.683,20 para o exercício de 2015, como assim está posto nos termos da autuação.*

*Têm-se, também, dentre outras considerações, a arguição de nulidade do lançamento do sujeito passivo, por entender que, não estando presentes todos os elementos indispensáveis na constituição do crédito, este não poderá ser considerado válido.*

*Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e da verdade material, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 4ª JJF, na sessão de julgamento do dia 22/10/2019, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:*

- a) **Item 1: 1ª Providência:** apresentar o “Resumo de Estoque” que resultou a omissão de saída no montante de R\$6.080.969,29, com apuração de imposto no valor de R\$1.033.764,78 para o exercício de 2014 e uma omissão de saída no montante de R\$804.018,82, com apuração de imposto no valor de R\$136.683,20 para o exercício de 2015, como assim está posto nos termos da autuação.
- b) **Item 2: 2ª Providência:** após acostar aos autos o “Resumo de Estoque” dos exercícios de 2014 e 2015, na forma requerida no item 1 acima destacado, levado a termo no desenvolvimento do roteiro do Levantamento Quantitativo de Estoque, objeto em análise, encaminhar o presente PAF ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal decorrente do pedido desta 4ª JJF, com entrega dos demonstrativos produzidos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, abrindo o prazo de defesa, com a indicação de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo
- c) **Item 3: 3ª Providência** havendo manifestação do autuado, deve o agente Fiscal Autuante desenvolver nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os novos aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA.

*Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para julgamento.”*

À fl. 115 dos autos, em atenção à alínea “a” do pedido de diligência informa que, nos autos e CD/Mídia de fls. 74, constam todos os demonstrativos disponíveis pelo aplicativo SIAF utilizados para desenvolver o Levantamento Quantitativo de Estoque, que fundamenta a autuação e afirma, que, de fato, o Contribuinte Autuado não escriturou os inventários inicial e final de 2015.

À fl. 118 dos autos, têm-se despacho do Setor Administrativo da SAT/DAT NORTE/CRED NORTE, encaminhando o presente PAF ao CONSEF para julgamento, sem tampouco dar ciência ao Contribuinte Autuado nos termos do item 3 do Pedido de Diligencia da 4ª JJF, acima destacado.

Instruído o presente PAF para julgamento na sessão de 11/02/2020, os demais membros da 4ª JJF, observou que a Portaria nº 445/98, tomada como base para a autuação, sofreu alteração em 03/01/2020, através da Portaria nº 001, a qual alterou a redação do § 1º do art. 3º do diploma normativo citado, passando, a redação atual a prever o seguinte:

*“Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:*

*§ 1º Deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período:*

*I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados;*  
*II - 1,92%, no comércio varejista de perfumaria;*  
*III - 1,80%, no comércio varejista de artigos esportivos;*  
*IV - 1,18%, no comércio varejista de moda;*  
*V - 1,09%, no comércio varejista de drogarias;*  
*VI - 1,02%, no comércio varejista de material de construção;*  
*VII - 0,99%, no comércio de atacarejo;*  
*VIII - 0,91%, no comércio varejista de livrarias e papelarias;*  
*IX - 0,70%, no comércio varejista de calçados;*  
*X - 0,62%, no comércio varejista de lojas de departamento;*  
*XI - 0,46%, no comércio varejista de eletrodomésticos e móveis;*  
*XII - 1,38%, outras atividades de comércio varejista, exceto comércio varejista de combustíveis. ... (grifos acrescidos)."*

Em vista da alteração dada ao artigo acima mencionado, tais percentuais deverão ser considerados nos roteiros de auditoria por levantamento quantitativo de estoques, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, não mais representando uma mera margem de tolerância.

Decidiu-se, então, os membros dessa 4<sup>a</sup> JJF, à fl. 124, o que também concordei, na assentada de julgamento do dia 11/02/2020, converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, tal como vem adotando este CONSEF nos presentes casos, para que sejam adotadas as seguintes providências:

**"a) 1<sup>a</sup> Providência:** refazer o levantamento quantitativo de estoque, aplicando o percentual de perdas previsto no § 1º, do art. 3º, da Portaria nº 445/98, com a nova redação dada pela Portaria nº 001 de 03/01/2020, conforme acima destacado, em relação a cada item de mercadoria que tenha apurado omissão de saídas.

**b) 2<sup>a</sup> Providência:** atendida a solicitação supra, levado a termo no desenvolvimento do levantamento quantitativo de estoque, objeto em análise, encaminhar o presente PAF ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal decorrente do pedido desta 4<sup>a</sup> JJF, com entrega dos demonstrativos produzidos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, abrindo o prazo de defesa, com a indicação de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo

**c) 3<sup>a</sup> Providência:** havendo manifestação do autuado, deve o agente Fiscal Autuante desenvolver nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os novos aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA.

*Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para julgamento."*

À fl. 129 consta Informação Fiscal em atendimento ao pedido de Diligência da 4<sup>a</sup> JJF, datado de 11/02/2020, apresentando os demonstrativos das perdas previstas no § 1º, do art. 3º, da Portaria nº 445/98, sem tampouco refazer o levantamento quantitativo, como assim foi posto no **item "a"** do pedido de diligencia, acima destacado.

À fl. 128, vê-se expediente indicando que a Nova Informação Fiscal foi dado ciência ao Contribuinte Autuado por Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), com data de ciência em 01/07/2020, que se manteve silente.

À fl. 151 dos autos, têm-se despacho do Setor Administrativo da SAT/DAT NORTE/CRED NORTE, encaminhando o presente PAF ao CONSEF para julgamento.

À fl. 151-v, verso, tem-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

## VOTO

Em razões preliminares, o contribuinte suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que o lançamento se efetivou com ausência de comprovação dos fatos imputados na peça acusatória.

Vê-se que o sujeito passivo não fundamenta seu pedido de nulidade na legislação baiana, todavia deixa a entender que seu pedido encontra guarida nas disposições do art. 18, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Neste contexto, em cumprimento ao disposto no art. 138 do RPAF/99, tendo efetuado a avaliação dos elementos constantes dos autos, dei como instruídos o presente PAF, onde manifestei pela rejeição da preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Ademais os demonstrativos que embasaram o lançamento, constantes das fls. 20/49, para o exercício de 2014; e das fls. 50/73, para o exercício de 2015, os quais foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência do ato de lançamento na forma do documento de fl. 77 dos autos, ao meu ver, permitia o julgamento da lide.

Todavia, os demais membros da 4ª JJF, na sessão de julgamento da lide, em 22/10/2019, analisando mais detidamente as documentações acostadas aos autos, em conformidade com a descrição dos fatos da autuação de que o sujeito passivo apresentou arquivos da EFD, relativo ao livro Registro de Inventário, com a informação do estoque inicial de 2014, deixando de informar os estoques finais de 2014 e iniciais de 2015, mesmo sendo intimada e não enviado, entenderam ser de bom alvitre o envio dos autos em diligência ao Autuado a inquirir novamente o envio desses inventários não encaminhados.

Aliado a esse destaque, observaram, também, que todo o roteiro do Levantamento Quantitativo de Estoque abarcou o período de 01/01/2014 a 31/12/2015 na forma dos demonstrativos acostados aos autos (fls. 20/73), que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl.74. Todavia, pontuaram que não via nos autos o demonstrativo resumo dos estoques considerado no roteiro desenvolvido, como previsto na Auditoria de Estoque, em que se levantou uma omissão de saída no montante de R\$6.080.969,29, com apuração de imposto no valor de R\$1.033.764,78 para o exercício de 2014 e uma omissão de saída no montante de R\$804.018,82, com apuração de imposto no valor de R\$136.683,20 para o exercício de 2015, como assim está posto nos termos da autuação.

Observaram, também, os demais membros, dentre outras considerações, a arguição de nulidade do lançamento do sujeito passivo, por entender que, não estando presentes todos os elementos indispensáveis na constituição do crédito, este não poderia ser considerado válido.

Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e da verdade material, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 4ª JJF, na sessão de julgamento do dia 22/10/2019, decidiu-se, o que também acompanhei, converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- d) **Item 1: 1ª Providência:** apresentar o “Resumo de Estoque” que resultou a omissão de saída no montante de R\$6.080.969,29, com apuração de imposto no valor de R\$1.033.764,78 para o exercício de 2014 e uma omissão de saída no montante de R\$804.018,82, com apuração de imposto no valor de R\$136.683,20 para o exercício de 2015, como assim está posto nos termos da autuação.
- e) **Item 2: 2ª Providência:** após acostar aos autos o “Resumo de Estoque” dos exercícios de 2014 e 2015, na forma requerida no item 1 acima destacado, levado a termo no desenvolvimento do roteiro do Levantamento Quantitativo de Estoque, objeto em análise, encaminhar o presente PAF ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal decorrente do pedido desta 4ª JJF, com entrega dos demonstrativos produzidos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, abrindo o prazo de defesa, com a indicação de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo
- f) **Item 3: 3ª Providência** havendo manifestação do autuado, deve o agente Fiscal Autuante desenvolver nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os novos aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA.

**Encaminhado o presente PAF para atender a Diligencia Fiscal de fl. 111 solicitada pela 4<sup>a</sup> JJF o Auditor Fiscal autuante**, em atenção à alínea “a” do pedido de diligência informa que, nos autos e CD/Mídia de fls. 74, constam todos os demonstrativos disponíveis pelo aplicativo SIAF utilizados para desenvolver o Levantamento Quantitativo de Estoque, que fundamenta a autuação e afirma, que, de fato, o Contribuinte Autuado não escriturou os inventários inicial e final de 2015.

No pedido de diligência da 4<sup>a</sup> JJF vê-se no item 2 a informação de que, “após acostar aos autos o “Resumo de Estoque” dos exercícios de 2014 e 2015, na forma requerida no item 1 acima destacado, levado a termo no desenvolvimento do roteiro do Levantamento Quantitativo de Estoque, objeto em análise, encaminhar o presente PAF ao órgão competente da INFAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal decorrente do pedido desta 4<sup>a</sup> JJF”

Entretanto, por já constar da peça original da autuação, seja em meio físico (fls. 46/47) seja do CD/Mídia de fls. 74, o autuante apenas esclareceu, à fl. 115, onde constavam todos os demonstrativos que fundamentaram a autuação e como tal, destacou que esses documentos já tinham sido entregues ao sujeito passivo por AR/Correios, na forma do recibo de entrega constante dos autos à fl. 77, em que oportunizou ao mesmo a apresentar a Impugnação Administrativa de fls. 79/85, por seu Representante Legal constituído.

Voltando a ser instruído o presente PAF para julgamento na sessão de 11/02/2020, os demais membros da 4<sup>a</sup> JJF, observaram que a Portaria nº 445/98, tomada como base para a autuação, sofreu alteração em 03/01/2020, através da Portaria nº 001, a qual alterou a redação do § 1º do art. 3º do diploma normativo citado, com o indicativo de que deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo, ou extravio, para efeito de apuração de omissão de saídas passando, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação de percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período, em que no caso, em tela, o percentual é de 1,18%.

Decidiu-se, então os membros da 4<sup>a</sup> JJF, às fls. 111 dos autos, mais uma vez, o que também acompanhei, converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as providencias de identificar os valores a título de perda, roubo, ou extravio, nos termos da redação do § 1º do art. 3º, Portaria nº 445/98, alterada, com o refazimento do levantamento quantitativo, dando ciência ao Autuado para manifestar, querendo.

Vê-se, então, da Informação Fiscal de fl. 129 que o agente Fiscal Autuante cumpriu em parte o pedido de Diligência da 4<sup>a</sup> JJF de fl. 111, que ensejaria colocar em diligência o presente PAF, pois, além de não ter refeito o levantamento fiscal, considerando os valores levantados a título de perda, roubo, ou extravio nos termos do “item 2” do citado pedido, também não deu ciência do resultado da diligência ao Contribuinte Autuado.

Não obstante tudo até aqui posto no presente voto, porquanto o disposto no § 1º, do art. 18, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, onde orienta que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, vejo, ainda, a ocorrência da permanência de um ato administrativo **ausente no presente PAF**, que é a **informação dos estoques inicial e final do ano de 2015, como também o estoque final de 2014**, relativo aos dois anos em que a Fiscalização apura a omissão de saídas, que dão azo ao lançamento fiscal do Auto de Infração, em tela.

Vejo que, o sujeito passivo, não desenvolveu qualquer manifestação na sua peça de defesa, senão informar, dentre outras questões relacionadas a autuação, de que o autuante destacara, na descrição dos fatos, de que teria apresentado o livro de inventário sem lançar os estoques finais de 2014 e 2015. Todavia não faz qualquer consideração que venha contrapor os termos da autuação.

Há de se destacar que a Fiscalização, através DTE (fl. 13), emitiu Termo de Intimação para

Apresentação e Documentos e/ou Prestação de Informações, com data de postagem em 08/04/2019 e ciência do Contribuinte Autuado em 12/04/2019 nos seguintes termos:

*"Em cumprimento da ordem de serviço nº 501.731/2019, fica a empresa ciente do início do procedimento de auditoria fisco-contábil, bem como a RETIFICAR AS EFD do período de JAN/2014 a DEZ/2015, inclusive a de FEV/2016 (referente ao Inventário Final de 2015, pois as notas fiscais de saídas e os cupons fiscais (ECF) estão OMISSOS, devendo retransmiti-las ao sistema da SEFAZ até o dia 07/05/2019". (Grifo acrescido)*

Mais adiante a Fiscalização, através DTE (fl. 14), emitiu um outro Termo de Intimação para Apresentação e Documentos e/ou Prestação de Informações, com data de postagem em 03/05/2019 e ciência do Contribuinte Autuado, mesma data, ou seja, em 03/05/2019 nos seguintes termos:

*"RETIFICAR AS EFD de FEV/2014 e 2015, CONTENDO OS ESTOQUES FINAIS, POIS OS ENVIADOS AO SISTEMA SEFAZ ESTÃO ZERADOS, conforme arquivo anexo. Como prazo para retificação de todas as EFD do período sob análise encerrará em 07/05, essa intimação deverá ser atendida no mesmo prazo, por tratar do mesmo assunto." (Grifo acrescido)*

Desta forma, à luz das documentações acostadas aos autos, vejo que os procedimentos de realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, foram desenvolvidos com os arquivos da EFD após os termos de intimação acima destacados, como assim preconiza a legislação.

Entretanto, **na forma do inc. I, do art. 2º, da Portaria 445, de 07/08/98**, vigente à época dos fatos geradores, **em relação a procedimentos fiscais de realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado**, como é o caso em análise, deve ser realizado com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado.

Como se observa dos autos, seja das informações complementares na descrição dos fatos da autuação, à fl. 2 dos autos, seja por Pedido de Diligência desta 4ª JJF, **vê-se que não se sabe os valores dos estoques inicial e final do ano de 2015, como também o estoque final de 2014**, relativo aos dois anos em que a Fiscalização aplicou os procedimentos fiscais de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, consubstanciado na Portaria 445, de 07/08/98, vigente à época dos fatos, em que apura omissões de saídas, o que, ao meu juízo, ao não considerar tais estoques, **invalida a apuração** em que se levantou uma omissão de saída no montante de R\$6.080.969,29, com o cálculo de imposto a recolher no valor de R\$1.033.764,78 para o exercício de 2014 e uma omissão de saída no montante de R\$804.018,82, com cálculo de imposto a recolher no valor de R\$136.683,20 para o exercício de 2015, como assim está posto nos termos da autuação.

Em se tratando de fatos como este verificados nos autos, onde, no desenvolvimento dos trabalhos da Ação Fiscal, não logrando êxito na obtenção de qualquer documentação fiscal necessária à execução dos trabalhos de fiscalização, deve o agente Fiscal Autuante utilizar do artifício do arbitramento nos termos do artigo 22 da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre o ICMS no Estado da Bahia, onde descreve várias situações de intercorrências no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização da autoridade lançadora passíveis de arbitramento na forma a seguir destacado:

*Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:*

*I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;*

*II - falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;*

*III - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;*

*IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.*

Das várias situações postas na legislação baiana, acima destacada, **vejo que**, no caso em comento, **a autoridade lançadora poderia ter utilizado da prerrogativa do item II, ou mesmo o item IV**, para então aplicar o método mais adequado nos termos § 1º desse mesmo

artigo 22, da Lei nº 7.014/96, o que não assim procedeu.

Concluo, portanto, **que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal**, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação, conforme os termos do art. 2º, da Portaria 445, de 07/08/98, dado a flagrante insegurança na determinação da base de cálculo, **pela ausência dos valores dos estoques inicial e final do ano de 2015, como também o estoque final de 2014**, relativo aos dois anos em que a Fiscalização aplicou os procedimentos fiscais de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Manifesto, então, pela nulidade da Auto de Infração, com fundamento no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado a acusação não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, nem tampouco a base de cálculo do imposto lançado

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar NULO o Auto de Infração nº **207095.0017/19-3**, lavrado contra **FEIRA CENTER MAGAZINE LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA