

A. I. Nº - 206896.0009/20-5
AUTUADO - MAVERICK COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/08/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da nota fiscal. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em sede de informação fiscal, o Autuante fez de ofício o levantamento, procedendo ao agrupamento de mercadorias com similaridade na descrição e com códigos diferentes, consoante previsão do inciso III, art. 3º da Portaria 445/98, reduzindo o valor do débito das Infrações 01 e 02. Infrações parcialmente caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2020, lança o crédito tributário de ICMS no valor de R\$447.611,15, em decorrência das infrações à legislação do imposto a seguir enumeradas:

Infração 01 - 04.05.01. Falta de recolhimento do ICMS relativo a 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 estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2015 e 2016. Exigido o valor de R\$409.479,62, acrescido da multa de 100%.

Infração 02 - 04.05.04. Falta de recolhimento do ICMS 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2017. Exigido o valor de R\$38.131,53, acrescido da multa de 100%.

O Impugnante, através de advogado com procuração à fl. 52, apresenta Defesa, fls. 48 a 51, depois de observar sua tempestividade, alinha os argumentos que se seguem.

Inicialmente diz que a autuação fiscal apontou a falta de recolhimento, de ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documento fiscal e lançamento na escrita da empresa no período de 31/12/2015 a 31/12/2016 e falta de recolhimento do ICMS de operações de saída 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 período de 31/12/2017, com fulcro nos artigos 2º, I e 23-B da Lei nº 7.014/96 c/c art. 83, I, do RICMS-BA/12. Frisa que lhe foi imputado o débito no valor de R\$409.479,62, para a

Infração 01 e para a Infração 02, o valor de R\$38.131,53 e multa de 100%, totalizando o valor de R\$1.024.487,09.

Ao cuidar do mérito, diz que a autuação presume a omissão de saída de mercadorias tributáveis em razão de verificação de suposta omissão de entrada de mercadorias a partir de levantamento quantitativo de estoque pelo fiscal.

Continua assinalando que, no entanto, o Autuante não aponta qual a metodologia utilizada para a verificação do quantitativo de estoque da empresa, pois, apenas cita: "...apurado mediante levantamento de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado", o que se revela insuficiente para a configuração do método utilizado pelo fiscal.

Prossegue mencionando que a insuficiência da caracterização da metodologia utilizada pelo auditor fiscal lhe impede de desconstituir a conclusão alcançada de omissão de saída de mercadorias tributáveis, o que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF), cujo teor reproduz.

Registra que, se não é dado ao contribuinte conhecer o método utilizado pela fiscalização, não é dado o direito de produzir prova em sentido Contrário, porque se desconhece contra o que se impugna. Arremata sustentando não haver como indicar a incorreção da conclusão do método de levantamento de estoque se não se, externou qual método utilizado.

Para corroborar esse seu entendimento reproduz trecho do voto de decisão prolatada no Acórdão JFJ Nº 0308-02/05, da 2ª JFJ desse CONSEF.

Diz restar indiscutível que a análise da metodologia utilizada pelo auditor fiscal é indispensável para que exerça seu direito de defesa, razão pela qual, em não sendo delineada de forma correta na acusação, resta o auto eivado de nulidade.

Reproduz a ementa do RES. 128/2019, da 4ª Câmara do Tribunal de Contencioso do Ceará para frisar que essa matéria também foi decidida da mesma forma.

Conclui requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração por ausência de especificação da metodologia utilizada para levantamento do quantitativo de estoque.

No que diz respeito à multa aplicada no Auto de Infração, assinala que o Autuante fixou multa no percentual de 100% por ofensa ao inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz

No entanto, destaca que o Autuante também não apontou qual o fato, dentre os descritos pela norma, teria ocorrido para a aplicação da multa, se, por exemplo, a alínea "d" ou "g", o que também impede seu exercício da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da/CF), pois não se especificou a base fática da aplicação da penalidade. Remata mencionando que, dessa feita, há ofensa ao inciso V, do art. 39, do RICMS-BA/12, pela incompletude de indicação da norma a ser aplicada. Por essa razão, diz requerer a nulidade da multa aplicada.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente juntada de documentos posteriores e de perícia fiscal, em atendimento ao princípio da verdade material.

Pugna pelo envio de toda e qualquer intimação, inclusive a título de eventual sustentação oral, ao patrono Rafael de Almeida Abreu, inscrito na OAB/CE, sob o nº 19.829, com endereço para intimação na Rua Souza Girão, 320, Bairro de Fátima, Fortaleza - CE, CEP 60.055-305.

Diante do exposto, requer o provimento:

- a) desta defesa para julgar o Auto de Infração nulo tendo em vista a ausência de especificação da metodologia utilizada para o levantamento de estoque, o que ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório;
- b) Subsidiariamente, o provimento da defesa para declarar nula a multa por ausência de indicação suficiente do dispositivo legal que a embasa, nos termos do art. 39, V, do RICMS-BA/12.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 61 a 63, destaca que o Impugnante inicia suas razões de defesa arguindo uma pretensa nulidade por ausência de metodologia de levantamento quantitativo de estoque, com o que diz discordar, haja vista que todos os elementos da operação, bem como suas metodologias foram devidamente explanadas no auto e em documentos acostados.

Diz que o Impugnante também se insurge contra a multa aplicada por ausência de indicação do fundamento legal, com ofensa à ampla defesa e contraditório.

Observa que, perfeitamente, se verifica encontrar-se a multa aplicada, prevista no inciso III, do art. 42, da lei 7.014/96, tem única pertinência com a infração descrita e corretamente enquadrada no art. 2º, inciso I; art. 23-B, da lei 7.014/96, c/c o inciso I, do art. 83, do RICMS-BA/12, e os artigos 4º e 5º da Portaria 445/98.

Informa que em atendimento ao preconizado pela Portaria 445/98, procedeu à retificação da apuração de estoques, realizando o agrupamento de mercadorias com similaridade nas descrições, embora com códigos diferentes. Registra que refez as planilhas de apuração que acosta à presente informação fiscal, utilizando para apuração da base de cálculo, os artigos 23-A e 23-B, da lei 7.014/96, cujo teor transcreve.

Assinala que nova apuração resultou nos seguintes valores: Exercício de 2015 - Omissão de Saídas, no valor de R\$52.141,85; Exercício de 2016 - Omissão de Saídas, no valor de R\$181.533,95 e no Exercício de 2017 - Omissão de Entradas no valor de R\$38.092,04. Conforme planilhas de apuração gravadas em DVD-ROM, fl. 64.

Destaca que em relação à aplicação do redutor, deixou de aplicá-lo por ter o mesmo produzido seus efeitos a partir da Portaria SEFAZ 445, de 24/10/2019, não contemplando os exercícios fiscalizados.

Conclui pugando pela manutenção parcial da autuação.

Consta à fl. 66, intimação emitida pelo DTE enviada ao Impugnante para ciência do teor da informação fiscal. No entanto, o Autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

O sujeito passivo pugna pela nulidade da autuação, por cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do contraditório, sob o fundamento de que o Autuante, em sua peça acusatória, não apontou a metodologia utilizada para a verificação do quantitativo de estoque de seu estabelecimento. Depois de compulsar as peças que compõem os autos, constato que não deve prosperar a pretensão da Defesa, haja vista que o presente Auto de Infração se configurar constituído de todos os elementos preconizados pela legislação de regência.

Resta claramente evidenciado, que nas peças que integram os autos, constam expressa e circunstanciadamente as irregularidades apuradas, bem como, o roteiro de auditoria aplicado na apuração da falta de recolhimento imposto, ou seja, Levantamento Quantitativo de Estoques de Mercadorias, nos exercícios fechados de 2015, 2016 e 2017, com dados de suas movimentações de mercadorias obtidos na EFD do Autuado, fornecida a essa SEFAZ. Além de figurar em campo próprio do Auto de Infração, o enquadramento legal da infração cometida, inclusive, a indicação de que fora atendida a orientação preconizada pela Portaria 445/98, que disciplina o roteiro de auditoria aplicado.

O roteiro de auditoria aplicado no presente Auto de Infração, se constituiu de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, simples modalidade de procedimento fiscal, destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do 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. (art. 1º, da Portaria 445/98).

Portanto, se depreende claramente, que não faz sentido algum a alegação da defesa, de que não foi apontada a metodologia utilizada pela fiscalização para apuração das irregularidades, objeto

da autuação, ora em lide. Eis que, além de utilizar elementos mezinhos da atividade mercantil exercida pelo estabelecimento autuado, por envolver, tão-somente, os registros fiscais da movimentação de seus estoques, o procedimento levado a efeito pela fiscalização foi realizado em absoluta consonância com os ditames dos normativos de regência, quais sejam: Portaria 445/98, RICMS-BA/2012 e pela Lei 7014/96.

Logo, não deve prosperar a nulidade suscitada, por falta de indicação da metodologia de levantamento quantitativo de estoque. Por isso, entendo superado esse questionamento

O Impugnante também suscitou nulidade da multa aplicada, aduzindo a falta de fundamento legal e ofensa à ampla defesa e ao contraditório, por não ter sido indicada a alínea constante do inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96, sem apontar e nem identificar qual o óbice, de fato, impediu a sua não apreensão do enquadramento legal. Convém salientar, que as irregularidades apuradas no Auto de Infração que resultou na aplicação da sanção, encontram-se devidamente circunstanciada e lastreada em demonstrativos que evidenciam pormenorizadamente a origem da exigência objeto da autuação, ou seja, a omissão de receitas tributáveis apuradas e constatadas por meio de levantamento quantitativo de estoques.

Verifica-se, que figura também estampada a indicação da multa aplicada de 100%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei 7.014/96. Percentual esse de 100%, decorrente da redação atual do aludido dispositivo, dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10. Logo, fica patente que a não indicação da alínea do inciso III, não prejudica e nem enseja qualquer impedimento ao exercício da ampla defesa pelo autuado, e, por conseguinte, não há que falar em nulidade.

Ademais, consoante expressa previsão do art. 19 do RPAF-BA/99, não implica nulidade, eventual erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Por tudo quanto exposto, rejeito também essa nulidade suscitada.

No que concerne aos demais requisitos formais, constato que o presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade o lançamento.

Sobre o pedido de diligência e perícia, fica indeferido de plano. Com fulcro no art. 147, I, e II, “a” e “b” do RPAF/99, entendo ser desnecessária a requerida diligência e perícia, tendo em vista as provas produzidas e constantes do PAF, e o entendimento da matéria em questão, prescinde de conhecimento técnico especializado. Considerando ainda, que os elementos contidos nos autos são suficientes para a análise do mérito e conclusões acerca da lide.

No mérito, o presente lançamento é constituído de duas infrações à legislação o ICMS, consoante descrição pormenorizada, enunciada no preâmbulo do relatório.

A Infração 01, imputa ao Autuado o cometimento da Falta de recolhimento do ICMS relativo a 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 estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2015 e 2016 e a **Infração 02**, trata da falta de recolhimento do ICMS 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2017, consoante demonstrativo acostado às fl. 08 a 37, e CD a fl. 38, devidamente entregue ao autuado, fl. 40.

Em sede defesa, o Impugnante, mesmo de posse dos demonstrativos do levantamento fiscal, não comprovou a emissão dos documentos fiscais correspondentes às mercadorias objeto da imputação, constantes nos mencionados levantamentos realizados. Não apontou, nem comprovou erros numéricos relativos a esta imputação, limitando-se a suscitar as preliminares de nulidade, já enfrentadas e superadas no início desse voto.

Em suma, resta evidenciado nos autos, que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos algum que pudessem elidir a acusação fiscal, objeto o Auto de Infração.

O Autuante, ao prestar informação fiscal, inicialmente destacou que o Impugnante suscitou nulidade da autuação, por falta de indicação da metodologia de levantamento quantitativo de estoques e da multa aplicada, por falta de indicação do fundamento legal.

Em seguida, informou que em atendimento ao preconizado pela Portaria 445/98, procedeu à retificação da apuração de estoques, realizando o agrupamento de mercadorias com similaridades nas descrições e com códigos diferentes. Acostou à informação fiscal os novos demonstrativos no CD à fl.64, cuja cópia foi enviada via DTE, ao Autuado, fl. 66.

Explicou que a nova apuração, resultou na diminuição do débito do Auto de Infração para R\$271.767,84, através da exigência nos seguintes valores:

Infração 01 - Omissão de saídas R\$233.675,80, sendo Exercício de 2015 - R\$52.141,85 e Exercício de 2016 - R\$181.533,95.

Infração 02 - Omissão de Entradas R\$38.092,04 - Exercício de 2017.

Depois de examinar os elementos que constituem a apuração desses dois itens da autuação, verifico que o procedimento de agrupamento realizado pelo Autuante tem amparo no inciso III, do art. 3º da Portaria 445/98.

Por entender que a intervenção de ofício efetuada pelo Autuante tem pertinência e está respaldada em previsão estatuída pela aludida Portaria, que orienta os procedimentos a serem adotados na apuração mediante levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante e acostado às fls. 63 e no CD, à fl. 64.

Intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, fl. 66, o Impugnante não se manifestou.

Assim, nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial das Infrações 01 e 02.

O Autuado requer que o envio das intimações relativas ao presente feito, seja realizado em nome do patrono do Autuado, Rafael de Almeida Abreu, inscrito na OAB/CE sob o nº 19.829, e com endereço profissional na Rua Souza Girão, 320, Bairro de Fátima, Fortaleza - CE - CEP 60.055-305. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressaltando-se, contudo, que não implicará vício algum, se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF-BA/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.0009/20-5**, lavrado contra **MAVERICK COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$271.767,84**, acrescido da multa de 100% prevista no inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA