

PROCESSO - A. I. Nº 203459.0052/13-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e M SHOP COMERCIAL LTDA. (SPICY)
RECORRIDOS - M SHOP COMERCIAL LTDA. (SPICY) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0113-02/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27/04/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-11/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida em aditamento de impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova Decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0113-02/14, por ter desonerado parte dos valores exigidos nas infrações 1 e 2, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às mesmas infrações julgadas Procedentes em Parte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento. O Auto de Infração lavrado em 20/12/13 exige ICMS no totalizando R\$107.373,81 em razão de:

- 1. Falta de recolhimento do imposto 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 (2011) - R\$42.199,59.*
- 2. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - 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 (2010 e 2012) - R\$65.174,22.*

Na Decisão proferida pela Primeira Instância a 2ª JJF (fls. 2739/2741), inicialmente afastou a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada, justificando que de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual absteve de se manifestar a respeito.

Quanto aos acréscimos legais, ressaltou que o art. 39, § 3º do RPAF/BA prevê que o débito constante no Auto de Infração, será expresso pelos valores do tributo ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

Rejeitou às preliminares de nulidade requerida pela defesa, quanto aos argumentos de pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o foi exposto com clareza a fundamentação de fato e de direito, descrita as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico das infrações e das multas. E ainda que no corpo do Auto de Infração e nos demonstrativos fiscais foram corretamente apontados os valores autuados, não foram identificados nenhuma

violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Indeferiu o pedido de realização de diligência formulado pelo sujeito passivo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos eram suficientes para formação de minha convicção do julgador, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, apreciou que a defesa apontou alguns equívocos da fiscalização, sendo que:

Na informação fiscal, o autuante, destacou que o autuado em sua petição defensiva não trata do exercício de 2010 (parte da infração 02). Interpretando este silêncio como reconhecimento tácito da defesa.

Com relação aos exercícios de 2011 (infração 01), a defesa admite a base de cálculo das omissões apontadas no AI no valor de R\$36.596,66 e não de R\$248.232,88, ou seja, reconheceu a procedência parcial.

Por sua vez, o autuante reconheceu que ao rodar o arquivo magnético do contribuinte o programa SAFA contou em duplicidade mercadorias acobertadas por documentos fiscais de simples remessa e faturamento para entrega futura, de NF emitida em decorrência de emissão de cupom fiscal, houve, também correção de estoque, tudo comprovado pelo contribuinte com farta documentação. Dessa maneira, com base nas planilhas anexadas ao PAF, respaldadas dos respectivos documentos também anexados, foi possível ao autuante proceder a uma revisão do trabalho, concordando, o agente fiscal, com o valor apresentado pelo contribuinte, sendo que o ICMS devido é no valor de R\$6.221,43.

Em relação ao exercício de 2012 (infração 02), o contribuinte admitiu que ocorreram omissões apresentado o seguinte valor de base de cálculo R\$5.807,52. De igual forma, o autuante concordou com o valor apresentado pelo contribuinte, sendo que o ICMS devido é no valor de R\$987,28.

Concordo com o resultado da revisão, a qual foi amparada nos documentos fiscais e argumentos apresentados pelo autuado. Cabe registrar que o próprio autuante acatou todos os argumentos apresentados pela defesa, tendo revisado os demonstrativos, concordando como os valores apontados pelo contribuinte autuado. Ademais, o autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo intimado para se manifestar, o que fez à folha 2.717 dos autos, solicitando emissão de DAE como o valor retificado.

Logo, as infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	MULTA %	VALOR HISTÓRICO MANTIDO
01	31/12/2011	100	6.221,43
02	31/12/2010	100	41.988,52
02	31/12/2012	100	987,28
TOTAL			49.197,23

No que concerne, por fim, à indicação pelo autuado do endereço de seu advogado para notificação de comunicado de natureza processual relativo ao presente processo, não vislumbro qualquer óbice ao seu atendimento, que deverá ser observado pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda ao enviar as intimações e demais comunicações relativas ao Auto de Infração em lide. Vale ressaltar, porém, que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

*Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.*

A 2ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 2752 a 2783), no qual afirma que o lançamento tributário não preenche os requisitos e exigências, inclusive formais o que implica em existência de vícios de nulidade, que passa a apontá-los.

No mérito, quanto à infração 1, reapresenta o argumento da impugnação inicial de que as omissões apontadas são compostas da diferença entre as colunas Saídas Reais e Saídas com Nota Fiscal, conforme demonstrativo de cálculo das omissões anexo ao auto, para as quais elaborou uma planilha “demonstrando que a quantidade constante na coluna Saídas Reais, foram

acobertadas por documentos fiscais”, indicando na primeira aba, o resumo demonstrando a diferença entre o apontado pelo fiscal e as informações encontradas na sua escrita fiscal (Inventários, relatórios de movimentação de produtos, livros fiscais), a exemplos da fl. 2.755.

Informa que na linha "*Levantamento fiscalização*", está transcrita os apontamentos do Fisco conforme Demonstrativo de cálculo das omissões e na linha seguinte, "*Justificativa MShop*", demonstrando o que é encontrado nos registros da empresa, indicando nas células em vermelho as que efetivamente apresentam divergências entre o levantamento do Fisco e o da empresa.

E nas linhas abaixo, apresenta um resumo da quantidade de produtos que saíram de fato, ajustes de estoque (mercadoria danificadas, objeto de roubo, etc.) quantidade de documentos fiscais emitidos e tipo de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal) e códigos fiscais de operação.

Em seguida transcreve a descrição dos CFOP (Código Fiscal de Operação) indicados nas justificativas (fls. 2756/2757).

Ressalta que o levantamento fiscal equivocado decorre de ajustes de estoques, por quebra, roubo, "*que foram feitos sem registro ou documento fiscal DIVERSO do **apontado pelo fisco***".

Conclui que o lançamento é plenamente viciado, visto que foi apresentado toda a documentação fiscal solicitada pela fiscalização o que não foi levado em conta.

Relativamente à infração 2, diz que a fiscalização elaborou os demonstrativos sem demonstrar que a conduta adotada pelo contribuinte violou a legislação tributária (art. 3º e 142 do CTN) o que conduz a incerteza do lançamento.

Afirma que o exemplo trazido para a infração 1 é aplicável a totalidade do débito, visto que as omissões apontadas pelo Fisco também são compostas da diferença entre as colunas saídas reais e saídas com nota fiscal, conforme demonstrativo de cálculo das omissões.

Aduz que a coluna saídas com NF apresenta um número de documentos fiscais emitidos maior que a movimentação física do produto, decorre da movimentação por meio de notas fiscais que não movimentam os estoques, a exemplo dos CFOP 5.929/6.929 *que são emitidas apenas quando os clientes exigem, ou para acompanhar o transporte de mercadoria quando o cliente não retira o produto na mesma hora; 5.922/6.922 relativo ao recebimento do cliente do valor do produto porque a entrega será efetuada em ocasião posterior, cuja movimentação do estoque é pelo CFOP 5.117/6.117, cuja nota fiscal emitida é que acompanhará a mercadoria até o seu destino final e 5.949/6.949, utilizado para entrega de presentes, quando o cliente compra a mercadoria, a loja emite um cupom fiscal para este tipo de venda e o cliente solicita que seja entregue para uma outra pessoa como presente e que o cupom fiscal é o que movimenta o estoque neste caso também.*

Afirma que, assim como na infração 1, elabora resumos e planilhas demonstrando a relação de documentos emitidos e ajustes de estoque efetuados no ano de 2010.

Requer a realização de diligência fiscal para retificar os demonstrativos originais ou anular a autuação na sua totalidade, evitando inscrição em Dívida Ativa, ao teor do art. 202, III do CTN.

Discorre sobre o contencioso administrativo, constituição de provas, princípios da administração tributária (art. 37 da CF), a ampla defesa (art. 5º, LV da CF), revisão de ofício (art. 149 do CTN).

Cita decisões do STF e STJ que tratam de revisão de ofício (REsp 1133027/SP de 16/03/11); ônus da prova (Proc. DRT-7 2147/84 do TITE-SP, posicionamento de doutrinadores acerca da presunção e decisões de Tribunais Superiores (ApCível 47.599/79) e do Conselho de Contribuintes (Ac. 62.576/70) para reforçar seu entendimento sobre a matéria.

Questiona a exigência de ICMS por meio de presunções, por entender que a lei não concedeu poderes amplos e perigosos para presumir um fato que conduz a comprovar outro em contrário, concluindo que o imposto exigido não tem liquidez, bem como ter havido inversão do ônus da prova, sem o devido amparo legal.

Ressalta a desproporcionalidade da multa aplicada, nas hipóteses em que o tributo foi recolhido ou qualquer razão (imunidade, não incidência, isenção), a exemplo das decisões de Tribunais Superiores (RE 81550-MG) e pela 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fl. 2775).

Cita ainda diversas decisões de Tribunais Superiores (RE 80.093-SP; ADIN 551-RJ; AC 565765-DF) e posicionamento de doutrinadores sobre a proporcionalidade da multa e sua inconstitucionalidade.

Por fim, requer pela nulidade da autuação por ausência de motivação da autuação e se não reconhecida à irregularidade do lançamento, que as multas sejam recalculadas. Protesta provar o alegado por todas as provas permitidas em direito, juntada de documentos, sustentação oral no julgamento e indica endereço para encaminhamento de comunicações à fl. 2783.

A PGE/PROFIS no Parecer à fl. 2787/2788, afirmando que as alegações recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida, pois não traz qualquer argumento jurídico ou prova capaz de afastar as imputações apuradas no lançamento tributário.

Ressalta que foram reapresentados os mesmos argumentos da impugnação inicial que foram analisados pelo autuante cujas alterações promovidas foram acolhidas no julgamento pela 2ª JF.

Ressalta que a primeira instância afastou as nulidades suscitadas e não foi apresentado razões capazes de inquinar o lançamento.

No mérito, afirma que não foram apresentadas novas provas além das que já foram analisadas pelo autuante e consideradas no julgamento. Bem como, as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei 7.014/96. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, o recorrente alegou que da mesma forma que assim como foi demonstrado na infração 1 e parte da infração 2, elaborou resumos e planilhas demonstrando a relação de documentos emitidos e ajustes de estoque efetuados no ano de 2010, o que não foi apreciado na Decisão da Primeira Instância.

Verifico que o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo que na infração 1 foi apurado omissão de saída no exercício de 2011, com valor de R\$42.199,59 e na infração 2, omissão de entrada no exercício de 2010 de R\$41.998,52 e R\$23.185,70 em 2012.

Na Decisão proferida pela 2ª JF foram acatados os argumentos defensivos de que o levantamento fiscal computou saídas de mercadorias em duplicidade, registrado em cupom fiscal e também pela nota fiscal em situações de entrega posterior ou de entrega de presentes; nota fiscal de simples remessa e faturamento para entrega futura, etc (CFOP 5.929/6.929; 5.922/6.922; 5.117/6.117 e 5.949/6.949), reduzindo o valor exigido na infração 1 de R\$42.199,59 para R\$6.221,43 (2011) e na infração 2 de R\$23.185,70 para R\$987,28 no exercício de 2012.

Com relação ao valor exigido de R\$41.998,52 na infração 2, referente ao exercício de 2010, que foi mantido, a JF fundamentou que o autuante acatou os argumentos apresentados na defesa (2011 e 2012), revisou os demonstrativos que foram entregues ao contribuinte junto com a informação fiscal, tendo o mesmo se manifestado (fl. 2.717) solicitando emissão de DAE e ficado silente.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- A) A defesa foi protocolada em 27/01/14 (fls. 133 a 2708); a informação fiscal em 20/03/14 (fls. 2709 a 2714); cientificado o contribuinte em 25/03/14 (fl. 2715/2716) e email do contribuinte à fl. 2717;
- B) O Relator da Primeira Instância devolveu o processo instruído em 22/05/14 (fls. 2721 e 2785);
- C) Em 13/05/14 o contribuinte protocolou aditamento à defesa (fls. 2723 a 2732), argumentando que o mesmo procedimento fiscal equivocado ocorreu em relação ao exercício de 2010 (computado quantidades em duplicidade), conforme demonstrativos gravados no CD (fl. 2733).

Pelo exposto, constato que o autuado protocolou aditamento à defesa, com relação ao exercício de 2010, tendo a mesma sido apensada aos autos em 13/05/14 (verso da fl. 2734) antes do julgamento do Auto de Infração ocorrido em 10/06/14 e não foram apreciadas no julgamento as razões apresentada no aditamento da defesa, bem como nenhum fundamento de intempestividade ou preclusão.

Para evitar ocorrência da supressão de instâncias, declaro NULA a Decisão recorrida, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/BA, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão a salvo de falhas.

Além disso, com relação à Decisão proferida, que implicou na redução do débito das infrações 1 e 2, constato que o autuante na informação fiscal afirmou que com base nas planilhas e documentos juntados com a defesa *“foi possível proceder a uma revisão do trabalho, concordando, este agente fiscal, com o valor apresentado pelo contribuinte...”* (fl. 2711), acatando como devido os valores de R\$6.221,43 (infração 1 - 2011) e R\$987,28 (infração 2 - 2012).

Entretanto, apresentou junto com a informação fiscal apenas um demonstrativo de débito à fl. 2713, com indicação da base de cálculo e valor devido, sem apresentar qualquer demonstrativo refeito do levantamento quantitativo de estoques mercadorias ou indicar qual demonstrativo ofertado pelo autuado desse respaldo a reconstituição da base de cálculo.

Portanto, constata-se que a redução do débito acatada pela fiscalização e acolhida pela Decisão recorrida, carece de demonstração quanto à base de cálculo indicada que deu suporte a redução.

Pelo exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e considero PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 203459.0052/13-1, lavrado contra M SHOP COMERCIAL LTDA. (SPICY), devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS