

PROCESSO - A. I. Nº 196900.0033/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RJ COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JF nº 0150-02/18
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-12/20

EMENTA: ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA. Aquisição de mercadorias sem documento fiscal. Levantamento efetuado sem fundamento legal. Não apresenta com segurança os elementos suficientes para se determinar a infração cometida. Possibilidade de renovação da ação fiscal dentro do período decadencial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/11/2017, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 05.05.01 - Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, nos meses de maio a dezembro de 2013, fevereiro a abril e junho a novembro de 2014, janeiro, outubro e dezembro de 2015 e abril, junho e agosto a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$640.573,55, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda que o ICMS devido na aquisição de mercadorias sem nota fiscal de origem – apurado conforme determinação do Art. 13, §1º, XIII [XII], “e”, da Lei Complementar nº 123/2006, e Art. 321, V, do RICMS/12 (Levantamento realizado com base em notas fiscais eletrônicas).

A 2ª JF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0150-02/18 (fls. 273 a 277), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“O presente lançamento imputa ao sujeito passivo – Empresa de Pequeno Porte, optante do Simples Nacional, a acusação de descumprimento de obrigação tributária principal em função da constatação de ação ou omissão fraudulenta, conforme já relatado.

*A autoridade administrativa que constituiu o crédito tributário, competente para tal, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e, propôs a aplicação da penalidade cabível em virtude de apuração de omissão de entrada de mercadorias com base na constatação “... entre outras irregularidades na apuração e no pagamento do ICMS, a aquisição de mercadorias sem Notas Fiscais de origem, evidenciado a partir das descrições e quantidades de mercadorias constantes nas Notas Fiscais de vendas. Tudo isso porquê, para serem consideradas regulares as operações de saídas de mercadorias, imperativo, **por questão lógica**, haver mercadorias em estoque, no próprio estabelecimento ou sob a custódia de terceiros, respaldados por Notas Fiscais de aquisição. Em virtude de tais Notas Fiscais de aquisição não terem sido apresentadas à fiscalização, nem constarem no banco de Notas Fiscais Eletrônicas da SEFAZ-BA, o entendimento dessa fiscalização foi no sentido de considerar a ocorrência real de tais operações de vendas, isso implicando considerar que as operações de aquisição anteriores à venda (saídas) terem sido realizadas sem Notas Fiscais de origem.”*

Fica evidente que o lançamento foi realizado com base nas comparações entre notas fiscais de entradas e notas fiscais de saídas constantes nos demonstrativos anexos aos autos – DEMONSTRATIVO G – ICMS DEVIDO NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL DE ORIGEM (fls. 009), DEMONSTRATIVO E – RELAÇÃO DE MERCADORIAS / ENTRADAS E SAÍDAS NO PERÍODO FISCALIZADO (fls. 010 a 020) e DEMONSTRATIVO F – RELAÇÃO DE MERCADORIAS VENDIDAS SEM CORRESPONDENTE NOTA DE AQUISIÇÃO NA ORIGEM (fls. 022 a 026).

O fundamento da autuação é a presunção de omissão de entrada de mercadorias em função da constatação de saídas cujas correspondentes entradas não foram comprovadas.

No caso em tela, o art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96, determina a base de cálculo do imposto a ser cobrado, cujo texto transcrevo.

Art. 23-A. *Nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, a base de cálculo do ICMS é:*

(...)

II - *na hipótese de omissão de entradas **apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque:***

- a) o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;*
- b) inexistindo aquisição da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado;*
- c) inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado;*
- d) inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, deduzido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;*
- e) quando o custo unitário não for conhecido, o custo médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.”;*

Ou seja, o levantamento dos valores resultou de metodologia sem observar a previsão legal para determinação dos valores devidos cujo procedimento encontra-se detalhado no art. 9º da Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Os fatos geradores só podem decorrer da concretização de todas as situações previstas e tipificadas nas normas legais, haja vista que as relações jurídicas tributárias devem ser pautadas pelos critérios de segurança e certeza, sendo vedados os lançamentos tributários que não observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório ou calcados em suposições, em virtude dos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da tipicidade cerrada.

Segundo o art. 142 do CTN, compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O erro na construção do lançamento acarreta vício insanável, pois se a autoridade fiscal utiliza critério diverso daquele que a legislação prescreve para a realização do lançamento, acarreta, inclusive, o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, restando assim violado o art. 142 do CTN.

Também o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, preconiza claramente que são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Diz ainda no inciso II que também são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

No caso em julgamento não há como se determinar com clareza o que se pretende exigir, muito menos o quanto se pretende exigir.

Como no presente PAF não há possibilidade, sobretudo, de se determinar os valores porventura devidos, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a renovação da ação fiscal dentro do período decadencial.”

A 2ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela nulidade do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em decorrência da constatação de ação ou omissão fraudulenta: a aquisição de mercadorias sem nota fiscal de origem.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$1.402.826,53, conforme extrato (fl. 279), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

De acordo com os demonstrativos elaborados e do complemento indicado na infração, é possível

deduzir que o Autuante quis imputar ao Autuado a omissão de entrada de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

Entretanto, como constatou a Decisão recorrida, a metodologia utilizada para o levantamento dos valores não observou a previsão legal para determinação dos valores devidos, cujo procedimento encontra-se detalhado na Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Verifico que não foi demonstrado como foi encontrado o preço médio das entradas, para determinar a base de cálculo do imposto, bem como a sua apuração, que foi efetuada de forma mensal, quando deveria abranger todo o exercício, nem indicadas as quantidades e valores dos estoques iniciais e finais dos itens levantados.

Assim, o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração por absoluta impossibilidade de aferição da quantificação e valoração dos itens objeto da autuação.

Com efeito, lastreado no Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou nula a autuação em tela. Recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante o comando do Art. 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **196900.0033/17-0**, lavrado contra **RJ COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI - EPP**. Recomenda-se à autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante o comando do Art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS