

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 2ª JJF nº 0150-02/18
ORIGEM	- INFRAZ 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 JJF 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 transcreto:

“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.

Constatou 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