

A. I. Nº - 206897.0029/18-7
AUTUADO - LOJAS GEOCOMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO PEREIRA LIMA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS POR PRESUNÇÃO. VOLUME MAIOR OMISSÃO DAS ENTRADAS. Defesa comprovou que deixaram de ser computadas na apuração do estoque as entradas de mercadorias sob o CFOP 1.117. Infração insubsistente. 2. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não houve impugnação. Infração subsistente. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, objeto deste relatório, foi lavrado em 28/12/2018, e refere-se à cobrança de ICMS e multa percentual no valor total de R\$32.700,97, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 04.05.04 – *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 sem e também não contabilizadas, no mesmo exercício;. No valor de R\$31.529,48, referente ao período de dezembro de 2016;*

Infração 02 - 07.15.03 – *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. No valor de R\$1.171,49, referente ao período de janeiro, agosto, novembro e dezembro de 2016.*

Tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 13 a 23, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre o tópico “I – BREVE HISTÓRICO DA AUTUAÇÃO FISCAL”, descreveu as imputações fiscais e disse que foi notificada no dia 10/01/2019, a empresa Impugnante reconheceu a procedência da Infração 02, razão pela qual efetuou o pagamento do crédito tributário (DAE em anexo – DOC. 01).

Salientou, todavia, que o crédito tributário remanescente (Infração 01) está eivado de vícios tanto na configuração dos fatos quanto na aplicação da legislação tributária e, portanto, não merece prosperar, devendo sofrer o efetivo reparo desta Junta de Julgamento, conforme passou a demonstrar.

Ao tratar do tópico “II – INFRAÇÃO 01: DA ILEGALIDADE NA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS” entendeu oportuno demonstrar, preliminarmente, a absoluta improcedência da presunção legal de omissão de saídas tributáveis pela (suposta) não contabilização de operações de entrada.

Afirmou que a presunção de omissão de saídas tributáveis prevista no artigo 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/1996 refere-se a saídas verificadas em momento anterior às entradas (supostamente) não registradas, baseando-se na seguinte premissa que disse ser questionável, de que: “Se o

contribuinte não registrou tais entradas (deixando, até mesmo, de se creditar do ICMS correspondente) é porque adquiriu tais mercadorias com o produto da venda anterior de outras mercadorias cujas saídas se deram sem a emissão do documento fiscal, sem o devido registro na escrita fiscal e/ou sem o correspondente recolhimento do tributo. É nisto que se baseia a presunção prevista na legislação baiana”.

Pontua com a doutrina de SCHERKERKEWITZ, que: *“Presunção é a suposição da existência de um fato desconhecido que é tido como verdadeiro e consequente de outro fato conhecido. O fato desconhecido carece de produção probatória, apoiando-se no fato conhecido já provado. Para que seja tido como verdadeiro o fato desconhecido utiliza-se do conceito de verdade provável da consequência tirada do fato conhecido.”* (grifamos).

Asseverou que a simples enunciação do conceito de presunção (*ilações fundamentadas num frágil juízo de “verdade provável”*) já apresenta os riscos envolvidos na adoção ilimitada deste meio probatório na seara tributária – ramo do Direito marcadamente influenciado pelo princípio da legalidade estrita, que exige o inequívoco enquadramento dos fatos às hipóteses legais.

E acrescentou que José Eduardo Soares de Melo observou: *“Num estado de direito plasmado por amplo quadro de princípios constitucionais, vetores da sistemática tributária, as figuras da presunção, ficção e indícios, só podem ser aceitas com máxima cautela e absoluto rigor jurídico”* (grifamos).

Asseverou que, com o objetivo de fazer prova, via utilização de presunções, a autoridade administrativa deve se preocupar não só em atestar a efetiva ocorrência do fato conhecido (base lógica da presunção) mas também em caracterizar o vínculo existente entre este fato e aquele presumido, capaz de enquadrá-lo, indubitavelmente, na hipótese normativa. Esta atividade administrativa possui estreita ligação com a questão do ônus da prova em Direito Tributário, e destacou a doutrina de Paulo de Barros Carvalho:

“No procedimento administrativo de gestão tributária não se permite ao funcionário da Fazenda o emprego de recursos imaginativos, por mais evidente que pareça ser o comportamento delituoso do sujeito passivo. Para tanto, a mesma lei instituidora do gravame, juntamente com outros diplomas que regem a atividade administrativa, oferecem um quadro expressivo de providências, com expedientes das mais variadas espécies, tudo com o escopo de possibilitar a correta fiscalização do cumprimento das obrigações e deveres estatuídos.

(...) Na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa” (grifamos)

Trouxe também doutrina de Susy Gomes Hoffmann, que após analisar o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, assim leciona:

*“Se o agente administrativo imputa a ocorrência de um fato jurídico tributário que resultará numa relação obrigacional tributária a qual terá necessariamente uma pessoa na qualidade de sujeito passivo e de pagadora do valor do tributo, é certo que **terá de provar a imputação que lhe faz** – a de que ocorreu o fato jurídico tributário e de que a relação tributária deve ser instaurada em face daquele determinado sujeito, segundo aquele valor. (...)*

*E – é fundamental entender – **quem tem que apresentar essas provas é quem enunciou o fato jurídico tributário**, o que, no caso do lançamento tributário, faz com que o agente da Administração, no ato do lançamento tributário, indique as provas que fundamentam o fato enunciado”* (grifamos).

Disse que no caso, o FATO CONHECIDO seria as supostas *“entradas de mercadorias ou bens não registradas”* (art. 4º, § 4º, inciso IV, Lei 7.014/96) que levaria à presunção de ocorrência do FATO DESCONHECIDO, qual seja a *“ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto”* (art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96).

Entretanto, ressaltou que a Fiscalização deixou de considerar inúmeras Notas Fiscais de simples faturamento de compra/venda de mercadorias para entrega futura (art. 337 do RICMS/BA),

hipótese em que, por óbvio, a empresa contribuinte não efetuou os lançamentos das mercadorias no estoque quando da emissão do documento fiscal de simples faturamento (em que sequer há destaque do imposto), mas tão somente por ocasião da efetiva entrada das mercadorias em definitivo no estabelecimento.

“Art. 337. Nas vendas para entrega futura poderá ser emitida nota fiscal com indicação de que se destina a simples faturamento, vedado o destaque do ICMS (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87)”.

Asseverou que a fiscalização NÃO esgotou completamente a sua tarefa de esclarecer a ocorrência e as reais circunstâncias dos fatos relacionados às atividades exercidas pelo contribuinte (investigando a verdade material), e se apoiou somente numa presunção que carece de suporte fático-jurídico, razão pela qual a presente infração deve ser declarada nula de pleno direito.

Em seguida exemplificou as inúmeras mercadorias adquiridas para entrega futura (CFOP 1117) cujas entradas no estabelecimento da empresa Autuada/Impugnante – apesar de corretamente registradas (comprovantes em anexo) – não foram consideradas pelo Autuante:

| CODIGO | DESCRIÇÃO | CFOP | NF | SERIE | DATA EMI. | UNID. INV | QUANT. |
|--------|------------------------------------|--------|--------|-------|--------------------|-----------|-------------|
| 5438 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 100MM TIGRE | 111700 | 267926 | 1 | 15/01/2016 | PC | 150 |
| 5438 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 100MM TIGRE | 111700 | 276547 | 1 | 05/05/2016 | PC | 100 |
| 5438 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 100MM TIGRE | 111700 | 284951 | 1 | 05/09/2016 | PC | 50 |
| | | | | | 5438 Total | | 300 |
| 5440 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 267927 | 1 | 18/01/2016 | PC | 1500 |
| 5440 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 270055 | 1 | 03/02/2016 | PC | 500 |
| 5440 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 276547 | 1 | 05/05/2016 | PC | 1000 |
| 5440 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 280815 | 1 | 06/07/2016 | PC | 1000 |
| 5440 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 284966 | 1 | 01/09/2016 | PC | 2000 |
| 5440 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 292579 | 1 | 23/12/2016 | PC | 2000 |
| | | | | | 5440 Total | | 8000 |
| 5441 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 75MM TIGRE | 110200 | 289453 | 1 | 01/11/2016 | PC | 300 |
| 5441 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 267927 | 1 | 18/01/2016 | PC | 300 |
| 5441 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 276547 | 1 | 05/05/2016 | PC | 400 |
| 5441 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 280815 | 1 | 06/07/2016 | PC | 500 |
| 5441 | TUBO IRR-LF PN40 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 292578 | 1 | 23/12/2016 | PC | 500 |
| | | | | | 5441 Total | | 2000 |
| 5450 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 276875 | 1 | 12/05/2016 | PC | 100 |
| 5450 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 280815 | 1 | 06/07/2016 | PC | 50 |
| 5450 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 284966 | 1 | 01/09/2016 | PC | 100 |
| 5450 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 75MM TIGRE | 111700 | 292578 | 1 | 23/12/2016 | PC | 50 |
| | | | | | 5450 Total | | 300 |
| 5434 | TUBO IRRIGA EP 3 TIGRE | 111700 | 280815 | 1 | 06/07/2016 | PC | 50 |
| 5434 | TUBO IRRIGA EP 3 TIGRE | 111700 | 284951 | 1 | 05/09/2016 | PC | 50 |
| 5434 | TUBO IRRIGA EP 3 TIGRE | 111700 | 292047 | 1 | 01/12/2016 | PC | 100 |
| | | | | | 5434 Total | | 200 |
| 5448 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 276875 | 1 | 12/05/2016 | PC | 200 |
| 5448 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 284951 | 1 | 05/09/2016 | PC | 150 |
| 5448 | TUBO IRRIGA-LF PN80 PBL 50MM TIGRE | 111700 | 292578 | 1 | 23/12/2016 | PC | 200 |
| | | | | | 5448 Total | | 550 |
| 6067 | TUBO ROSCAVEL 1.1/2 TIGRE | 111700 | 276875 | 1 | 12/05/2016 | PC | 50 |
| 6067 | TUBO ROSCAVEL 1.1/2 TIGRE | 111700 | 280814 | 1 | 06/07/2016 | PC | 30 |
| | | | | | 6067 Total | | 80 |
| 10742 | TUBO AGROPECUARIO PN60 32MM TIGRE | 111700 | 267926 | 1 | 15/01/2016 | PC | 200 |
| 10742 | TUBO AGROPECUARIO PN60 32MM TIGRE | 111700 | 280814 | 1 | 06/07/2016 | PC | 100 |
| 10742 | TUBO AGROPECUARIO PN60 32MM TIGRE | 111700 | 292047 | 1 | 01/12/2016 | PC | 500 |
| | | | | | 10742 Total | | 800 |
| 10504 | TUBO AGROPECUARIO PN60 25MM TIGRE | 111700 | 276875 | 1 | 12/05/2016 | PC | 200 |
| 10504 | TUBO AGROPECUARIO PN60 25MM TIGRE | 111700 | 280815 | 1 | 06/07/2016 | PC | 200 |
| 10504 | TUBO AGROPECUARIO PN60 25MM TIGRE | 111700 | 292047 | 1 | 01/12/2016 | PC | 200 |
| | | | | | 10504 Total | | 600 |

Concluiu que o levantamento quantitativo de estoque efetuado pela Fiscalização não espelha com fidedignidade a realidade dos fatos, tendo ocorrido, por consequência, uma majoração artificial da quantidade de omissões de entrada, provocando um estoque negativo que, de fato, não existe. Por conseguinte, o imposto cobrado no presente auto de infração não procede, o que milita em favor do acolhimento da presente Impugnação Administrativa.

Passando a discorrer sobre o tópico “III – DA NULIDADE DA SANÇÃO APLICADA E DO CARÁTER DESPROPORCIONAL E CONFISCATÓRIO DA MULTA”, afirmou que o Fiscal não efetuou a correta capitulação legal da multa tributária, haja vista que se limitou a indicar o inciso III do art. 42 da Lei do ICMS/BA, deixando de apontar a alínea correspondente (dispositivo específico), o que implica em violação ao dever de indicação precisa do dispositivo legal em que esteja tipificada a sanção tributária, conforme exige o artigo 39, V do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF):

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) *em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;*

b) *tidos como infringidos;*

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente; (g.n.)

Pontuou que o uso da expressão “tipificada” remonta ao chamado **princípio da tipicidade** aplicado ao Direito Tributário, especialmente no âmbito do poder sancionador, em que vige a *tipicidade fechada* ou *princípio da determinação*, e apontou que, nos dizeres de Alberto Xavier, “*exige que os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua formulação legal que o órgão de aplicação do direito não possa introduzir critérios subjetivos de apreciação na sua aplicação concreta*”. Pelo que pediu pela nulidade da infração 01, com base no (art. 18, IV, “a”, RPAF).

Por outro lado, apontou que a multa (sanção) deve ser escalada de forma a manter correspondência com o grau de ofensividade da conduta praticada, respeitando o postulado constitucional da proporcionalidade, a fim de não ser utilizada de modo abusivo e com fins arrecadatórios, nem chegar a patamares tais que possam ofender ao princípio da Vedação ao Confisco previsto no artigo 150, IV da CF/88, nas palavras do eminente Min. Bilac Pinto, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.093/SP: “*Mas não apenas os tributos podem revestir-se de natureza confiscatória. Da mesma forma as sanções tributárias, se desmesuradamente fixadas pela lei, podem ser maculadas pela inconstitucionalidade.*”.

Afirmou que enquanto no lançamento ora questionado a multa foi aplicada no altíssimo patamar de 100% (cem por cento) do valor do imposto, a **Portaria nº 445/98 do Secretário de Fazenda do Estado da Bahia** – invocada pelo próprio Fiscal como fundamento legal para a ocorrência da infração – prevê que a multa, nestes casos, é de **70% (setenta por cento)**, conforme dispõem os artigos 5º, II e 8º, II, abaixo transcritos:

Art. 5º Verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque:

(...)

II - a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

.....

Art. 8º Para fins de apuração do débito de ICMS com base na presunção de que cuida o inciso II do artigo anterior:

(...)

*II - a **multa aplicável** é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), sendo que não se aplicará a multa pela falta de lançamento das entradas na escrita fiscal, pois esta é absorvida pela penalidade correspondente à falta de cumprimento da obrigação principal. (g.n.)*

Concluiu que, comprovada a nulidade da imposição da multa (100%), a mesma deve ser cancelada. Explicando que, caso contrário, diante da ausência de relação proporcional entre o valor da sanção e o grau de ofensividade do suposto ato infracional, assim como a flagrante violação ao Princípio da Vedação ao Confisco, é certo que a multa tributária aplicada deve ser reduzida a patamar razoável e condizente com a conduta da Impugnante, não ultrapassando os 70% (setenta por cento) previstos na Portaria 445/98.

Encerrou com o tópico “IV - DOS PEDIDOS” requerendo que esta Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF acolha a presente Impugnação Administrativa para: 1º) **ANULAR** a Infração 01 diante da ilegalidade na aplicação da presunção de saídas tributáveis prevista no artigo 4º, § 4º, IV da Lei 7.014/96 ou, subsidiariamente, 2º) julgar **IMPROCEDENTE** a referida Infração diante da comprovação do erro no levantamento quantitativo de estoque, haja vista que o Ilmo. Auditor Fiscal desconsiderou o registro de entrada de inúmeras mercadorias adquiridas pela Impugnante para entrega futura, conforme documentos comprobatórios em anexo.

Cumulativamente ou subsidiariamente (princípio da eventualidade), requereu a **ANULAÇÃO** da multa aplicada (100%), tendo em vista a imprecisa indicação do dispositivo legal infringido ou, caso a mesma não seja anulada, pugna pela **REDUÇÃO** do percentual da multa, a fim de adequá-la aos princípios constitucionais da proporcionalidade e vedação ao confisco, não ultrapassando os 70% (setenta por cento) conforme prevê a Portaria 445/98 do Secretário Estadual de Fazenda.

Por fim, diante da evidência de erros no lançamento, bem como em razão da complexidade da matéria em questão, requereu, desde logo, a ampla produção de provas, por todos os meios em direito admitidos, em especial a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do artigo 145 do RPAF.

O Autuante apresentou a sua informação às fls. 113-A e 114, descreveu o lançamento e pontuou que a defesa se restringe à infração 01, que sob o argumento de que teria sido constatado a aquisição de mercadorias para entrada futura (CFOP 1117), cujos itens e quantidades não teriam sido consideradas pelo autuante (Pag. 19), pediu pela anulação desta Infração (Infração 1), com a respectiva anulação da multa aplicada, tendo anexado, para comprovação, cópia das referidas notas fiscais (Págs. 45 a 106), além de relação (págs. 37,38) contendo os itens e respectivas quantidades, que não teriam sido considerados como entrada, no levantamento de estoque.

Afirmou que após análise dos argumentos de defesa reconheceu que os valores reclamados não consideraram os quantitativos (conforme relacionados pela autuada), para efeito de levantamento de estoque, tendo assim, impactado (em desfavor do contribuinte) os resultados apresentados neste processo.

Pelo exposto, disse acatar as razões de defesa, pois tendo sido adotada a revisão do processo foram eliminados do levantamento de estoque os itens relacionados.

Reiterou que com relação à infração 02 não foi apresentado questionamento, tendo sido reconhecido pela empresa em pedido de parcelamento (págs. 33 e 109) ao tempo em que anexou o DAE de recolhimento efetuado em 07/03/2019 (pág. 36);

Ao final pediu pela exclusão da infração 01 e pela manutenção da infração 02, reduzindo o lançamento para R\$1.171,49.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado em vista de duas acusações fiscais: i) a apuração de omissão de saídas de mercadorias por presunção, com espeque no artigo 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº

7.014/1996, haja vista a constatação, via levantamento quantitativo de estoque, de omissão de entradas de mercadorias em valor superior às omissões de saídas de mercadorias; ii) Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial.

Cabe inicialmente circunscrever que a defesa se restringiu à infração 01, que diz respeito à apuração de omissão de saídas de mercadorias por presunção, com espeque no artigo 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/1996.

Quanto à arguição de nulidade, sob o argumento de que na sanção aplicada em relação à infração 01 o Autuante não efetuou a correta capitulação legal da multa tributária, haja vista que se limitou a indicar o inciso III, do art. 42 da Lei do ICMS/BA, deixando de apontar a alínea correspondente (dispositivo específico), o que na opinião da defesa implicaria em violação ao dever de indicação precisa do dispositivo legal em que esteja tipificada a sanção, conforme defende que exigiria a aplicação do artigo 39, V do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF), reproduzido a seguir:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

*c) em que esteja **tipificada** a infração com a multa correspondente; (g.n.)*

Têm-se que, a tipificação da multa decorre do enquadramento legal da infração, sendo a multa consequente desta. É o enquadramento legal, portanto, que circunscreve o tipo da infração, objeto da acusação fiscal, e não o dispositivo legal da imposição da multa.

No caso, não resta dúvida quanto ao enquadramento legal da infração praticada, posto que está perfeitamente indicada na peça vestibular, haja vista a escorreita subsunção do fato à norma, tendo sido inequivocamente indicada pelo inciso IV do § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, porquanto a infração ter sido subsumida da apuração de que supostamente houve ocorrência de omissão de entradas de mercadorias. Veja-se:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;

Portanto, a despeito de inacabada, a alínea que completa a tipificação da multa é evidente pela descrição dos fatos e pelo enquadramento legal da infração, sendo para o caso inequivocamente a alínea “g”, do inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96, de modo que, a falta da indicação da referida alínea, nenhum prejuízo cognitivo trouxe aos autos, que pudesse prejudicar a segurança jurídica, a ampla defesa e o contraditório. Veja o dispositivo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Ademais, ainda que prejudicado estivesse o enquadramento legal, ainda assim, caso a descrição dos fatos trouxesse certeza quanto à infração praticada, não implicaria em nulidade do feito, com espeque no art. 19 da Lei 7.014/96. Veja-se:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Aplica-se ainda à matéria, a inteligência do art. 180 do RPAF/BA, que prevê: “*Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil*”, para se evocar oportunamente que o Novo Código do Processo Civil, (Lei 13.105/15), procurou mitigar o *formalismo processual* dando *protagonismo a essência* ao invés da forma, estabelecendo premissas a serem conduzidas pelos juízes para saneamento do processo, desde que uma das partes não seja prejudicada.

Neste contexto, transcrevo o art. 283 do CPC, que estabelece:

O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais (grifo nosso).

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte. Grifei.

Deste modo, considerando que a toda prova não há registro nos autos de prejuízo à defesa, afasto a arguição de nulidade quanto à matéria.

Quanto ao mérito, alegou a defesa que a regra antecedente que sustentaria a presunção legal de omissão de saídas, prevista no inciso IV do § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, não se aperfeiçoou nos autos, haja vista apresentar provas de que a omissão de entradas, com espeque da acusação fiscal, não ocorrera, pois teria o Autuante deixado de computar entrada de mercadorias oriundas de inúmeras Notas Fiscais, de simples faturamento de compra/venda de mercadorias para entrega futura (art. 337 do RICMS/BA), recebidas sob o CFOP 1.117 - *Compra p/ comercialização originada de encomenda p/ recebimento futuro*.

Considerando que o Autuante afirmou, que após análise dos argumentos de defesa reconheceu que os valores reclamados não foram considerados os quantitativos relacionados pela autuada, relativos às mercadorias para entrega futura recebidas sob o CFOP 1.117, para efeito de levantamento de estoque, e que isto impactou em desfavor do contribuinte, tendo concluído em sua informação fiscal por acatar as razões de defesa, as quais, após terem sido adotadas na revisão do processo, resultaram eliminados do levantamento de estoque os itens relacionados, representando a exclusão da totalidade do valor lançado através da infração 01.

Entendo que restaram prejudicadas as arguições defensivas, em relação à multa aplicada decorrente da infração 01, as quais por motivos óbvios me abstenho de comentar.

Voto, portanto, pela improcedência da infração 01, e pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, mantida a infração 02, a qual não fora contestada, tendo sido reconhecida e paga. Devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206897.0029/18-7**, lavrado contra **LOJAS GEOCOMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa formal de 60%, no valor de **R\$1.171,49**, prevista no art. 42, inc. II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR