

A. I. Nº - 207093.0015/20-9
AUTUADO - OSORIO JOSE COMÉRCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EIRELI
AUTUANTE - JUVENCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/09/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0149-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Autuado reconheceu parcialmente a exigência fiscal. Quanto à parte impugnada, a alegação defensiva de que o autuante não computara documentos fiscais devidamente escriturados foi acertadamente acolhida pelo autuante que revisou o levantamento o que resultou na redução do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/09/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$273.076,41, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às 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 estoques por espécies de mercadorias no exercício de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$272.616,41, acrescido da multa de 100%;
2. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 31 a 47). Inicialmente, indica o endereço onde deverá ser intimado dos atos do presente processo. Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Requer o reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão, invocando o art. 151, III e VI do CTN.

Argui a nulidade da Notificação [Auto de Infração].

Afirma que resta eivada de nulidade, haja vista que, de acordo com o que preconiza o ordenamento jurídico pátrio, o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar a nota fiscal, discriminando-a, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração imputada.

Relaciona os requisitos que devem ser observados no Auto de Infração. Diz que referidos requisitos têm como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito à ampla defesa.

Frisa que desse modo, a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores, assim como de todos os demais elementos obrigatórios por lei, redundaram em erro do autuante e que por si só eiva de nulidade a autuação, pois desobedece ao disposto no art. 142 do CTN. Reproduz referido dispositivo legal.

Acrescenta que além da nulidade acima aduzida, denota-se outra nulidade pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, assim como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas decorrentes, acarretando novo cerceamento de defesa.

No mérito, diz que após exame pormenorizado do Auto de Infração verificou que ocorreu erro no levantamento do autuante, haja vista que não foram considerados os cupons fiscais eletrônicos emitidos nos meses de novembro e dezembro de 2017, conforme relatório de ECFe não registrada no relatório de fiscalização, os quais foram devidamente escriturados.

Destaca que o arquivo da EFD foi devidamente expedido e submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED, mediante o qual pode ser verificada a consistência das informações prestadas pela empresa.

Afirma que observou devidamente o registro de entradas e saídas de mercadorias com os devidos registros fiscais e contábeis, assim como o levantamento quantitativo de estoques e emissão de cupons fiscais eletrônicos.

Reitera que os cupons fiscais emitidos nos meses de novembro e dezembro de 2017, devidamente escriturados, não foram considerados pelo autuante, descabendo falar-se em ausência de emissão de documentos fiscais.

Volta a reportar-se sobre a nulidade do ato demonstrativo, invocando e reproduzindo os artigos 18, 20 e 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Sustenta que a imputação é improcedente, haja vista que há excesso no lançamento de valores supostamente indevidos do referido crédito no exercício de 2017, conforme se observa das planilhas anexadas, especialmente quanto ao relatório de emissão de cupons fiscais não considerados pelo autuante.

Diz que dessa forma, em conformidade com os valores apontados e justificados, depreende-se que o valor devido seja R\$8.900,27, acrescido de juros de mora e multa, o que perfaz o valor de R\$11.152,03, o qual resta comprovado mediante documento que anexa.

Observa que a Lei nº. 7.014/96 prevê a redução da multa por infração, consoante os artigos 45 e 45-B, cuja redação reproduz.

Ressalta o reconhecimento parcial do Auto de Infração no valor de R\$11.152,03, cujo pagamento comprova mediante documento anexado.

Consigna que pelas razões apresentadas, notadamente da desconsideração à legislação aplicada à operação, as infrações devem ser consideradas insubstinentes, sendo desconstituídas de pleno direito, nos termos dos pontos atacados.

Invoca e reproduz o art. 309 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, dizendo que tal previsão torna o Auto de Infração parcialmente insubstancial, haja vista que estava amparado por lei ao deixar de proceder aos recolhimentos apontados pelo autuante.

Consigna que em face ao pagamento/parcelamento efetuado, requer a sua homologação e, por conseguinte, seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III e IV, do CTN.

Quanto à multa imposta, diz que desrespeita o princípio da razoabilidade, entendido como a

verificação se o fato é absurdo ou não, em atenção ao devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CF/88, o que restou constatado pela desvirtuação das finalidades sancionatórias e inibitórias para pretender-se uma vantagem excessiva que, inclusive, configura enriquecimento ilícito, principalmente no presente caso em que o imposto foi devidamente recolhido, ou utilizado o seu crédito em respeito à legislação vigente pela empresa.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- i) que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, com homologação do pagamento efetuado;
- ii) a redução da multa imposta por ser irrazoável e desproporcional;
- iii) a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente dos documentos anexados e posteriores apresentados;
- iv) que seja intimado no endereço constante no preâmbulo e no rodapé da petição, das sessões de julgamento, assim como para prestar qualquer esclarecimento adicional, na forma preconizada na legislação, sob pena de nulidade.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.53/54). Consigna que o autuado reconhece parcialmente a procedência da autuação informando o recolhimento de R\$8.900,27.

Quanto à parte impugnada, destaca o autuante que o levantamento fiscal foi realizado tendo como base os registros fiscais devidamente escriturados pelo autuado na EFD – Escrituração Fiscal Digital transmitidos para o banco de dados da SEFAZ.

Acata a alegação defensiva de que, “ocorreu erro no relatório de fiscalização posto que não foram considerados os cupons fiscais eletrônicos emitidos nos meses de novembro e dezembro de 2017”, dizendo que assiste razão ao impugnante. Complementando, diz que não foram os CF – Cupons Fiscais que não foram considerados no levantamento nos meses de novembro e dezembro de 2017, mas sim NFCe – Nota Fiscal de Venda ao Consumidor eletrônica nos meses de novembro, dezembro e parte de outubro.

Esclarece que confirmou que referidas NFCe foram devidamente escrituradas na EFD – Escrituração Fiscal Digital e que não constam no levantamento devido a erro na captura dos dados quando da geração do banco de dados de Notas Fiscais de saídas que considerou somente as Notas Fiscais e Cupons Fiscais.

Salienta que em face disso, revisou o levantamento fiscal incluindo as NFCe (269 registros) referentes as mercadorias objeto do levantamento quantitativo de estoque o que resultou na retificação do valor de R\$272.616,41, exigido originalmente na infração, para R\$241.912,46, conforme demonstrativo que apresenta.

Assinala que o autuado reconheceu o valor de R\$8.900,27 e o recolheu acrescido de multa e juros em 16/10/2020, no total de R\$ 11.152,04.

Ressalta que não chegou a esse valor com a inclusão das NFCe dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2017 no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias.

Registra que anexado a Informação Fiscal encontra-se o arquivo eletrônico do levantamento fiscal (formato em planilha Excel), cuja cópia é entregue ao autuado mediante intimação, retificando o valor exigido para R\$ 241.912,46, com a inclusão das NFCe, e mantida a infração 2 no valor de R\$460,00.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal via DTE (fls. 58/59), não se manifestou.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher o ICMS relativo às 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 estoques por espécies de mercadorias no exercício de 2017 (infração 1) e omitiu saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (infração 2).

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante sob o fundamento de que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar a nota fiscal, discriminando-a, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração imputada.

O exame dos elementos elaborados pelo autuante, acostados às fls. 8 a 28 dos autos, no caso DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES DE MERCADORIAS, DEMONSTRATIVO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS, DEMONSTRATIVO DE PREÇO MÉDIO DAS ENTRADAS, RESUMO DAS ENTRADAS POR ITENS, DEMONSTRATIVO DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS, RESUMO DAS SAÍDAS POR ITENS, PREÇO MÉDIO DAS SAÍDAS, EFD – REGISTRO DE INVENTÁRIO, permite constatar que não procede a alegação defensiva, haja vista que as notas fiscais de entradas e saídas foram discriminadas nos respectivos demonstrativos, inclusive com a indicação da chave de acesso.

Observo que o autuado recebeu cópia do Auto de Infração, demonstrativos e CD contendo os Arquivos Eletrônicos, conforme intimação via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, acostada à fl. 29 dos autos, cuja postagem ocorreu em 03/09/2020 e a ciência do autuado em 04/09/2020.

O impugnante argui, também, a nulidade sob o fundamento de que as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, assim como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas decorrentes, acarretando novo cerceamento de defesa.

No caso dessa arguição também não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que no corpo do próprio Auto de Infração consta que: *O débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa conforme discriminado no Demonstrativo de Débito anexo.*

Por óbvio que esse registro no Auto de Infração só poderia decorrer de lei, constando, no caso, no Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº. 3.956/81, precisamente no seu art. 102, § 1º, inciso II, conforme abaixo reproduzido

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

[...]

§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

[...]

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, capaz de invalidar o Auto de Infração.

No mérito, relativamente à infração 1, a constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo Contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita (art. 4º da Portaria n. 445/98).

Observo que o impugnante reconheceu parcialmente a procedência da autuação no valor de ICMS

devido de R\$8.900,27, inclusive efetuou o pagamento com os acréscimos legais conforme comprovante acostado aos autos e, no tocante a parte impugnada, alegou a desconsideração por parte do autuante dos cupons fiscais eletrônicos emitidos nos meses de novembro e dezembro de 2017.

Verifico que o autuante ao prestar a Informação Fiscal acatou, acertadamente, a alegação defensiva, contudo, fez o necessário registro de que não foram os cupons fiscais, mas, sim, as NFCe – Nota Fiscal de Venda ao Consumidor eletrônica referentes aos meses de novembro, dezembro e parte de outubro que não foram computadas no levantamento.

Segundo explicação do autuante as referidas NFCe foram devidamente escriturados na EFD – Escrituração Fiscal Digital e não constaram no levantamento devido a erro na captura dos dados quando da geração do banco de dados de Notas Fiscais de saídas que considerou somente as Notas Fiscais e Cupons Fiscais.

Em face disso, o autuante revisou o levantamento com a inclusão das NFCe, no caso 269 registros, referentes as mercadorias objeto do levantamento quantitativo de estoque, o que resultou na redução do valor originalmente exigido nesta infração de R\$272.616,41 para R\$241.912,46, conforme demonstrativo que elaborou acostado aos autos, resultado este que acolho como correto.

Relevante consignar que apesar de o impugnante ter reconhecido o valor de R\$8.900,27 a inclusão das NFCe dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2017 feita pelo autuante, não elidiu a totalidade da exigência fiscal, haja vista que conforme visto acima o valor revisado foi reduzido para R\$ 241.912,46.

Cabível também o registro de que o autuado, cientificado do resultado apresentado na Informação Fiscal, não se manifestou.

Diante disso, a infração 1 é parcialmente procedente no valor de ICMS devido de R\$241.912,46, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante acostado aos autos.

Quanto à infração 2, observo que o impugnante não consignou expressamente qualquer inconformismo, sendo, desse modo, procedente.

No tocante à arguição defensiva atinente à multa aplicada, por certo que não tem este órgão julgador administrativo de primeira instância competência para apreciação da sua constitucionalidade, assim como para atendimento do pedido de redução, valendo registrar que referida multa encontra-se prevista no art. 42, III, “g”, da Lei nº. 7.014/96, conforme reproduzido abaixo:

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

[...]

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.

Por derradeiro, no tocante ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que seja intimado no endereço constante no preâmbulo e no rodapé da peça defensiva das sessões de julgamento, assim como para prestar qualquer esclarecimento adicional, consigno que inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido, contudo, observo que o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0015/20-9, lavrado contra **OSORIO JOSE COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$241.912,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, do mesmo diploma legal, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR