

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0003/20-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0166-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0077-12/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA. É rotineira a existência de ajustes no procedimento do roteiro de levantamento quantitativo de estoques em razão de erros na escrituração apresentada ao Fisco, sendo que não resultam em nulidades insanáveis, podendo os equívocos serem corrigidos em sede de diligência. Recurso **PROVIDO**. *Nulidade* da decisão de 1º grau. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2020, no valor de R\$143.067,73, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documento fiscal, sem respectiva escrituração decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, e apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2017 e 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$117.645,22, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2017 e 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$25.422,51, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0166-04/21-VD (fls. 69 a 73), com base no voto a seguir transscrito:

"As acusações inerentes ao presente Auto de Infração, estão relacionadas a levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, nos exercícios de 2017 e 2018, sendo que na primeira infração, foram apuradas omissões de saídas de mercadorias tributáveis, em ambos os exercícios, fls. 08 e 10, enquanto que na segunda infração, foi exigido imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Tem-se que, em relação à primeira infração, omissões de saídas de mercadorias, o enquadramento legal considerou, também, o regramento previsto no Art. 13, inciso I da Portaria nº 445/98, enquanto que, em relação a infração dois, imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido, foi levado em conta o previsto pelo Art. 10, inciso I, alínea "b" da mesma Portaria.

Assim, é que em preliminar, no tocante à alegada ausência de intimação científicando o autuado do início da ação fiscal, este fato não se confirma, na medida em que consta à fl. 06, intimação específica neste sentido, com ciência pelo autuado, portanto, não pode ser acolhido este argumento.

No que tange ao outro argumento de que não foi considerado pelo autuante os dados do seu livro Registro de Inventário do exercício de 2018, estoque final, para efeito do levantamento do estoque, entendo que assiste total razão ao autuado.

Isto porque, apesar de não ter sido transmitida, à época própria, a escrituração do inventário final das mercadorias existentes em estoque em 31.12.2018 através da EFD, este fato não significa que o levantamento de estoque possa ser efetuado considerando estoque “zero” para todas as mercadorias em 31/12/2018, como assim procedeu o autuante, conforme está claro na mídia anexada aos autos.

Trata-se de uma situação anormal, que demandaria um aprofundamento de exames por parte do autuante, inclusive com intimação específica ao autuado neste sentido, e, também exames na escrita contábil e na declaração do imposto de renda da pessoa jurídica, para aferir, sob o ponto de vista valorativo, a existência registrada/declarada desse estoque, e não, simplesmente e sem qualquer justificativa, atribuir estoque final zerado para todas as mercadorias.

Considero inadmissível efetuar um levantamento quantitativo de estoque, atribuindo inexistência total de estoque final, pelo fato do autuado ter cometido o erro de não ter transmitido, corretamente, o estoque final de 31/12/2018, em 28 de fevereiro de 2019.

As consequências tributárias que poderiam advir desse procedimento do autuado, deveriam ser analisadas sob outra ótica, inclusive no tocante ao descumprimento da obrigação acessória, porém, jamais, atribuir estoque “zero” a totalidade das mercadorias para um contribuinte que continuou normalmente exercendo suas atividades a partir do mês de janeiro/2019, apurando e recolhendo imposto incidente inclusive sobre as mercadorias existentes em 31.12.2018.

Na situação presente, entendo que não é caso para conversão do processo em diligência, para se revisar o levantamento quantitativo do exercício de 2018, levando em consideração o estoque final desse exercício, na medida em que isso se revestiria em outro levantamento fiscal, levando em consideração dados substanciais não considerados de forma indevida no levantamento que foi realizado originalmente, que, fatalmente, se chegaria a outro resultado totalmente diverso do que ora se aprecia.

Por essa razão, entendo que, de fato, o levantamento quantitativo referente ao exercício de 2018 se apresenta de forma totalmente insegura, com total ausência de elementos que deem substância ao lançamento, razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV, do RPAF/BA, declaro nulas as exigências nos valores de R\$111.040,37, referente a infração 01, e R\$9.803,52, referente a infração 02, com a recomendação de que a autoridade fazendária determine que através de novo procedimento fiscal seja renovada a fiscalização desse exercício pertinente ao levantamento quantitativo de estoque, dessa vez, considerando o inventário final e real de 31.12.2018.

No tocante ao mérito da autuação, remanesceu para exame apenas o lançamento pertinente ao levantamento quantitativo do exercício de 2017, visto que, as preliminares arguidas pelo autuado não são aplicáveis ao mesmo.

Entretanto, examinando a planilha de fl. 08, base para a exigência do imposto da infração 02, exercício de 2017, considero que existe uma dissonância em relação à acusação e o quanto previsto pela legislação aplicável. Isto porque a acusação se encontra assim posta: “Falta de recolhimento do imposto, **por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado**”.

Consta na referida planilha o valor da omissão de entrada apurada, o percentual da MVA aplicada, a indicação do valor da omissão de entrada, a alíquota aplicada e o valor do imposto devido.

A Portaria nº 445/98, em seu Art. 10, assim se expressa:

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, observando o seguinte (Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV):

1 - a base de cálculo é a prevista no inciso II do art. 23-A da Lei nº 7.014/96;

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (Lei nº 7.014/96, art.42, III, “g”).

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado

previstos no Anexo 1 do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea “a” do inciso I deste artigo, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96);

Da análise levada a efeito na norma acima transcrita, verifico que o procedimento do autuante em relação a infração 02, exercício de 2017, não atende ao quanto previsto pela alínea “b”, do inciso I, da Port. 445/98, na medida em que para que pudesse ser concedido crédito fiscal teria que ser exigido o imposto por responsabilidade solidária, na forma acima transcrita, (inciso I “a”), o que não ocorreu. Portanto, o crédito fiscal que foi considerado pelo autuante em seus cálculos, não atendeu ao quanto acima exposto, pois não houve a exigência prevista no inciso I “a” para que pudesse ser concedido tal crédito, razão pela qual, de ofício, decreto a nulidade da exigência pertinente ao exercício de 2017, relativa à infração 02.

No mais, em relação ao mérito da infração 01, exercício de 2017, vejo que o autuado, a rigor, não apontou qualquer irregularidade, equívoco ou omissão em relação ao levantamento quantitativo de estoque desse exercício, no tocante à apuração de omissão de saídas de mercadorias, razão pela qual, entendo que a exigência no valor de R\$6.604,85 deverá ser mantida.

Naquilo que diz respeito à irresignação do autuado em relação às multas aplicadas, vejo que estas possuem previsão legal clara na legislação tributária estadual, tanto no Código Tributário estadual quanto na Lei nº 7.014/96, devendo as mesmas serem mantidas.

Ressalto, inclusive, que o Art. 167, inciso I do RPAF/BA, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, restando subsistente a infração 01, no valor de R\$6.604,85, enquanto a infração 02 resta totalmente insubsistente.”

A 4^a 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 Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão de 2 (duas) infrações, ambas relativas a levantamento quantitativo de estoque.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1^a Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$278.946,99, conforme extrato (fl. 75), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Verifico que as desonerações das Infrações 01 e 02 nos levantamentos relativos ao exercício de 2018 decorreram do envio dos arquivos magnéticos da EFD pelo Autuado com o seu estoque final do exercício de 2018 zerado.

Considerando que o equívoco foi efetuado pelo próprio Autuado e é um erro que pode ser sanado mediante uma diligência para que o Autuado informe corretamente os seus estoques finais do exercício de 2018, reputo equivocada a Decisão recorrida.

E a revisão dos estoques finais não importa em uma nova fiscalização, mas apenas em um ajuste nos valores a serem supostamente exigidos.

É rotineira a existência de ajustes no procedimento do roteiro de levantamento quantitativo de estoques em razão de erros na escrituração apresentada ao Fisco, sendo que não resultam em nulidades insanáveis, podendo os equívocos serem corrigidos em sede de diligência, conforme muitas vezes já ocorreu nesta 2^a CJF.

Também reputo equivocada a Decisão recorrida no que tange à nulidade da Infração 02.

Primeiro porque os valores de imposto a que se refere o Art. 10, I da Portaria nº 445/98, podem ter sido exigidos em outro Auto de Infração já lavrado ou que ainda seja lavrado dentro do período decadencial.

Segundo porque os valores se confirmaram devidos, embora em montantes menores, o que também pode ser resolvido mediante a conversão dos autos em diligência para que sejam calculados os valores devidos por responsabilidade solidária a serem deduzidos a título de crédito

fiscal dos resultados encontrados na Infração 02, conforme estabelece o Art. 10, I e II da Portaria nº 445/98.

Diante do exposto, voto pela decretação da NULIDADE da Decisão recorrida, de forma que os autos retornem à 1ª Instância para que seja determinada a correção dos vícios apontados em sede de Diligência e o Auto de Infração seja submetido a novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **115236.0003/20-0**, lavrado contra **TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo o processo retornar à 1ª Instância para que seja efetuado novo julgamento a salvo das falhas apontadas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS