

PROCESSO - A. I. Nº 178891.0013/20-2
RECORRENTE - HEMOCAT COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0416-06/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0169-12/22-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADAS. Nada fora arguido com o condão de mitigar a acusação fiscal. Infração subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão exarada pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0416-06/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/2020, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$ 98.971,53, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, em decorrência da seguinte infração:

***Infração 01 - 04.05.02** - Falta de recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva de escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Referente ao período de dezembro de 2016.*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 31 a 39. Suscitou preliminar de nulidade evocando os arts. 142 do CTN e 18 do RPAF. Concluiu que não pode o sujeito ativo proceder por “supor que”, na esperança de que a falha na defesa do sujeito passivo termine por tornar líquido e certo, pela omissão ou impossível prova negativa, a ilícita, incerta e indeterminável matéria tributável.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 59 e 60. Concluiu não haver nenhum fato ou motivo apresentado que seja capaz de elidir a acusação fiscal.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 6ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação no valor de R\$ 98.971,53, acrescido da multa prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(.....)

Trata-se impugnação ao lançamento de crédito tributário exigido através do Auto de Infração n.º 178891.0013/20-2, que se refere à exigência de ICMS pela suposta constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 04.05.02 - Falta de recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva de escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas (...).

A defesa informou que a Impugnante é pessoa jurídica de direito privado que tem como objeto social o comércio varejista e importação de produtos voltados para a área da saúde.

Houve arguição de nulidade do levantamento quantitativo de estoques que, portanto, enfrentaremos preliminarmente.

Alegou a defesa que da simples leitura da autuação, verificara-se a ausência de fundamentação clara e inequívoca do lançamento fiscal, uma vez que a Autoridade Fiscal não logrou demonstrar que as razões e motivos que fundamentariam o suposto equívoco cometido pela Impugnante no que toca a diferença de estoques.

Disse ainda:

- i. Não haver na descrição da infração supostamente constatada e nos documentos que lhe acompanham, menção clara ou demonstração inequívoca das ditas diferenças, por meio da qual seja possível compreender as razões da alegada incorreção da diferença de estoques, cabendo à Impugnante efetivamente adivinhar a razão pela qual está sendo cobrado o tributo;
- ii. que o Auto de Infração não fornece elementos suficientes para se determinar com precisão a suposta infração cometida pela Impugnante;
- iii. que as alegações do fiscal não são conclusivas, não permitindo que a autuada sequer compreenda as diferenças apontadas, para que possa se defender da imposição de forma exauriente;
- iv. Acusa haver clara a impropriedade na descrição dos fatos e das planilhas complementares que lhe acompanham, frente a ausência de comprovação da ocorrência do fato que ensejou o lançamento fiscal em questão, em relação ao suposto erro cometido pela Impugnante no que toca seu quantitativo de estoques.

Contudo, nenhuma das arguições destacadas acima foram aferidas nos autos por este relator.

Ao revés, verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito (fls. 07 a 26 CD à fl. 25), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

De modo que nada mais posso declarar, haja vista que a defesa nada apontou de concreto que tivesse o condão de sustentar suas alegações. Verifico apenas arguições genéricas sem qualquer objetividade aferível, descortinando completa dissonância com o efetivo exercício de defesa. Afasto qualquer possibilidade de nulidade do feito.

Adentrando ao exame do mérito deparo-me com mais do mesmo, considerando que a arguição de mérito também está destituída de objetividade impedindo, de igual forma, à sua aferição. Bem como, toma por base arguição que não se confirma, a exemplo de que o lançamento se pautou em presunções, quando o que se colhe dos autos é que o levantamento quantitativo de estoques apurou omissão de saídas maior que de entradas. Portanto, sequer pode-se dizer que teve por base presunção de omissão de saídas, o que só ocorreria caso a apuração resultasse em omissão de entradas. De modo que, afasto a alegação de ter a autuação se baseado em presunções.

Registrada a presença da defensora da empresa em epígrafe a Dr^a Tainara Ferreira Verissimo - OAB-SP- 425.487, integrante do escritório de advocacia Lasas, Lafani, Salomão Advogados.

Quanto à alegação final de que a multa fora confiscatória, descabe a esta esfera administrativa de contencioso emitir juízo de valor acerca de norma positivada, sobretudo quando devidamente subsumida do fato imponível, com é o caso em tela. Portanto, afasto esta arguição.

De modo que, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”.

Diante da decisão exarada pela 6ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário através do seu patrono advogado Dr. Bruno Cazarim da Silva, OAB/SP nº 344.649, o qual passo a relatar, em síntese.

De início, fez um breve relato sobre os fatos. Em seguida, começou a discorrer sobre a preliminar de nulidade.

Alegou nulidade do Auto de Infração em razão de vício formal, isso porque, verificou ausência de fundamentação clara e inequívoca do lançamento fiscal.

Asseverou que o art. 5, inciso LV da CF/88, bem como o art. 42 do Decreto nº 7.629/99, asseguram o contraditório e a ampla defesa, e assim, determina a nulidade dos atos praticados em preterição ou prejuízo do direito de defesa.

Complementou a linha de raciocínio com base nos arts. 142 do CTN e 18 do Decreto nº 7.629/99.

Explicou que Auto de Infração apenas menciona que teria ocorrido supostas omissões de receita, apuradas “*mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado*”.

Argumentou que nesse contexto, ocorreu a impropriedade na descrição dos fatos e das planilhas complementares que lhe acompanham, frente a ausência de comprovação da ocorrência do fato

que ensejou o lançamento fiscal em questão, em relação ao suposto erro cometido pela Recorrente no que toca seu quantitativo de estoques.

Trouxe posicionamento do CONSEF, referente a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão nº 0300-12.18; Auto de Infração nº 206926.0002/17-6.

No mérito, arguiu impossibilidade de lançamento pautado em meras presunções, e a necessidade de busca pela verdade material.

Disse que não pode o sujeito ativo proceder por “supor que”, na esperança de que a falha na defesa do recorrente termine por tornar líquido e certo, pela omissão ou impossível prova negativa, a ilíquida, incerta e indeterminável matéria tributável.

Informou que a própria Portaria SEFAZ nº 445/98, em seu art. 3, estabelece que critérios rigorosos, os quais não foram observados, quando do levantamento de quantitativos de estoque.

Trouxe entendimento das Juntas de Julgamento Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, referente a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, no Acórdão nº 0299-02/12. Auto de Infração nº 191175.0503/12-0, data do julgamento: 14/12/2012.

Destacou que qualquer percepção incorreta que não se coadune com a realidade e com os fatos é passível de verificação pela autoridade fiscal e, por assim ser, deve ser reconhecida, sob pena de se tornar válido e reconhecido aquilo que é falso. Em seguida, combateu o caráter abusivo da multa de 100% aplicada.

Explicou que, apesar da aplicação da penalidade em apreço esteja de acordo com o dispositivo regulamentar acima descrito, é necessário ponderar que a multa aplicada no patamar de 100% sobre o valor total do crédito supostamente devido se mostra manifestamente desarrazoada e desproporcional.

Arguiu que o artigo 150, inciso IV da Constituição Federal trouxe o princípio constitucional do não-confisco, segundo o qual o Poder Público não poderá, ao impor suas pretensões, utilizar-se de atos desmedidos que caracterizem injustas apropriações estatais, pois se assim se permitisse, o Estado estaria anulando o patrimônio do particular por meio da tributação.

Citou jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, revigorada em acórdão de lavra de sua Primeira Turma. Disse que a jurisprudência da Corte Suprema se firmou no sentido de que a multa fixada em patamar superior a 20% do débito revela-se confiscatória.

Diante de todo exposto, requereu:

- I. “Preliminarmente, reconhecer a nulidade do auto de infração, tendo em vista a ausência das razões e motivos que fundamentariam o suposto equívoco cometido pela Recorrente no que toca a diferença de estoques;*
- II. No mérito, reformar a r. decisão recorrida, julgando improcedente o auto de infração em razão da impossibilidade de lançamentos pautados em meras presunções, em respeito ao princípio da verdade material;*
- III. Por fim, na hipótese não serem acolhidos nenhum dos argumentos trazidos a este Egrégio Órgão Julgador, requer seja afastada a penalidade aplicada no patamar de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto devido, sob pena de violação ao princípio do não-confisco, devendo-se ser limitada a multa ao patamar máximo de 20%”*

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Conselheiro Relator para devida análise e julgamento, o que ora passar a fazer no voto abaixo.

VOTO

Preliminarmente, observo que o teor do Recurso Voluntário é aquele já exposto pela empresa quando da sua defesa inicial, e que não ensejou êxito no julgamento prolatado pela 6ª JJF. Entretanto, como foi novamente apresentado, por dever de ofício, o aprecio.

A empresa contribuinte é acusada de não recolher o ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício de 2016.

A recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração pela ausência de fundamentação clara e inequívoca do lançamento fiscal, não tendo o Fisco demonstrado as razões e motivos que o embasou, quer seja no corpo do Auto de Infração, e/ou nos demonstrativos que o acompanha, em direta ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como da própria legislação Estadual. Apresenta Ementa de Acórdão desta 2ª CJF (nº 0300-12/18), para embasar seu argumento.

Verifico que o sujeito passivo foi comunicado acerca do início da ação fiscal através de encaminhamento, via DTE, do documento Cientificação de Início de Ação Fiscal, com data de 05/10/2020 (mensagem 178104), lida e cientificada pelo sujeito passivo neste mesmo dia (fl. 06).

O autuante expôs com clareza o fato infracional, permitindo se identificar o autuado, o montante do débito, a natureza da infração, inclusive com demonstrativos analíticos (exs: demonstrativos dos documentos fiscais de entradas, documentos fiscais de saídas, preços médios, inventário) da infração com todos os dados para identificação das operações comerciais (data, nº da NF-e, sua chave de acesso, CNPJ do emitente com a sua Unidade da Federação, CFOP, NCM, descrição da mercadoria, valor da operação, base de cálculo do ICMS, alíquota e ICMS crédito, entre outros dados). No demonstrativo sintético foram elaborados todos os cálculos decorrentes de uma auditoria de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias. Todos estes demonstrativos (partes integrantes do Auto de Infração – art. 130, II da Lei nº 3.956/81 - COTEB), se encontram às fls. 07/26 dos autos, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 27 que acompanhou o instrumento do lançamento de ofício (fl. 27), através do DTE, em 29/12/2020 (mensagem 131788917), lida e cientificada pelo sujeito passivo em 04/01/2021.

De igual forma, no campo próprio do Auto de Infração consta o enquadramento legal da infração cometida, em absoluta consonância com os ditames dos normativos de regência, quais sejam: RICMS-BA/2012 e Lei nº 7014/96, inclusive com a indicação de que fora atendida a orientação preconizada pela Portaria nº 445/98. Também indicada a previsão legal da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo o Auto de Infração todos os requisitos de validade sob seu aspecto formal.

Por outro lado, o sujeito passivo compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

E para concluir, a decisão proferida por este Colegiado através do Acórdão CJF nº 0300-12/18, para embasar o argumento apresentado não serve de paradigma, vez que a decisão de nulidade neste Acórdão expressa, teve por motivo a mudança do fulcro da autuação, situação que não se enquadra no presente processo.

Pelo exposto, inexistem quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), capazes de invalidar o ato de lançamento.

Como questão de mérito, a recorrente argumentou a impossibilidade de um lançamento fiscal encontrar-se embasado, tão somente em meras presunções, não buscando a verdade material dos fatos, em completo descompasso com as determinações do art. 142 do CTN e aspectos doutrinários que apresenta, vez que o Fisco, neste processo, somente alegou a falta de recolhimento do imposto relativo à saída de mercadorias tributáveis sem uma aferição real dos quantitativos de estoque. Cita o art. 3º da Portaria nº 445/98, grifando o seu inciso III, apresenta mais uma vez doutrina e Acórdão nº 0299-02/12 deste Colegiado, para sustentar seu argumento.

Observa-se que a auditoria fiscal de um levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias é uma das formas de verificação do regular cumprimento das obrigações tributárias do contribuinte, em um determinado período, vez que, com base nas informações dos estoques

(inicial e final), compras e vendas de mercadorias ocorridas no período, configura-se perfeitamente a apuração da existência de compras ou vendas não registradas. Existindo diferenças de quantidades de entradas ou de saídas, sobre essa diferença deve ser exigido o imposto, pois desta forma resta provada a omissão de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Encontrada diferença de quantidades nas entradas, a Lei nº 7.014/96, no seu art. 4º, § 4º, determina a presunção de saídas anteriores sem os respectivos documentos fiscais. Na outra vertente, apurando-se diferenças nas quantidades de saídas, não mais se estar a falar em presunções legais. A diferença foi encontrada no próprio exercício fiscalizado e sobre aquelas próprias mercadorias que compuseram o levantamento fiscal. E, por fim, apurando-se diferenças tanto de saídas como de entradas, o imposto a ser exigido recai sobre o valor de maior expressão monetária, já que a maior diferença absorve a menor.

Dentro deste contexto, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia editou a Portaria nº 445/98, com base na norma legal posta, visando disciplinar e orientar a fiscalização sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, dentro de todo o escopo acima comentado. E de forma didática apresentou as situações que poderão ser detectadas quando de um levantamento de estoques de mercadorias.

Feitas tais colocações, e sendo elas base para a auditoria realizada, ao examinar os elementos que compõem o presente processo, concluiu-se claramente que não há como prosperar a pretensão recursal de que a autuação teve por base uma presunção não admitida pela norma legal, uma vez que resta perfeitamente comprovada nas peças processuais a irregularidade apurada, bem como o devido roteiro de auditoria aplicado. Em todas as planilhas e demonstrativos elaborados pela fiscalização, conforme já susomencionado, constam os dados das movimentações de mercadorias lançadas pela própria empresa e apresentadas ao Fisco, ou seja, os registros fiscais da movimentação dos seus estoques de mercadorias, sendo prova para consecução da lavratura da presente ação fiscal, para a constatação da verdade material dos fatos e legalidade da ação fiscal. E apenas a título de observação, o que aqui se constatou foi omissão de saídas de mercadorias maiores sem documentação fiscal do que as de entradas, ou seja, a diferença foi encontrada no próprio exercício fiscalizado, e sobre aquelas próprias mercadorias que compuseram o levantamento fiscal.

Diante deste quadro e provas, resta claro e evidente de que todos os elementos constantes no presente PAF, permitem conhecer a metodologia adotada pelo Fisco para consecução da auditoria realizada, que seguiu toda a norma que rege um Processo Administrativo Fiscal.

Caberia a recorrente, conforme dicção do art. 123 do RPAF/BA, apresentar provas contrárias à autuação, o que não foi feito. Na sua argumentação apenas cita as determinações do art. 3º, grifando o seu inciso III da Portaria nº 445/98. De fato, havendo similaridade das descrições de mercadorias que indique tratar-se de um mesmo produto ou mesmo ocorrendo pequenas variações entre itens, a Portaria nº 445/98 determina os seus agrupamentos. Porém, esta situação não tem evidência nos autos. Caberia ao recorrente apontá-la, porém, preferiu nominar a regra, não trazendo qualquer prova, mesmo que lhe tenha sido oportunizado para tanto.

Quanto ao Acórdão deste Colegiado invocado pela recorrente (Acórdão nº 0299-02/12), mais uma vez, não serve de paradigma ao presente, já que o presente lançamento contém todos os elementos para se determinar com segurança a infração apurada.

No mais, o recorrente, em qualquer momento, aduziu a existência de equívocos nas quantidades ou valores apontados na autuação, o que me leva a entender correto o lançamento fiscal ora em discussão.

Em relação ao que estabelece a Portaria nº 159, com efeitos a partir de 25/10/2019, foi alterado o art. 3º, Parágrafo único da Portaria nº 445/98, que tratava dos índices de perdas de estoques. Porém, através da Portaria nº 001, de 02/01/2020, DOE de 03/01/2020, efeitos a partir de 03/01/2020, este Parágrafo único foi transformado em § 1º. Nessa seara, constatei pelo demonstrativo de fls. 07 a 10, que o autuante fez os ajustes conforme previsão da portaria susomencionada.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 100% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo.

Quanto ao pedido da sua redução ao patamar de 20%, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com o artigo 158 do RPAF/BA.

Portanto, considerando que a recorrente não apresentou argumentos nem cálculo fundamentados que demonstrassem o desacerto da autuação, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 178891.0013/20-2, lavrado contra a empresa **HEMOCAT COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 98.971,53**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS