

A. I. Nº - 207093.0007/22-2
AUTUADO - LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-05/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME NORMAL. 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. Relação de ajustes do inventário não constitui prova para desconstituir as omissões apuradas. Não aplicável porcentuais de perdas previstos na Port. 445/1998 por se tratar de atividade de comércio atacadista. Multa aplicada em conformidade com a tipificação legal. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 31/03/22 acusa o cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 004.005.002. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saída de mercadorias em valor inferior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2021) - R\$ 207.400,92. Multa de 100%.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 32/41) inicialmente discorre sobre a infração e afirma que apesar do zelo do trabalho fiscal, incorreu em cerceamento do direito de defesa e do contraditório, previsto no artigo 5º LV, da Carta Magna, *“quando deixou de esclarecer ou justificar e juntar ao processo provas que segundo ele dariam base à acusação lançada”*, implicando na difícil tarefa de entender o porquê da acusação fiscal descrita no relato da infração.

Argumenta que os documentos que o fiscal teve acesso como o livro de Registro de Entradas e Saídas demonstram que não houve qualquer saída de mercadorias sem emissão de notas fiscais e sem os devidos registros nos livros inventários, tendo ocorrido um equívoco por parte do fiscal, que com um pouco mais de atenção teria verificado que as operações de saídas e entradas foram realizadas com regularidade e normalidade, sem qualquer omissão. Alega que ocorreu ofensa ao direito constitucionalmente garantido, afrontando o seu direito de defesa na fase preliminar, visto que não houve sequer a expedição do Termo de Ocorrência Fiscal, que serviria para uma defesa prévia, não necessitando da lavratura do presente Auto de Infração, dificultando a elaboração de defesas, que aponta uma infração completamente “subexistente”.

Afirma que o referido vício, jogar por terra o trabalho fiscal, diante de evidente ofensa ao direito à ampla defesa e ao contraditório, motivo pelo qual impõe-se a imediata decretação da nulidade do trabalho fiscal.

Suscita outra nulidade, sob o argumento de falta de requisitos necessários e imprescindíveis ao ato administrativo, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, e na legislação estadual reguladora do procedimento administrativo, afrontando princípios, como o da motivação, que impõe ao agente público o dever de designar, pormenorizadamente, os detalhes que o levam a impor a exigência tributária.

Cita texto de doutrinador (Antonio Bandeira de Mello), acerca de ato administrativo, motivação, legalidade e materialidade do ato praticado, que estão ausentes no trabalho fiscal, deixando o lançamento à míngua, sem proporcionar ao defendente os elementos necessários para poder exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, quando da expedição do Termo de Ocorrência Fiscal, para apresentar argumentos adequados e suficientes para o enfrentamento e afastamento da acusação fiscal.

Alega que o malfadado trabalho fiscal, não teve o zelo de “expedir o termo de ocorrência fiscal”, fazendo com que tanto o fisco quanto o contribuinte perdessem seu valioso tempo para defender-se de acusações que jamais deveriam existir, visto que a “peça inicial, a descrição da ocorrência é vaga, confusa”, tendo em vista que os documentos juntados pelo próprio autuante, “comprovam que não houve a falta acusada pelo fisco, situações que inviabilizam a plena defesa da autuada que não pode com segurança distinguir os motivos que a ensejaram. Conclui argumentando que neste diapasão, a obscuridade e confusão, falta de zelo na análise da documentação, a acusação caracteriza-se como inepta a peça inicial e deve ser anulada e arquivada.

Quanto a multa aplicada, ressalta que foi enquadrada no art. 42, III da Lei 7.014/96, prevê percentual de 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, contudo, a fiscalização tomou como percentual da multa a ser aplicada 100% (cem por cento), quando em verdade, deveria aplicar o percentual de 70%.

No mérito, discorre sobre a infração que apurou omissão de saída de mercadorias, argumentando que o levantamento fiscal apresenta informações inexatas, *“uma vez que montante de entrada (considerado pelo fisco) não coaduna com registrado no Livro de Entrada”*, por não considerar diferença referente à devoluções que baixaram a quantidade de entrada, resultando em quantidade apurada que não corresponde ao final declarado pela impugnante e ainda as diferenças apontadas como saídas sem documento fiscal, *“referem-se à diferença no estoque final, e por fim o processo de inventário com baixa da perda produtiva”*.

Apresenta a equação que resulta na apuração de omissões de saídas de mercadorias: Entradas Totais (-) Posição Final do Inventário = Saída Real Saída Real (-) Emissão de Notas Fiscais = Saldo de Operação sem Nota Fiscal e argumenta que na verdade há uma posição no estoque com os produtos *“tidos como zerados, e não saídas sem Nota Fiscal”*, como pretende fazer crer o autuante, conforme passou a expor.

CÓDIGO: 0012 - DESCRIÇÃO: SUCATA DE FERRO ESPECIAL PARA CORTE - ENTRADAS COMPRAS: 5.800,000 - SAÍDAS REAIS: 5.800,000 - PREÇO MÉDIO: 4,84 - VALOR DAS SUPOSTAS OMISSÕES: R\$ 28.072,00 - ALÍQUOTA: 18% - ICMS: 5.025,96 - OBSERVAÇÕES: MATERIAL FOI RECUSADO. NÃO POR ISTO NÃO CONSTA ENTRADA.

Alega ainda que deve ser observado que em qualquer processo produtivo existem perdas com o manejo dos produtos, seja por erro humano ou do processo de transformação, o que foi completamente ignorado no trabalho autuante, não merecendo prosperar a autuação, visto que - *a métrica utilizada é completamente errônea, vez que desconsidera inúmeros fatores, em especial - a perda natural da produção.*

Argumenta que além dos dois casos específicos, o autuante deixou de considerar as emissões das notas fiscais dos produtos MP1098000.1001.7 e MP 1098000.10019 – e também, considerar o CÓDIGO: 0012 - DESCRIÇÃO: SUCATA DE FERRO ESPECIAL PARA CORTE, cujo produto foi recusado pela

autuada, e, portanto, é claro que o produto foi devolvido e que se *“não houve entrada e, portanto, não havendo entrada não há saída”*.

Reitera que o lançamento é nulo, inexistindo a mencionada infração, tendo agido com o máximo rigor em suas obrigações principais e acessórias, diante de toda a documentação fiscal e contábil apresentada, bastando um pouco de zelo na elaboração do trabalho, já que todas as operações tanto de entrada quanto de saídas foram devidamente escrituradas e os impostos devidos pagos.

Conclui requerendo o cancelamento do auto de infração, com acolhimento das preliminares suscitadas, inclusive da correção da aplicação de percentual de multa em desacordo com a legislação, tendo em vista que o texto do artigo, 42, inciso III da Lei 7.014/96, *“prevê expressamente a aplicação de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do tributo devido”*, e não 100% (cem por cento) conforme indicado pela fiscalização.

Subsidiariamente, caso não acolhido os pedidos anteriores, requer o cancelamento da imputação com supedâneo no mérito arguido, ou a relevação ou redução da multa.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 68 a 72) inicialmente discorre sobre a infração e esclarece que os demonstrativos que dão suportes à acusação se encontram às fls. 7 a 20, impressos (recorte), e em meio eletrônico (gravado na mídia de fl. 21), que foi entregue ao autuado (fl. 04/v), cumprindo todas as formalidades previstas no RPAF/99, conforme cópias anexas à defesa (fls. 52 a 58).

No mérito, ressalta que o lançamento apurou omissão de saídas de mercadorias tributadas maior que a omissão de entradas no exercício de 2021, que foi o ano do início das atividades do autuado, tendo o levantamento fiscal sido realizado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), transmitida e eletronicamente assinada, como previsto no art. 247 do RICMS/BA, obedecidas as orientações da Port. nº 445/1998.

Em seguida, passou a rebater de forma pontuada os pontos levantados na peça defensiva.

Quanto a alegação defensiva de que *“...imperioso se faz mencionar que o fiscal autuante no exercício de seu mister, apurou por meio dos registros de Entradas, Saídas e posição final de inventário...”*, ressalta que os registros nos livros de Registro de Entradas e Registro de Saídas, foram utilizados somente as notas fiscais utilizadas no levantamento quantitativo de estoques.

Destaca que foi utilizado os dados contidos nas notas fiscais de entrada, notas fiscais de saídas e livro de Registro de Inventário, todos devidamente declarados pela autuado no seu SPED.

No tocante a alegação defensiva de que: *“...o conteúdo considerado pelo fisco apresenta informações inexatas, uma vez que montante de entrada (considerado pelo fisco) não coaduna com registrado no Livro de Entradas – Existe uma diferença referente a devoluções que baixam a quantidade de entrada...”*, afirma ser uma alegação infundada, tendo em vista que:

- i) o livro de Registro de Entrada não informa quantidades, que são a base do levantamento quantitativo de estoque;
- ii) O livro de Registro de Entradas registra o valor das operações e as devoluções de entradas (aquisições de mercadorias) não são registradas no livro de Registro de Entradas e sim no livro de Registro de Saídas...e mesmo assim somente valores.

Afirma que as quantidades são declaradas nas notas fiscais, que foram relacionadas nas planilhas “NFE” e “NFS”, contidas no arquivo (Excel) *Latasa_2021_Estoque.xlsx*, e à fl. 20 foi anexado o Registro de Inventário declarado pelo autuado (impresso), que comprova as quantidades declaradas e que foram inseridas no demonstrativo AUDITORIA DE ESTOQUES (fl. 07), na coluna “Estoque Final”.

Ressalta que o ramo de atividade da empresa é de aquisição e revenda de “sucatas”. Portanto, não se configura um processo produtivo industrial.

No que se refere as cópias do Registro de Inventário, levantado em 31/12/2021 juntado às fls. 60 a 64, ressalta que algumas quantidades são diferentes das declaradas na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD). Rebate que o Registro de Inventário juntado com a defesa, não consta na EFD no banco de dados da SEFAZ, ou seja, “se modificado do original transmitido, encontra-se somente no SPED da Autuada” o que não pode ser considerado.

Quanto ao argumento defensivo de que não foram consideradas notas fiscais, afirma que tal alegação não se faz acompanhar de qualquer prova, “o número de quais ou mesmo qual Nota Fiscal dos produtos MP109800010017 e MP109800010019 não foi considerada no levantamento fiscal”.

Da mesma forma, o argumento defensivo de que não foi considerado nota fiscal no levantamento (de entrada) que foi rejeitada, não se faz acompanhar de prova, em descompasso com o previsto no art. 123, § 5º, do RPAF/BA, que transcreveu.

Concluiu que diante do exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O auto de infração acusa falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais.

Na defesa apresentada, o autuado apresentou em termos gerais as seguintes alegações:

- 1) Suscitou nulidades por: i) falta de justificativa, esclarecimentos, provas que pudessem proporcionar meios para apresentar defesa; ii) ausência de Termo de Ocorrência Fiscal e iii) falta de motivação;
- 2) Ter aplicado multa com percentual de 100%, quando o correto seria de 70%, requerendo a adequação da multa;
- 3) O valor do estoque final declarado pelo fisco não corresponde ao declarado pela empresa;
- 4) Não foram consideradas as perdas na movimentação dos estoques;
- 5) Entradas de mercadorias que não ocorreu, visto que, foi recusado.

Quanto às nulidades suscitadas, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos) em conformidade com os artigos. 38 a 41 e 44, do RPAF/BA. Também, ao contrário do que foi alegado, na fl. 6 foi juntado o TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO datado de 09/02/2022 que foi encaminhado ao sujeito passivo por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTe).

Portanto, não existe a inobservância formal invocada, que conduza à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal.

Ressalte-se que a descrição da infração em consonância com os demonstrativos elaborados pela fiscalização denota omissão de saídas de mercadorias, cujos dados foram coletados nos livros e documentos fiscais escriturados pelo próprio contribuinte, com indicação do enquadramento legal e tipificação da multa. Tudo isso preenche os requisitos necessários para efetivação do lançamento, cabendo ao sujeito passivo apresentar provas capazes de desconstituí-lo. Portanto, ao contrário do alegado, o conjunto probatório configura motivação, motivo pelo qual, fica, também, rejeitada essa nulidade suscitada.

Quanto ao percentual da multa aplicada de 100%, que o autuado entende ser de 70%, verifico que a redação atual do inciso III, do caput do art. 42 da Lei 7.014/1996 foi dada pela Lei nº 11.899/2010, com efeitos a partir de 31/03/10, estabelece que:

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.

Assim sendo, constato que o percentual da multa proposta pela fiscalização está em conformidade com a legislação tributária, ficando mantida.

No mérito, quanto a alegação de que o valor do estoque final declarado pelo fisco não corresponde ao declarado pela empresa, o autuante rebateu afirmando que o inventário juntado com a defesa não corresponde ao escriturado na EFD.

Observe que conforme afirmado pelo autuante, o exercício fiscalizado (2021) é o primeiro exercício de atividade da empresa, logo, não tendo estoque inicial, as questões que se apresentam referem-se ao estoque final.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que no demonstrativo de fl. 7, foi apurado omissão de saída relativo a três produtos com códigos 0012 SUCATA DE FERRO ESPECIAL PARA CORTE; MP109800010017 SUCATA ALUMÍNIO BLOCO MÍSTO e MP109800010019 SUCATA ALUMÍNIO LATA SOLTA.

Quanto ao produto com código 0012 SUCATA DE FERRO ESPECIAL PARA CORTE, na defesa apresentada o autuado alegou que o produto foi recusado e devolvido, inexistindo a entrada.

O autuante afirmou que não existe registro de nota fiscal de devolução do referido produto.

Constato que conforme demonstrativo analítico de fl. 7, o autuado registrou entrada de 5.800 Kg da SUCATA DE FERRO pela NFe nº 8, emitida pelo contribuinte com CNPJ 38.313.357/0001-00 e no demonstrativo sintético de fl. 8, consta estoque final zero, o que configura ocorrência de saída da mercadoria. Como o sujeito passivo alegou que as mercadorias foram devolvidas, mas não apresentou qualquer documento fiscal para provar o alegado, assiste razão à fiscalização, visto que tendo sido registrado a entrada da mercadoria no estabelecimento, mediante escrituração da nota fiscal de entrada, a devolução deveria ser comprovada por meio de nota fiscal de saída emitida e escriturada pelo estabelecimento autuado, prova que não foi acostada aos autos.

Com relação ao produto com código MP109800010017 SUCATA ALUMÍNIO BLOCO MÍSTO, o defendente alegou que não foi considerado o ESTOQUE DISPONÍVEL de 44.329,50 Kg, o que foi contestado pela fiscalização, afirmando que não consta no livro de Registro de Inventário.

Constato que com relação a este produto, no demonstrativo sintético de fl. 7, foi indicado estoque final zero no exercício de 2021 em conformidade com o livro Registro de Inventário juntado pela fiscalização à fl. 20, que consta na EFD e resultou em omissão de saída de 62.485 Kg. Portanto, não pode ser considerado inventário não escriturado na EFD, a exemplo do acostado com a defesa à fl. 60. Ressalte-se que o art. 225, § 1º, III do RICMS/BA prevê a escrituração do livro Registro de Inventário, cujo arquivo eletrônico deve ser inserido no Bloco H da EFD do mês de fevereiro do exercício seguinte, nos termos dos artigos 247 a 253 do RICMS/BA, que foi o livro de inventário considerado no levantamento fiscal.

Observe ainda, que o defendente juntou à fl. 57, cópia do demonstrativo analítico de entradas que foi elaborado pela fiscalização, apondo a observação: “*Diferença com relação ao Livro de Entrada referente a devolução efetuada*”. Entretanto, não juntou qualquer documento fiscal para provar o alegado.

Pelo exposto, deve ser mantida a exigência com relação à omissão de saída pertinente ao produto questionado, tendo em vista não ter sido comprovado que as quantidades exigidas permaneceram no estoque no livro Registro de Inventário.

No que se refere ao produto com código MP109800010019, na defesa apresentada (fls. 39/40) foi alegado que tinha estoque de 39.947 Kg: “DECLARADO, MAS NÃO CONSTA NA LISTAGEM DO

FISCO”. Constatou que o livro Registro de Inventário juntado pela fiscalização à fl. 20, não consta estoque final desse produto, e no demonstrativo de omissão apurada (fl. 7), não foi exigido ICMS relativo a esse produto, tendo sido indicado “*Reclassific Códigos*”. Portanto, da mesma forma que apreciado anteriormente, o inventário apresentado não consta na EFD, logo não pode ser considerado outro inventário, além de que não foi exigido imposto relativo a esse produto.

Quanto a alegação de que não foram consideradas as “perdas produtivas” o autuante afirmou que não se trata de estabelecimento fabril e sim comercial. Neste contexto, o § 1º da Port. 445/1998 prevê que deve ser considerado nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, percentuais relativos ao somatório do estoque inicial mais as entradas no período, relativo a estabelecimentos que exercem atividades de “*comércio varejista e atacarejo*”. Constatou que conforme cópia do contrato social juntado com a defesa à fl. 46, o estabelecimento autuado exerce atividade de comércio atacadista de resíduos e sucatas metálicas, portanto, não se aplica o disposto na Port. 445/1998.

Além disso, não foi juntado ao processo qualquer documentação fiscal que tenha sido registrada baixa de estoque por qualquer motivo. Portanto, não acolho tal alegação.

Por tudo que foi exposto, verifico que o sujeito passivo não apresentou elementos fáticos capazes de provar suas alegações.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207093.0007/22-2**, lavrado contra **LATASA GARIMPEIRO URBANO NORDESTE COMÉRCIO DE METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 207.400,92**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR