

PROCESSO - A. I. Nº 108529.0004/17-3
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0244-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0120-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS MAIOR QUE A DE ENTRADAS. Constatando-se, diferenças tanto de saídas como de entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso presente a das saídas. Infração subsistente. Não cabe a aplicação dos percentuais de perdas previstos na Portaria nº 445/98. Estabelecimento exclusivamente atacadista. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe. Esse foi lavrado em 21/09/2017 e notificado ao Sujeito Passivo em 03/10/2017 (fls. 02 e 67), para exigir ICMS no montante de R\$ 429.730,51, além de multa (100% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma só infração, para os exercícios de 2015 e 2016.

A acusação foi enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas relativas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. [...] **Enquadramento legal:** Art. 2º, inciso I, Art. 23-B da Lei 7.014/96 C/C art. 83, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; art. 13, inciso I da Portaria 445/98. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96. [...] **Total do débito** (valor histórico): R\$ 429.730,51.

O cerne da lide diz com a higidez do procedimento fiscal, que o Sujeito Passivo aduz contrário à verdade material, tendo buscado provar a incompatibilidade da auditoria de estoques para com os seus registros contábeis (reclassificações internas) via diligência fiscal em primeiro grau de cognição do PAF, porém sem êxito.

Assim, o contraditório desenvolveu-se de modo intenso em primeiro grau de julgamento, com **Defesa** (fls. 71 a 79), aparelhada por documentos e mídia digital (fls. 80 a 145); **Informação Fiscal** (fls. 148 a 151), sustentando a manutenção do lançamento; **Primeira Diligência Fiscal** (à Inspetoria de Origem) - com *Requisição* (fl. 162); *Intimação do Autuado para Apresentação de Documentos - comprovação de reclassificação* (fl. 171); *Manifestação do Autuado* (fls. 172, guarnecida por tabelas de conversão de códigos, telas de sistema interno, e listagens de fl. 173 a 201); *Relatório de “Atendimento à Diligência”* (fls. 167 a 169), manifestando-se pela manutenção da autuação; **Segunda Diligência Fiscal** (à Inspetoria de Origem) - com *Requisição* (fls. 213 a 214), para intimar o contribuinte a comprovar suas alegações e, eventualmente, proceder ao ajuste do lançamento às Portarias nºs 159/19 e 01/20 (alteradoras da Portaria nº 445/98); *Intimação do Autuado* (fl. 218); *Petição de Juntada* (fls. 229, guarnecida de CD de fl. 230); *Informação Fiscal* (fls. 233 a 239), concluindo pela manutenção da autuação; *Manifestações da Autuada* (fls. 243 a 245; fls. 265 a 270);

Informação Fiscal (fls. 275 a 276).

Em 19/11/2022 (fls. 291 a 304) a 4ª JF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada 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 saídas.

Inicialmente constato que as acusações estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo art. 39 do RPAF/BA.

Em relação à perícia requerida, informo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

Também indefiro o pedido de nova diligência, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção acerca da lide, como disposto no art. 147, inc. I, do RPAF/99.

No mérito, o impugnante alegou que no levantamento fiscal ocorreram inconsistências, no que diz respeito a não consideração de diversas reclassificações internas dos códigos dos produtos.

Para comprovar a sua tese defensiva trouxe aos autos, a título de amostragem, lançamentos contábeis extraídos da tela de seu sistema SAP referente a alguns itens, a exemplo do item 158706 (PUDC 50X25X2,65 mm 6M SIMPLES) que, segundo sua informação foi reclassificado para o código nº 171355 (PUDC NÃO CONFORME REDE).

Justifica que essas reclassificações foram efetuadas para atender as exigências de clientes, ou em razão do produto ter perdido a qualidade, o que levou, em algumas situações mais “graves”, inclusive, à sua baixa como sucata, e neste caso foi realizado o devido controle contábil.

Apona o caso do material nº 13250, referente a quantidade de 890,00 Kg que foi baixada como sucata, decorrente da perda de qualidade, justificando a diferença, nessa monta, na sua equação de estoque de 2015.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal mantém integralmente a acusação fiscal asseverando que o contribuinte no decorrer do exercício fiscal decidiu reclassificar diversos itens e como prova do seu procedimento apenas apresentou tela do seu sistema interno e em nenhum momento foram apresentadas notas fiscais, nos arquivos EFD, ou impressas corroborando à sua assertiva. De acordo com o item III do art. 3º da Portaria 445, que regulamenta os procedimentos referentes aos levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias observo que é admissível o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias ou quando a mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação. A delimitação da forma como o levantamento fiscal deverá ser efetuado, dependente da maneira como o contribuinte escritura seus livros e documentos fiscais. No presente caso presente a defendente na apresentação da defesa apresentou telas de seus registros contábeis com o intuito de comprovar as supostas reclassificações.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido, em 31 de outubro de 2019 em diligência à IFEP Comércio para que o autuante intimasse a defendente a comprovar se os itens que foram objeto de reclassificação se referiam aos mesmos produtos inseridos no levantamento quantitativo.

Em se confirmando foi solicitado que fossem efetuados os agrupamentos dos itens que possuíam códigos distintos para os mesmos produtos inseridos no levantamento quantitativo. ‘ Em atendimento à diligência, o autuante informou que apesar do sujeito passivo ter apresentado listagem dos itens correlacionando o código antigo com o reclassificado não apresentou notas fiscais, nos arquivos EFD ou impressas, comprovando as supostas reclassificações, ficando assim impossibilitando de proceder o agrupamento dos itens, como solicitado.

Ocorre que a presente infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias e após a lavratura do Auto de Infração, a Portaria 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização da referida auditoria sofreu alterações através das Portarias nº 159/19 e 001/2020, incluindo os § 1º, 2º e 3º do art. 3º, da Portaria 445/98, cujo trecho atualizado assim dispõe:

“§ 1º Deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período:”

(nossos grifos)

- I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados;
- II - 1,92%, no comércio varejista de perfumaria;
- III - 1,80%, no comércio varejista de artigos esportivos;
- IV - 1,18%, no comércio varejista de moda;
- (...)
- XII - 1,38%, outras atividades de comércio varejista, exceto comércio varejista de combustíveis.

§ 2º Para efeitos da apuração do quantitativo de que trata o § 1º deste artigo, deverá ser adotado o arredondamento nos termos da regra da ABNT/NBR 5891/1977. (Parágrafo acrescentado pela Portaria SEFAZ Nº 1 DE 02/01/2020).

§ 3º Para os efeitos de que trata o § 1º, também deverão ser considerados os estornos de crédito efetuados pelo contribuinte, no período fiscalizado, em decorrência de perda, furto ou extravio. (Parágrafo acrescentado pela Portaria SEFAZ Nº 1 DE 02/01/2020).

Assim é que o processo foi convertido mais uma vez em diligência para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- 1- intimasse o contribuinte a apresentar o Livro Registro de Inventário, a fim de verificar se os itens reclassificados indicados pelo mesmo estavam inventariados;
- 2- Sendo positivo efetuar os agrupamentos dos itens que possuísem códigos distintos para os mesmos produtos inseridos no levantamento quantitativo e aplicasse o percentual de perdas previsto no § 1º, do art. 3º, da Portaria nº 445/98, em relação a cada item de mercadoria que tivesse sido apurado omissão de saídas de mercadorias.

O auditor responsável pela realização da diligência, em virtude da aposentadoria do autuante, no que diz respeito ao item 1 acima, informou que o sujeito passivo foi autorizado pela inspetoria de origem a efetuar a retificação na Escrituração Fiscal Digital-EFD relacionada ao Bloco "H", que se refere ao Livro Registro de Inventário.

Com base nessas informações constatou que dos 18 itens informados pelo autuado, fls. 173 e 178, de fato foram reclassificados, resultando em cinco itens, quais sejam: 159337, 159462, 171355, 196627 e 196639, sendo que todos eles foram inventariados, porém, consta a quantidade de 0,000KG, exceto o item 159337- CFF NÃO CONFORME REDE, que no inventário de 31/12/2014 apresenta a quantidade de 2.886,00 Kg.

Informa também que o item 171355 não consta em nenhum inventário, como não houve qualquer movimentação acobertadas através de notas fiscais, dos cinco itens reclassificados nos exercícios fiscalizados, razão pela qual não efetuou qualquer alteração do levantamento realizado pelo autuante. No que diz respeito à aplicação do percentual de perdas previsto no § 1º, do art. 3º da Portaria nº 445/98, informou que a mesma não pode ser aplicada pois a empresa tem como atividade econômica, o comércio atacadista de matérias de construção em geral, notadamente arames, barras de ferro, vergalhões, colunas de ferro, telas, etc., cujas operações comerciais, nos exercícios auditados, se deram preponderantemente com pessoas jurídicas, ou seja, com emissão de Notas Fiscais eletrônicas (NF-e) Modelo 55, tendo como destinatários, clientes possuidores de CNPJ (cadastro nacional de pessoa jurídica) ou pessoas físicas prestadoras de serviços, a exemplo de serralheiros e pequenos construtores, desobrigados de possuírem inscrição estadual. Também constatou que o estabelecimento não realizou nos exercícios diligenciados, nenhuma operação comercial com pessoas físicas através de emissão Nota Fiscal de Venda a Consumidor NFC-e, modelo 2, destinadas a este fim.

Coaduno com o entendimento do diligente pois noto que apesar de ter sido comprovada a reclassificação dos itens apontados pelo defendente, as movimentações de um item para outro não foram acobertadas por documentos fiscais e sim através de apresentação de cópias de telas do seu sistema interno de contabilidade, não se prestando para comprovar o quanto alegado.

Como dito anteriormente trata-se de auditoria de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, e tem como finalidade a verificação do regular cumprimento das obrigações tributárias do contribuinte, em determinado exercício tomando por base as informações contidas nos estoques inicial e final, registrados nos livros de Inventário e entradas e saídas de mercadorias, acobertadas por documentos fiscais, com o objetivo em apurar a existência de compras (entradas) ou vendas (saídas) não registradas.

Quanto à justificação defensiva de que algumas diferenças apuradas no levantamento quantitativo, a exemplo das apontadas nos materiais 13250 e 234542, foram decorrentes de baixa de estoque (sucata), em razão da perda de qualidade, não pode ser acatada pois as mesmas devem ser comprovadas mediante a apresentação de documentação fiscal emitida para esse fim específico, o que não ocorreu.

No caso presente, além de não ter sido emitido o competente documento fiscal também não foi trazido aos autos comprovação de que foram tomadas as providências determinadas no art. 312, inciso IV do RAICMS/20, cujo teor transcrevo:

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

V - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.”

Também observo que a conversão do processo em diligência a INFAZ de origem para fins de adequação dos levantamentos quantitativos de estoque, aplicando o percentual de perdas previsto no § 1º, do art. 3º da Portaria nº 445/98, se mostrou desnecessária cuja conclusão, muito bem fundamentada pelo auditor responsável pela emissão do Parecer de fls. 233 a 237, concluiu que a aplicação do percentual de perdas previsto na citada portaria, mostrou-se inapropriada, entendimento que acolho, pois comprovadamente, no período autuado o sujeito passivo tinha como atividade nas hipóteses previstas no citado § 1º do art. 3º da mencionada Portaria.

Dessa forma, concordo com as informações apresentadas pelo diligente e concluo pela subsistência do presente lançamento.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% 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, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo, por intermédio de seus advogados, protocolizou suas razões recursais (fls. 314 a 328 - reiteradas às fls. 332 a 346), guarnecidas de mídia CD (fl. 351) contendo os arquivos “Telas materiais - 2016.docx”, “Telas materiais - 2015.docx”, “MOVIMENTAÇÕES FISCAIS 2016.XLSX”, “MOVIMENTAÇÕES FISCAIS 2015.XLSX”, “Inventário PDF - Mês a Mês.zip”, além do arquivo em Microsoft Word do Recurso Voluntário.

Em seu Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo pede a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, expostas em síntese, grande parte delas reiterativas da tese de defesa:

- a) que o autuante deixou de atender à determinação da Junta de Julgamento Fiscal, não atestou a existência dos itens reclassificados no registro de inventário dos exercícios auditados, tendo analisado apenas a documentação que lhe foi disponibilizada via EFD transmitida para o período autuado, e distanciou-se da busca da verdade dos fatos;
- b) que as diferenças detectadas pela Fiscalização podem ser explicadas pela descon sideração da reclassificação dos itens (acarretando diminuição de um “código” no estoque e o aumento de outro, sem operações de saída/entrada);
- c) que, em apego ao formalismo, o acórdão recorrido se distanciou da verdade material referendando um lançamento amparado em presunções, à medida em que deixou de valorar todo o arcabouço probatório apresentado, de boa-fé, por parte da ora Recorrente, asseverando que apenas documentações de natureza fiscal são aptas a comprovar o que foi aduzido em sede de impugnação;
- d) que a manutenção da autuação fiscal por motivação completamente diversa da que restou imputada à Recorrente, à medida em que lhe é exigido ICMS sobre movimentações que não atraem a ocorrência de seu fato gerador, mas sim, eventual penalidade por descumprimento de obrigação acessória, acarretando vício insanável de motivação, torna o lançamento nulo de pleno direito;
- e) exemplifica com operações e impressões de telas de seu sistema informatizado, afirmando que não há que se validar apenas a informação fiscal, sendo que “no processo administrativo tributário impera o princípio da verdade material, que afasta, na presente hipótese, qualquer margem para o uso da presunção, praticada pela Autoridade Fiscal, sobremaneira depois que lhe foram apresentados elementos concretos a elidi-la”;
- f) que bastasse ter a Fiscalização efetuado o cotejo de toda a documentação disponibilizada de boa-fé pela Recorrente, consoante determinado por parte da JJF, para confirmar que a

reclassificação de mercadorias, em nenhum momento questionada, não constitui fato gerador do ICMS;

- g) que, enfim, foi desconsiderado o comércio de atacarejo para fins de ajuste no levantamento quantitativo de estoques, destacando que a Recorrente realizou, ao longo do período autuado, operações comerciais com pessoas físicas;
- h) que, para prova do alegado, demanda a realização de prova pericial, uma vez que *“a autuação, em suma, decorreu da metodologia e análise ‘superficial’ realizada pela auditoria fiscal em relação às operações de saída e entrada realizadas pela Recorrente e registradas em seus Livros Fiscais, no sentido de que a auditoria não se atentou para a complexidade e peculiaridades do sistema produtivo que estava analisando, como para o fato de que algumas mercadorias estavam sujeitas ao procedimento de reclassificação interna de seus códigos fiscais.”*;
- i) que a multa aplicada é ilegítima, ofende à vedação constitucional de imposições com efeito confiscatório (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal), colacionando excertos doutrinários e ementas de acórdãos de tribunais superiores;

Conclui postulando o cancelamento da autuação, com ou sem a realização da prova pericial pleiteada, e, sucessivamente, o cancelamento das penalidades lançadas em desacordo com a garantia constitucional do não-confisco, ou ao menos a sua redução. Também requer que as intimações sejam direcionadas à empresa, nos endereços físico e eletrônico que declina.

Recebidos os autos, estes me foram endereçados em 08/02/2023 e, por considerá-los devidamente instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse sua inclusão em pauta de julgamento.

Para essa finalidade, trago os autos, pois, a esta sessão de 04/04/2023. Oportunidade que se fez presente na sessão de videoconferência, o Dr. Lucas Freitas Gonçalves de Araújo com OAB/MG nº 185.176, onde exerceu o direito de fala.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

Afasto, de plano, o requerimento de perícia fiscal.

O tema a ser decidido diz respeito à aplicação das normas do PAF e da Auditoria de Estoques, e ao exame da escrita contábil e fiscal de especialidade daqueles que a empreenderam (seja na Fiscalização, por um autuante; seja na Primeira Diligência, também pelo Autuante; seja na Segunda Diligência, por um terceiro, ante a aposentação do Autuante).

De resto, o fato a provar (eventuais equívocos, sanáveis, da escrita fiscal, por alguma justificativa não muito claramente trazida pelo Sujeito Passivo, e por meio de elementos contábeis rigorosamente seguros) depende essencialmente de elementos documentais que se encontram na posse do requerente e que poderiam ser juntados pela Recorrente.

Nem mesmo os memoriais que nos foram distribuídos em 03/03/2023, e que efetivamente trazem algum argumento novo (justificativas acerca do ajuste de inventário em relação às especificidades do processo industrial da Recorrente) não me parecem aptos a justificar, salvo melhor juízo, perícia fiscal (tampouco o refazimento da diligência fiscal, ou realização de diligência fiscal complementar).

Portanto, o pleito de perícia fiscal esbarra nos óbices do art. 147, inciso I, alínea “b”, e inciso II, alínea “a” do RPAF/99.

Considerando que a matéria recursal de mérito é reiterativa da defesa, o pleito recursal se baliza pelo exame da lide consoante empreendido pelo primeiro grau de jurisdição administrativa, à luz do conjunto probatório já coligido aos autos, pois não visualizamos fato ou argumento novo.

Adianto-me para afirmar: nada vejo a reprochar o acórdão recorrido.

Examinando os relatórios da diligência empreendidas em primeiro grau, dentre muitas das asserções relevantes ao desate da lide (e muito bem salientadas em primeiro grau), destaco a seguinte passagem: *“Ou seja, não constatamos nenhuma movimentação acobertada pela emissão de Notas Fiscais eletrônicas dos itens de mercadorias resultantes da ‘reclassificação’ informada pelo autuante em sua Manifestação, nos exercícios de 2015 e 2016”*.

Esta asserção não foi combatida pela Recorrente.

Portanto, não procedem as alegações de ter o preposto da Autoridade Fiscal deixado de atender às determinações da JJF, pois a reclassificação não está em questão. O que não se enxerga é o impacto dessa reclassificação para a auditoria.

Não procede afirmar que o órgão julgador agiu com *“apego ao formalismo”*. Tanto assim que duas diligências fiscais foram empreendidas, facultando-se ao Recorrente fazer prova de suas alegações. Os elementos apresentados pelo Recorrente, todavia, não foram hábeis a gerar convencimento em seu favor junto ao órgão de piso, e também não foram a essa relatoria, com a devida licença.

Compulso os dados oferecidos pelo Sujeito Passivo e não encontro neles nada que não haja sido enfrentado em primeiro grau.

Vale dizer, o feito se resolveu por meio da linguagem das provas: cabia à Recorrente afastar a acusação minuciosamente empreendida, pois salvo se a improcedência não resultar do conjunto de provas, sem a contestação do fato admitir-se-á como verídico o relato do lançamento (art. 140 do RPAF/99); o fato controverso (por exemplo, a não ocorrência de qualquer das infrações) deveria advir de prova de que dispõe a Recorrente, sob pena de presunção da veracidade da afirmação (art. 142 do RPAF/99); a mera negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Nesse sentido, não há que se falar em abuso de presunções legais, no caso em tela.

Este Conselho conhece meu entendimento sobre a técnica de aferição indireta do levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado e por espécie de mercadoria, que usualmente se denomina de “Auditoria de Estoques”.

O que se nota é que usualmente há equívocos de escrituração fiscal e contábil que acarretam a má percepção de que mercadorias estão faltando (ou sobrando) no estoque. É o que alega a Recorrente. Afinal, o fato gerador do imposto é a realização de operação relativa à circulação de mercadoria, e não a manutenção de escrita contábil em que o estoque esteja compatível com as operações de entrada e de saída.

Repita-se: a auditoria de estoques apenas constata se a escrita está compatível, se é adequada e confiável. Havendo dúvidas, mas observado o contraditório e a ampla defesa, a legislação presume que operações (de entrada ou de saída) foram omitidas, e presume que o valor das operações é equivalente ao valor (estimado) das mercadorias ausentes, fazendo incidir o ICMS.

Ora, “omissão de saída” não é hipótese de incidência tributária do ICMS. Tanto assim que o legislador complementar nacional não a prescreve dentre as hipóteses do art. 2º da Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996; nem o legislador ordinário estadual a contempla dentre as hipóteses dos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.014, de 04/12/1996. Sua previsão está muito tecnicamente posta no art. 4º da Lei nº 7.014, de 04/12/1996, que contempla o momento de ocorrência do fato gerador: a saída da mercadoria.

É usual visualizarmos em tais auditorias uma cadeia desconcertante de presunções, que se justificam quando se está diante de um fato que evidencie mais a prática de vender sem o regular registro, escapando à tributação, do que para punir aquele que não contabiliza suas operações de modo perfeito.

Há, entretanto, uma justa preocupação do Fisco com uma correta e fidedigna escrita contábil e fiscal. Em um universo ideal, a escrita de que decorra mínima ou nenhuma divergência deve ser havida por confiável, e deve-se afastar a apuração do ICMS de modo indireto. Esta preocupação sobressai quando se está diante de um contribuinte que, a despeito de gozar de boa fama e reputação, com efeito tem sido colhido em divergências semelhantes em outros processos administrativos fiscais.

Todavia, vê-se que não é esse o caminho adotado pelos Fiscos. Às vezes a aferição indireta se torna o mecanismo corriqueiro, e tanto a Administração Tributária quanto os Contribuintes se veem em uma autêntica “gincana”, para provar quem errou mais (se o Contribuinte, nos seus parâmetros contábeis e fiscais, ou se o Fisco, na sua auditoria).

Nos presentes autos, insisto, noto que o Sujeito Passivo não se desincumbiu satisfatoriamente do seu ônus argumentativo e probatório, não se lhe aproveitando a adução genérica de que a omissão de saída resultou da reclassificação de operações, mercadorias ou insumos, pois seu efeito à auditoria não restou caracterizado. Afinal, a auditoria se realizou a partir dos elementos colhidos da escrita fiscal do Sujeito Passivo. Nela não vejo uma análise imprecisa, nem vejo de modo robusto a demonstração dessa imprecisão, por parte do Sujeito Passivo.

Nesse sentido, não vejo a alegada variação na motivação dos motivos do lançamento. O sujeito passivo foi objeto de Auditoria de Estoques, constatando-se mutação de seu inventário que, a despeito de suas justificativas, não acarretaram demonstração a infirmar a “omissão de saída” constatada.

A busca pela verdade material é, sem dúvida, um princípio insculpido nos umbrais deste Conselho (vide art. 2º do RPAF/99). Este há de conviver com o princípio da colaboração (as partes devem prover ao órgão julgador meios para a solução da lide), bem assim com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal), dentre outros. Não se pode, à guisa dar aplicabilidade à busca da verdade material, insistir em diligências inócuas, inoportunas e já oportunamente franqueadas ao interessado, sob pena de estender de modo desarrazoado a duração do processo.

Nesse passo, rejeito a pretensão de utilização da margem de tolerância a perda, roubo ou extravio (art. 3º, § 1º do RPAF/99, com a redação posterior à edição das Portarias nºs 159/19 e 01/20) imputada a “comércio de atacarejo” (inciso VII), pois não é a simples existência de algumas vendas a pessoas físicas que o caracteriza.

Em relação às penalidades aplicadas, constato que todas são compatíveis com os excertos legais (art. 42, inciso II, alínea “d”, e inciso III da Lei nº 7.014/96) que embasaram a imputação, seja pela conduta empreendida, seja pela multa aplicada.

Reconheço, ademais, os limites da competência do Conselho para apreciar matéria emanada de autoridade superior, ou para apreciar questão sob apreciação ou já decidida pelo Poder Judiciário (art. 125 do COTEB). Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir tal competência ao CONSEF.

Por fim, em que pese o requerimento expressamente formulado para que as intimações sejam direcionadas à empresa, nos endereços físico e eletrônico que declina, entendo que a mesma não pode ser deferida pelo Conselho. É comum se acatar, mesmo de ofício, o requerimento de intimação adicional a advogados habilitados no PAF e subscritores das peças recursais, em homenagem ao que dispõe o art. 77, inciso V, Código de Processo Civil. Todavia, as intimações devem regularmente ser direcionadas, e não podem deixar de sê-lo, aos endereços cadastrados no CAD-ICMS, em conformidade com o disposto nos arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE.

À Secretaria do CONSEF, para que providencie a juntada dos memoriais colecionados pela

Recorrente.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVIDO** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108529.0004/17-3**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 429.730,51**, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS