

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0018/18-0
RECORRENTE - N CLAUDINO & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0028-04/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/07/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0175-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. Após análise em diligência, considera-se que a Recorrente tem como atividade principal o Comércio varejista de móveis e pelo fato de que a Portaria nº 445/98, aplicada no levantamento quantitativo de estoques, sofreu nova alteração no dia 03/01/2020, através da Portaria nº 001/2020, que alterou a redação do § 1º, do art. 3º do diploma normativo citado, passando, a redação atual, a prever que 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 do percentual de 0,46%, sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período. Infração 01 subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida; **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS (PRESUNÇÃO DE OMISSÃO ANTERIOR DE SAÍDAS). A Lei nº 7.014/96, em seu Art. 4º, § 4º, IV, autoriza a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Infração 02 subsistente; **c)** OMISSÃO DE ENTRADAS (MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, por aquisição de mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Infração 03 subsistente; **d)** OMISSÃO DE ENTRADAS (MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA). ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infração 04 subsistente. Discussão sobre suposta exorbitância da multa aplicada foge à competência das instâncias administrativas de julgamento. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 10/12/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$59.197,77 (cinquenta e nove mil, cento e noventa e sete reais e setenta e sete centavos), em decorrência das seguintes imputações:

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 efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Fatos geradores ocorridos no mês de dezembro de 2015. **Valor histórico** de R\$ 20.867,47. **Multa** de 100% prevista no Art. 42, III

da Lei 7.014/96.

Infração 02 - 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS constatado 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 entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Fatos geradores ocorridos nos meses de dezembro de 2014 e 2016. **Valor histórico** de R\$ 23.009,18. **Multa** de 100% prevista no Art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 03 - 04.05.08: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Fatos geradores ocorridos nos meses de dezembro de 2014; 2015 e 2016. **Valor histórico** de R\$ 13.148,70. **Multa** de 100% prevista no Art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 04 - 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 parcel do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Fatos geradores ocorridos nos meses de dezembro de 2014; 2015 e 2016. **Valor histórico** de R\$ 2.172,42. **Multa** de 60% prevista no Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$ 59.197,77 (cinquenta e nove mil, cento e noventa e sete reais e setenta e sete centavos), e é composto de 04 (quatro) Infrações, detalhadamente expostas no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)”

Na peça impugnatória, a autuada alega inicialmente que “... o Auto de Infração incorreu em erro que o torna

nulo” e na mesma peça conclui afirmando que “... o auto de infração está eivado de vícios, devendo ser invalidado em todos os seus termos”. Contudo, em momento algum, aponta quais seriam os erros e/ou vícios mencionados. Não acolho, portanto, a nulidade suscitada.

Vale salientar, inclusive, que a suposta falta de assinatura do sujeito passivo, seu representante legal ou preposto, na Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, que supriria a ausência do Termo de Início de Fiscalização (art. 28, II do RPAF/BA), apontada pela 6ª JJF, em sessão de 30/08/2019, não restou confirmada, visto que se constatou a existência de assinatura de preposto da autuada, no canto inferior direito do documento de fls. 05, conforme houvera informado o autuante em sede de resposta (fls. 1100v) à diligência determinada por aquela JJF.

Na sequência, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao mérito da autuação, verifico que os argumentos trazidos pela defendente se resumem a afirmações feitas, sem o respaldo de elementos probatórios, tais como: (i) os valores encontrados são insignificantes e irrelevantes diante da movimentação realizada pela Autuada no período; (ii) as diferenças irrisórias encontradas são provenientes de meros erros na operacionalização do estoque; (iii) o Auditor Fiscal não apurou corretamente os estoques por espécies de mercadorias, vez que deveria considerar, além do código, o tipo de produto, agrupando toda a movimentação dos estoques; e (iv) o Fiscal deixou de cotejar os registros de entradas com vários registros de saídas referentes ao mesmo grupo de produto. Em suma, o fato constatado é que não há no PAF nenhum documento ou elemento probatório capaz de elidir as imputações fiscais que deram origem ao Lançamento de Ofício em lide.

Julgo, portanto, que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS, apurado nos levantamentos fiscais consubstanciados nos documentos de fls. 06 a 1064, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente às Infrações 01 a 04, descritas nas fls. 01 e 02 deste PAF, em especial pelo fato daquele não ter trazido aos autos quaisquer documentos e/ou elementos probatórios, capazes de obliterar as imputações fiscais descritas na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, § 5º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)”

Destarte, como nenhuma prova documental foi apresentada na peça de defesa interposta, considero que houve apenas a negativa do cometimento das infrações, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

(...)

In fine, concluo que o levantamento quantitativo de estoque, que se apresenta analiticamente demonstrado nos autos, apurou omissões de saídas e de entradas de mercadorias, as quais propiciam a substância necessária para legitimar as Infrações 01 a 04 descritas no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como totalmente subsistentes.

No que concerne à alegação do sujeito passivo, de que as multas aplicadas no Auto de Infração “são

exponenciais e significam enriquecimento ilícito do Estado”, cabe registrar, que estas estão previstas em lei (Lei nº 7.014/96), e que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo de ações próprias:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

(...)”

Destaco ainda, que as multas por descumprimento de obrigação principal previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei 7.014/96, respectivamente nos percentuais de 60% e 100% do valor do imposto não recolhido, estão sujeitas às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da mesma Lei, desde que o Contribuinte efetue o recolhimento ou pague o débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso, às fls. 1119/1124, para reapreciação da decisão de piso, alegando o que segue.

Inicialmente informa a tempestividade do recurso, requerendo o efeito suspensivo do art. 169, I, ‘b’ do RPAF.

No mérito, informa que a empresa comercializa moveis e eletrodomésticos na região de Irecê/BA, onde colabora, há décadas, com a geração de emprego e renda.

Entende que o Auto de Infração não tem esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Aduz que as diferenças irrisórias encontradas são provenientes de meros erros na operacionalização do estoque, a exemplo da entrega da mercadoria errada ao cliente, pequenos furtos, troca de produtos viciados, dentre outros, erros que a recorrente sempre buscou reduzi-los ao máximo, como restará demonstrado nos percentuais demonstrados.

Reitera que devem ser considerados no caso em apreço a insignificância dos valores encontrados, o que demonstra que não houve omissão de entrada ou saída de mercadorias.

Consigna, ainda, que não foi devidamente apurado os estoques por espécie de mercadorias, uma vez que no montante das movimentações do contribuinte, o mesmo deveria considerar, além do código, o tipo de produto, agrupando toda a movimentação dos estoques.

Assim, aponta que o fiscal deixou de cotejar os registros de entradas com vários registros de saídas referentes ao mesmo grupo de produto, razão pela qual o Auto de Infração está viciado de vícios, devendo ser invalidado em todos os seus termos.

Por fim, requer o provimento do recurso.

O advogado do contribuinte apresenta manifestação, fls. 1152/56, que ressalta que a certidão que atestou a ocorrência de preempção traz em sua essência um grande equívoco, o qual deverá ser sanado, para que a Requerente não seja ainda mais prejudicada. Disse que quando da intimação inicial expedida, ao final, a mesma informa que o protocolo do recurso deveria ocorrer no SAC ou no CONSEF, mediante apresentação de papel e disco rígido.

Explica que chegando lá, a pessoa designada para realização do protocolo, se deparou com um aviso enorme dizendo “que em razão da pandemia os atendimentos presenciais no SAC-Irecê estão suspensos”. Assim, diante dessa informação o representante da N. Claudino esteve na sede da SEFAZ-Irecê para obter novas informações acerca do protocolo, haja vista que a intimação dizia apenas que o protocolo era no SAC-Irecê. Nesta oportunidade, o Sr. Gisélcio, servidor da SEFAZ-Irecê, informou ao representante da Requerente que o protocolo deveria ser feito por meio

de processo eletrônico. Portanto, ciente do novo procedimento o representante se deslocou para seu escritório, com fito de proceder a juntada, conforme orientação passada pelo Sr. Gisélcio. Mas, para surpresa do representante do Requerente o procedimento indicado pelo Sr. Gisélcio não estava disponível, pois até o presente momento só havia ocorrido desencontro nas informações prestadas pelo do SEFAZ-Irecê o representante da Requerida conseguiu, por meio de celular, fazer contato com a Sra. Manuela, a qual orientou fazer o protocolo por meio de e-mail, bem como por correios. Assim, o mesmo optou por fazer o protocolo por e-mail e no outro dia fazer o protocolo nos correios.

Registra que a diferença entre o protocolo por e-mail, e o envio pelos correios, é menor que 24 horas. Assim, ciente que todo o desencontro se iniciou com as informações equivocadas da intimação enviada ao Requerente, o mesmo pugna para que seja reconhecida a tempestividade do recurso protocolado em 24/05/2021

Este colegiado de segundo grau, converteu os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM, tendo em vista *“o CNAE principal da empresa é o 47.54-7-01 - Comércio varejista de móveis e, considerando o fato de que a Portaria 445/98 (levantamento quantitativo de estoques) sofreu nova alteração, no dia 03/01/2020, através da Portaria 001/2020, a qual alterou a redação do § 1º do art. 3º do diploma normativo citado, passando, a redação atual, a prever que **deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio**, (inciso XI “0,46%, no comércio varejista de eletrodomésticos e móveis); para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos percentuais lá indicados, sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período, deliberou por converter o presente feito em diligência, à INFAZ IRECÊ, com vistas a que a Autuante refaça o demonstrativo de débito, reduzindo as diferenças encontradas, nos montantes equivalentes aos percentuais indicados na Portaria nº 445/98, § 1º, sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período, relativamente a cada espécie de mercadoria inventariada”*.

Na informação fiscal, fl. 1163-64, o autuante concluiu a solicitação da diligência informando que elaborou novo demonstrativo com as deduções solicitadas, referente as perdas previstas na Portaria nº 445/98 para a atividade do contribuinte, sendo reduzidas nas entradas e estoque inicial. Informou que o valor da infração 1 passo de R\$20.867,47 para R\$19.112,19, conforme se demonstra às fls. 1165/67.

Intimado o contribuinte, veio aos autos através de manifestação, fl. 1174, no qual reiterou as razões do recurso apresentado.

Em nova informação fiscal fl. 1178, o autuante também reitera as informações dadas e encaminha os autos para julgamento.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de 04 (quatro) infrações, já devidamente explicitadas no relatório acima.

O pedido do reconhecimento da tempestividade do Recurso Voluntário foi acatado por este Conselho, e o processo foi enviado para julgamento.

Observa-se no Recurso Voluntário apresentado que o recorrente tão somente repisa os termos da defesa inicial, não tendo apresentado nenhum elemento fático capaz de modificar a autuação.

Os argumentos trazidos dizem respeito as alegações genéricas e sem qualquer fundamentação fática ou legal, tendo o recorrente apontado como defesa as diferenças irrisórias encontradas pelo autuante, as quais refletem meros erros na operacionalização do estoque, bem como a falta de apuração por espécies de mercadorias, vez que deveria considerar, além do código, o tipo de produto, agrupando toda a movimentação dos estoques. Ademais, afirma que o Fiscal deixou de cotejar os registros de entradas com vários registros de saídas referentes ao mesmo grupo de produto.

Conforme dispõe o próprio RPAF/99, além da simples negativa não desonera o sujeito passivo do cometimento da infração, a recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (arts. 140 e 143, respectivamente), ora transcrito:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

...
Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Assim, não tendo a recorrente trazido nenhum documento contábil capaz de elidir ou provocar a reanálise das infrações que lhe foram imputadas, entendo pela manutenção, ainda que em parte, do Auto de Infração.

Entretanto, considerando que a Recorrente tem como atividade principal o Comércio varejista de móveis e, considerando o fato de que a Portaria nº 445/98, aplicada no levantamento quantitativo de estoques, sofreu nova alteração no dia 03/01/2020, através da Portaria nº 001/2020, que alterou a redação do § 1º, do art. 3º do diploma normativo citado, passando, a redação atual, a prever que 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 do percentual de 0,46%, sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período. O PAF foi remetido em diligência para que o autuante aplicasse a citada regra tão somente na infração 01, o que de fato foi feito conforme informação fiscal às fls. 1163/1164, o qual reduziu a **infração 01 de R\$20.867,47 para R\$19.112,19.**

Ademais, em relação a alegação de multas exponenciais, este órgão julgador não tem competência para reduzir/cancelar as multas, sejam elas de natureza principal ou acessória.

Ressalte-se que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a”, do inciso V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Deste modo, diante do quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269198.0018/18-0**, lavrado contra **N CLAUDINO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$57.442,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.172,42 e 100% sobre R\$55.270,07, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS