

A. I. N° - 269511.0004/23-5
AUTUADO - ESQUINA ADOLFO VIANA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.
AUTUANTE - LUIZ ANTÔNIO MENESES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/03/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ARDÃO JJF N° 0037-02/24-VD

MENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A impugnação se limita a arguir nulidade do lançamento por: a) vícios insanáveis, ainda que sem objetivamente identifica-los; b) inconstitucionalidade/ilegalidade da multa e acréscimos moratórios. Nulidade afastada, pois: a) constatada regularidade do lançamento; b) incompetência do foro administrativo para apreciar inconstitucionalidade/ilegalidade de norma legal vigente; c) além de ter sido previamente intimado para, se fosse o caso, ajustar a EFD, o sujeito passivo recebeu arquivos do levantamento quantitativo com dados suficientes para exercer seu pleno direito de defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração em tela foi expedido em 31/03/2023 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 515.078,99, mais multa de 100%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 004.005.002 – 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme anexo III. **Período:** Exercício de 2022. **Enquadramento legal:** Art. 2º, inciso I; art. 23-B da Lei nº 7.014/96 c/c art. 83, inciso I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inciso I da Portaria nº 445/98. **Multa** de 100%: Artigo 42, III da Lei nº 7.014/96. **Valor lançado:** R\$ 515.078,99.

O autuado ingressou com **Impugnação** ao lançamento, fls. 10 a 23. Após breve relato dos fatos, pontua a defesa:

DOS VÍCIOS INSANÁVEIS EXISTENTES NOS LANÇAMENTOS

Citando os arts. 1º, II, 2º, I, 5º, II, XXXIV, “a” e “b”, LIV, art. 37, da CF/88, reproduzindo o art. 142, do CTN, bem como excertos de doutrina a respeito, diz que a Autoridade Administrativa que realizou o lançamento não demonstrou os motivos da exigência fiscal, de modo que, embora longa, diz que a exposição defensiva basta para consubstanciar o “desrespeito a regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributário, **devendo os mesmos serem anulados em sua integralidade**”.

DAS MULTAS APLICADAS – CARÁTER CONFISCATÓRIO

Também reproduzindo excerto de doutrina a respeito e ementa do AI-AgR 482281, de 30/06/2009, do STF, afirma que as multas aplicadas ao caso possuem caráter confiscatório, cabendo ao julgador reduzi-la.

Requer sejam anuladas.

DO LIMITE MÁXIMO FIXADO POR NORMA FEDERAL (TAXA SELIC) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Após reproduzir a ementa e comentar a decisão do STF no RE 183.907-4/SP, bem como em relação à ADI 442/SP, diz que a disciplina contida no art. 13 da Lei Federal 9.065/95, substituiu os juros de mora incidentes sobre tributos federais por juros equivalentes à taxa SELIC instituída pela Resolução 1.124 do Conselho Monetário Nacional e que nos últimos anos, essa taxa tem sido inferior a 1% a.m., de modo que a taxa de juros fixada pela Resolução SF 98/2010 seria inconstitucional, pois extrapola o valor da taxa SELIC, ao alcançar patamares mensais superiores a 3% a.m.

DA PRESENÇÃO DO FISCO DA OMISSÃO DE ENTRADA

Diz que o Auto de Infração foi baseado na presunção de diferenças tanto de entrada como saídas, mas não foi demonstrado o status das notas fiscais (autorizadas, canceladas, denegadas, etc.), deixando dúvida se de fato constam apenas notas fiscais autorizadas ou não

Fala que outro ponto, é que não resta claro como o valor da base de cálculo omissa e o valor do ICMS não recolhido foi composto, pois, na composição aponta valores de itens que tiveram entrada de nota fiscal, entretanto que não foi considerada para abatimento do ICMS a pagar, conforme exemplifica com recorte da planilha suporte, Coditem 000021, quando diz perceber neste item, entrada de 80 unidades do produto, entretanto foi considerado para a base de cálculo e valor do suposto imposto não pago, 79 unidades, sob valor total de R\$ 87.31.

Concluindo, requer que o AI seja declarado nulo por ofensa ao art. 142 do CTN e, também, em face das falhas na avaliação da “suposta” omissão no recolhimento do ICMS, seja pelo desprezo do crédito do imposto relativos às compras realizadas e/ou pela não comprovação do *status* de cada nota fiscal.

Contudo, caso a autuação subsista, requer o reconhecimento de que as multas são nulas.

O autuante presta **Informação Fiscal** às fls. 29 a 32. Após reproduzir as infrações, resume as razões de defesa e passa a contestá-las:

Diz que a arguição de nulidade não prospera, pois não se identifica “vícios insanáveis”. A infração está caracterizada com o correto enquadramento legal (inclusive com relação à multa), bem como provada com os demonstrativos suportes e demais peças do levantamento fiscal com planilhas Excel, com base nos arquivos EFD que acompanham o AI. Aduz que as matérias de inconstitucionalidade arguidas não podem ser apreciadas pelo CONSEF.

Seguindo, informa não se tratar de presunção legal, mas de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, conforme art. 13, I, da Port. <<

Reproduzindo o art. 23-B, I, da Lei 7.014/96, diz que o Impugnante levanta dúvida quanto ao status das notas fiscais que compõem o levantamento, mas não aponta qualquer documento cuja emissão não foi “autorizada”.

Informa que o levantamento fiscal tem base nos livros e documentos fiscais do contribuinte, consoante o demonstrativo suporte ‘LEV ESTOQUE_2022’ contido na mídia DVD de fl. 04.

Registra que o item exemplificado na Impugnação (CodItem 000021, DescItem BALA ZAZA SORTIDA 600G PECCIN, tinha como estoque inicial 0 (zero) unidade. Entraram 80 unidades e não há registro de saídas na EFD. Logo, o item deveria conter 80 unidades no estoque final, mas consta registrado apenas 1 (uma) unidade, de modo que a saída de 79 unidades foi omitida, cujo

custo médio foi determinado com base no custo médio das entradas do último mês de aquisição, acrescido da MVA, conforme excerto do demonstrativo suporte que cola à Informação Fiscal.

Diz que todas as informações constam do demonstrativo suporte contido no DVD de fl. 04, de modo que mantendo a exação, pede a procedência do AI.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, contendo 01 (uma) infração, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$515.078,99.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 07, bem como do que se percebe na peça defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como a disposição do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF-BA; c) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato que no estado em que se encontra, não há vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Observo que no curso da ação fiscal e antes da lavratura do Auto, o contribuinte autuado foi informado acerca das irregularidades apuradas no procedimento fiscal, tendo oportunidade para conferindo os resultados, se fosse o caso, ajustar sua escrituração fiscal mediante comprovação de eventuais equívocos nos dados que nela registrou (doc. contido no DVD, fl. 04).

Os demonstrativos/planilhas e documentos suportes identificam: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlor. item, BC ICMS, alíquota e, quantidades omitidas, alíquota e vlr. do ICMS legal, valor do ICMS objeto da autuação.

O Impugnante argui nulidade do crédito tributário por: **a)** existência de “vícios insanáveis” no

lançamento fiscal, ainda que sem objetivamente aponta-los/identifica-los; **b)** inconstitucionalidade da multa por ter caráter de confisco e ilegalidade dos acréscimos moratórios fixada pela Resolução SF 98/2010, por extrapolar à taxa SELIC.

As argumentações de nulidade não prosperam, pelas seguintes razões:

Primus, porque a multa e os acréscimos moratórios questionados são os legalmente previstos para sancionar o cometimento da infração detectada.

Secundus, porque no direito brasileiro, questão de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma vigente não pode ser apreciada em foro administrativo. Portanto, não se incluem na competência deste órgão julgador (RPAF: Art. 167, I e III).

Tertius, porque os arquivos magnéticos entregues ao sujeito passivo possuem todos os elementos necessários e indispensáveis ao pleno exercício do seu direito de defesa na forma indicada no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF.

Omissões apuradas por levantamento quantitativo de estoque

O método de auditoria Levantamento Quantitativo de Estoques de Mercadorias regulamentado pela Portaria 445/98, constitui-se em pura e simples equação matemática (***Estoque Final = Estoque Inicial + Entradas – Saídas***), considerando itens de mesma grandeza, cujos registros e eventuais câmbios internos na identificação dos itens são estrita e previamente normatizados em específica legislação, devendo constar na Escrituração Fiscal Digital – EFD transmitida e recepcionadas pelo Fisco sem inconsistência. A auditoria serve para verificar se o estoque final legalmente inventariado corresponde ao decorrente da real movimentação empresarial do contribuinte. No roteiro e método de auditoria aplicado, quando corretamente parametrizado pela autoridade fiscal, se a realidade encontrada do estoque final não estiver condizente com o estoque inventariado, tem-se omissão de saídas de mercadorias.

Tratando-se de auditoria para a qual se usou os dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, que o contribuinte regularmente passou ao Fisco atendendo a legislação a respeito, também com meus pertinentes destaques, cabe aqui expor a disciplina aplicável a este caso:

RICMS-BA

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

...

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

...

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único. O contribuinte obrigado ao uso da EFD deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.

Art. 249. O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09, além das Especificações Técnicas do Leiaute do Arquivo Digital e do Guia Prático da EFD-ICMS/IPI, previstos no Ato COTEPE/ICMS nº 44/19.

§ 1º Todos os registros são obrigatórios e devem ser apresentados sempre que existir a informação, exceto os registros B020, B025, B030, B035, B350, B420, B440, B460, B470, B500, B510, C116, C130, C177, C180, C185, C191, C197, C330, C350, C370, C380, C390, C410, C430, C460, C465, C470, C480, C591, C595, C597, C800, C810, C815, C850, C860, C870, C880, C890, D161, D197, D360, H030, 1250, 1255, 1700, 1710, 1900, 1910, 1920, 1921, 1922, 1923, 1925, 1926, 1960, 1970, 1975 e 1980.

§ 2º A EFD deve ser informada mesmo que no período não tenha ocorrido movimentação no estabelecimento.

Art. 250. **O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).**

§ 1º **O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).**

§ 2º **O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.**

Art. 251. **A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.**

§ 1º **A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.**

§ 2º **Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.**

AJUSTE SINIEF 02/2009

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.

§ 1º **A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.**

§ 2º **A geração e envio do arquivo digital para retificação da EFD deverá observar o disposto nas cláusulas oitava a décima primeira deste ajuste, com indicação da finalidade do arquivo.**

§ 3º **Não será permitido o envio de arquivo digital complementar.**

§ 4º **O disposto nos incisos II e III desta cláusula não se aplica quando a apresentação do arquivo de retificação for decorrente de notificação do fisco.**

§ 5º **A autorização para a retificação da EFD não implicará o reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem a homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.**

§ 6º **O disposto no inciso II do caput não caracteriza dilação do prazo de entrega de que trata a cláusula décima segunda.**

§ 7º **Não produzirá efeitos a retificação de EFD:**

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

...

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

§ 8º **No interesse da administração tributária e conforme dispuser a legislação da unidade federada, a retificação da EFD nas situações de que tratam os incisos I e II do § 7º poderá produzir efeitos.**

PORTARIA 445/98:

Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar par a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de “x” quilos, caixas com “x” unidades, metros, litros, etc.;

III - nos casos em que a similaridade das descrições de mercadorias indique tratar-se de um mesmo produto ou quando ocorrer pequenas variações entre itens, como cor e tamanho, pode-se fazer o agrupamento como sendo um só item.

§ 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:

...

X - 0,62%, no comércio varejista de lojas de departamento;

...

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas com a multa correspondente, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas.

Observa-se que, por se constituir em pura e simples equação matemática considerando itens de mesma grandeza, cujos registros e eventuais câmbios internos na identificação dos itens são estrita e previamente normatizados em específica legislação, no roteiro e método de auditoria aplicado, se a realidade encontrada do estoque final não estiver condizente com o estoque inventariado, como nesse caso, tem-se, sem se deixar lugar a dúvida, omissão de saídas de mercadorias.

Ademais disso, com os destaques que também faço na reprodução dos dispositivos legais, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF assim disciplina o exercício do direito à impugnação ao auto de infração:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

...

§ 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.

Ora, como visto no relatório acima, registro, mais uma vez, que antes da lavratura do AI o contribuinte autuado teve oportunidade para ajustar a EFD, avaliar e conferir o resultado da auditoria fiscal e que ainda que possuindo os elementos suficientes, necessários e indispensáveis para o pleno exercício do direito de defesa na forma prevista no art. 123 do RPAF, o Impugnante

apenas se defendeu com os argumentos já apreciados e superados. Tenho, pois, que é de incidir sobre o caso as normas contidas nos artigos 140, 142 e 143 do RPAF:

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. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

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

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.0004/23-5**, lavrado contra **ESQUINA ADOLFO VIANA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$515.078,99**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, inciso III, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR