

PROCESSO - A. I. N° 206936.0006/07-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO DO PAPEL LTDA.
RECORRIDOS - ATACADÃO DO PAPEL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0104-02/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 01.04.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0099-13/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Foi acolhida parte das arguições do autuado. Refeitos os cálculos, reduzido o valor exigido. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. O resultado dos ajustes efetuados no levantamento de estoque resultou em omissões de saídas maiores do que as entradas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, as omissões de saídas. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$286.221,17, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. *Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 106.747,99, relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Multa de 70%;*
2. *Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 179.473,18, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2006. Multa de 70%.*

Em primeira instância, os julgadores da 2ª JFJ concluíram pela Procedência Parcial em razão do seguinte:

Verifico, inicialmente, que após as diligências solicitadas por essa 2ª JFJ para que o autuante verificasse cada nota fiscal, relacionada pelo impugnante, às fls. 128 a 130 e 174 a 178, a pertinência das razões trazidas pelo autuante, indicando os motivos do acolhimento ou não acolhimento. Ficou evidenciado que o cancelamento de notas fiscais, notas estas, anexadas ao processo pelo contribuinte - de nº 1887 (fls. 233, 234, 235, 1886 (fls. 236, 1888 (fls. 238, 239, 240 e 241) encontram-se com o código CFOP 5949 “Outras Saídas”, tendo por destinatário o próprio contribuinte com outro endereço. Reconhecidamente pelo autuante as notas fiscais foram emitidas erroneamente motivadas por uma alteração de endereço que ainda não ocorrera e por este motivo foram canceladas. Entretanto, apesar dos cancelamentos terem sido informados ao sistema SINTEGRA, considerando as provas apresentadas, com a concordância do autuante, foram excluídos do levantamento fiscal

as mercadorias constantes das respectivas notas fiscais, assim como, foram consideradas as transferências fls. 245/24.

Quanto às notas de devolução, as mesmas não foram aceitas, haja vista estarem canceladas e se assim permaneceram, não há devolução a ser feita.

Diante de novos questionamentos do autuado, o autuante, corretamente, esclareceu que em relação ao exercício de 2005, ocorre que todas as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte foram aceitas, conforme consta às fls. 162/173 e 252/253. As notas fiscais que não foram consideradas, deu-se unicamente, por absoluta falta de provas, vez que foram simplesmente citadas às fls. 128/130; 162/178, não sendo anexadas ao processo, não havendo comprovações da existência das mesmas.

Quanto ao exercício de 2006, ao contrário do que afirma o autuado, as provas apresentadas relativas às notas fiscais 1886 (fls. 236), 1887 (fls. 233/235) e 1888 (fls. 238/241) foram aceitas, não houve recusa, não podem entrar nos cálculos da auditoria de estoque para que não se estabeleça distorções. Essas notas não foram informadas ao SINTEGRA quando das suas emissões, bem como, quando dos seus respectivos cancelamentos. Elas não foram consideradas no levantamento fiscal que gerou este Auto de Infração e no caso de se efetuar cancelamentos das mercadorias correspondentes, fatalmente se estaria promovendo cálculos distorcidos em prejuízos ao contribuinte.

Em relação às notas fiscais de entrada de números 075.639 (fls. 308) e 075333 (fls. 309) conforme determinação da 2ª. JF às fls. 317, foram incluídas, em relação ao exercício de 2005.

Consigno que realmente, conforme o autuante, a cópia xerocada de uma nota fiscal à fl. 349, é pouco legível, que com dificuldade se observa ser uma nota fiscal de entrada desprovida de base de cálculo, do valor do ICMS e das descrições das mercadorias. Trata-se de uma nota fiscal inidônea, conforme §4º do art. 202 do RICMS/BA e art. 209, IV. Razão pela qual não foi acolhida no levantamento.

Quanto à nota fiscal número 29663 de 31/10/05, não se encontra no universo dos autos, ou seja, não existe, haja vista, não localizada pelo autuado.

Não há o que invalidar a apuração do exercício de 2006, pois o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, tanto apurou uma Omissão de Entrada no valor de R\$1.055.724,56 (fls. 87), como também , uma Omissão de Saída no valor de R\$62.348,40 (fls. 87), incluindo aí o PAPEL CHAMEX MULTI 500F 75G. A falta de recolhimento do ICMS pela apuração das diferenças. No caso das diferenças das Entradas com uma base de cálculo de R\$1.055.724,56, gerou um ICMS de R\$179.473,18 (fls. 90); nas diferenças de Saídas de mercadorias com uma base de cálculo de R\$62.348,40 gerou um ICMS no valor de R\$10.599,23 (fls. 91); sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, no caso, a das operações de entrada.

Uma vez que o autuado apresentou nos autos notas fiscais, que, não haviam sido registradas e lançadas, e, por determinação da DILIGÊNCIA da 2ª JF (fls. 283) para que as mesmas fossem aceitas, um novo levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias foi realizado (fls. 289/ 299). O resultado deste novo levantamento apresentou uma Omissão de Entrada no valor de R\$44.339,46 (fls. 298) e uma Omissão de Saída no valor de R\$62.431,20 (fls. 298), prevalecendo assim, o de maior valor, o da Saída. A Omissão de Saída no valor de R\$62.431,20 , gerou um ICMS reclamado de R\$10.613,20.

A Omissão de Saída foi apurada desde o início da ação fiscal e já constava do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, parte integrante do Auto de Infração em apreço, conforme determina a Portaria 445/98 sendo descabida a arguição de que a referida ocorrência, não havia sido listada inicialmente no fulcro da cobrança.

Assim, fica mantido o valor ajustado pelo autuante, considerado as notas fiscais acolhidas, no valor conforme consta especificado pelo autuante às fls. 320, demonstrado à fls. 341 a 342 dos autos, como segue:

QUANTO AO EXERCÍCIO 2005: 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.

Restou assim, conforme levantamento fiscal e cálculos em anexo, o ICMS reclamado no valor de R\$57.332,08 (cinquenta e sete mil, trezentos e trinta e dois reais e oito centavos) correspondente a uma Omissão de Entrada no valor de R\$337.247,33 no exercício de 2005. Demonstrativos às fls. 323 a 325.

QUANTO AO EXERCÍCIO 2006: Permanece o ICMS com o mesmo valor retificado de R\$10.613,30 correspondente a Omissão de saída de R\$62.431,20 (fls. 286/298). Demonstrativos às fls. 329 a 331.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a exigência do ICMS no valor de R\$57.332,08, em relação à infração 01, e o valor de R\$10.613,30, quanto a infração 02.

Diante do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Ratifica todos os argumentos apresentados em sua defesa e demais pronunciamentos, e requer expressamente o reexame por esta segunda instância. Em relação a 2005, aduz que a JJF errou ao não atender aos apelos do Contribuinte, que buscam incluir no levantamento a Nota Fiscal nº 29663, cuja cópia traz anexada à fl. 386.

Aduz que tal nota fiscal não foi acolhida pela primeira instância sob o argumento de que não constava nos autos do processo. Alega ainda que: *“Tal NF foi emitida pela PAPELCIA, sucedida do ATACADÃO, para fins de transferência de estoques, sem o destaque do ICMS (sucessão não tributada).”*.

Quanto ao exercício de 2006, defende o recorrente que houve ilegal alteração do fulcro da autuação, *“passando a exigência de omissão de entradas (PRESUNÇÃO) para “omissão de saídas”, não podendo a exigência sobre o produto PAPEL CHAMEX MULTI 500F 75G ser mantida, ainda mais que não foi reaberto o prazo de defesa.”*.

Suscita a nulidade por cerceamento do direito de defesa. Argumenta que somente mediante nova ação fiscal o valor, fruto de ocorrência não listada inicialmente no fulcro da cobrança, poderia ser exigido.

Por fim, requer a nulidade ou improcedência da autuação, ou ao menos a nulidade da Decisão recorrida, para que seja reaberto o prazo de defesa, em relação à infração 2, ante a alteração do fulcro da autuação.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, verifico que, por determinação da primeira instância, o próprio autuante refez os levantamentos quantitativos de estoque das duas infrações, acolhendo as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte. Tal refazimento, fundamentado em provas constantes nos autos do presente processo, acarretou a redução parcial do valor exigido em ambas as infrações.

Veja-se que, no pertinente à infração 1, as mercadorias constantes nas notas fiscais de entrada apresentadas (as quais, por erro do contribuinte não foram informadas ao SINTEGRA) passaram a ser consideradas no levantamento quantitativo refeito, gerando considerável redução. Já quanto à infração 2, as provas apresentadas fizeram com o que o valor das entradas omitidas fosse reduzido substancialmente, ficando menor do que o valor das saídas omitidas, o que motivou a exigência do imposto com base nesta.

Ante o exposto, vejo que a redução do crédito tributário se deu conforme o previsto na legislação tributária e de acordo com as provas constantes nos autos. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, observo que não há que se falar nulidade decorrente de mudança no fulcro da autuação ou de cerceamento do direito de defesa, quanto à infração 2.

Frise-se que, desde o início, a fiscalização identificou omissão tanto de entradas como de saídas de mercadorias no período de 2006, e cobrou o imposto com base na omissão de maior valor, conforme determina a legislação para evitar cobrança em duplicidade do imposto.

Com a apresentação das provas pelo recorrente, foi refeito o levantamento quantitativo de estoque e restou comprovado que a omissão de entradas foi em valor muito menor do que o constatado inicialmente pelo autuante. O trabalho inicial decorreu da análise dos arquivos SINTEGRA, que foram preenchidos equivocadamente pelo contribuinte, por isso, a diferença tão gritante.

O refazimento do levantamento quantitativo de estoque, então, acarretou a redução do valor das omissões de entradas, o qual acabou ficando menor do que o valor das omissões de saídas, constatadas desde o início e não elididas e nem impugnadas em momento algum.

Há de se frisar que, diferentemente do quanto alega o recorrente, foi sim reaberto o prazo de defesa (30 dias), conforme comprova o documento de fl. 303.

Ante ao exposto, não há que se falar em qualquer nulidade por cerceamento do direito de defesa ou mudança no fulcro da autuação.

No mérito, observo que a insurgência do recorrente se limita à infração 01 e decorre do não acatamento da NF 29663.

Note-se que o real motivo de tal nota fiscal não ter sido considerada no refazimento do levantamento quantitativo de estoque foi o fato de a cópia apresentada ter sido considerada inidônea pelo autuante e pela 2ª JJF, conforme afirma o acórdão recorrido:

“Consigno que realmente, conforme o autuante, a cópia xerocada de uma nota fiscal à fl. 349 (NF 29663), é pouco legível, que com dificuldade se observa ser uma nota fiscal de entrada desprovida de base de cálculo, do valor do ICMS e das descrições das mercadorias. Trata-se de uma nota fiscal inidônea, conforme §4º do art. 202 do RICMS/BA e art. 209, IV. Razão pela qual não foi acolhida no levantamento.” (grifamos e explicamos, entre parênteses)

Não considero totalmente ilegível a cópia da Nota Fiscal nº 29663 constante à fl. 349, assim como também a cópia constante à fl. 386, juntada em grau de Recurso, pois é possível ler boa parte das informações ali contidas.

Observo que realmente não consta na referida nota fiscal a descrição das mercadorias, consta uma indicação no próprio corpo da nota fiscal, que a descrição das mercadorias está no romaneio anexado à nota fiscal, o qual foi juntado aos autos do processo também em duas oportunidades (fls. 350-357 e 387-394). Além disso, também não constam na nota fiscal a base de cálculo e o ICMS destacado.

O recorrente alega que não houve destaque do imposto porque a: *“NF foi emitida pela PAPEL & CIA, sucedida do ATACADÃO, para fins de transferência de estoques, sem o destaque do ICMS (sucessão não tributada).”*. Todavia, não traz provas do quanto alegado.

Diante do exposto, apesar de conseguir identificar alguns elementos da NF 29663, entendo que a cópia da nota fiscal juntada aos autos não deve ser considerada diante das incertezas quanto à natureza da operação, bem como da ausência de indicação precisa das mercadorias, do imposto e da base de cálculo. Sendo aplicável o art. 209, IV, do RICMS:

Art. 209. *Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:*

IV - *contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;*

Além disso, ainda que fosse considerada a nota fiscal para fins de prova, tal documento não seria suficiente para elidir o imposto cobrado com base no levantamento quantitativo de estoque realizado na presente autuação fiscal.

Há de se observar que o levantamento quantitativo realizado pelo autuante levou em consideração todo o período do ano de 2005, ano em que ocorreu a alegada sucessão da empresa Papel e Cia pela empresa recorrente, assim, o autuante não teria como fazer tal apuração sem observar os registros de inventário inicial, à época da sucedida, e final, supostamente já pertencente à sucessora, pois, se assim não o fizesse o levantamento estaria equivocado.

Logo, ainda que se admita que reste comprovada a sucessão empresarial e que a Nota Fiscal nº 29663 se refere à transferência, em razão da sucessão, de todas aquelas mercadorias constantes no romaneio anexado, mas não constantes no corpo da nota fiscal, ainda assim, há de se frisar que tais transferências necessariamente não afetariam a auditoria de estoque realizada no exercício de 2005, pois no levantamento fiscal, a partir do estoque inicial de 2005, ainda sob o domínio da sucedida, se considerou os estoques existentes das mercadorias objetos da auditoria, para em seguida considerar todas as notas fiscais de entradas e de saídas ocorridas no período anterior à suposta sucessão e, como houve uma continuidade da atividade empresarial no próprio

estabelecimento comercial, tal sucessão em nada influenciou o levantamento quantitativo, o qual seguiu considerando todas as notas fiscais de entradas e de saídas, para, ao final do exercício, relevar os estoques finais existentes, fisicamente apurados pelo próprio contribuinte.

Assim, só no caso do levantamento quantitativo ter se iniciado a partir da data da suposta sucessão, seria relevante se considerar as mercadorias constantes da aludida nota fiscal para fins de transferência de estoque, a título de estoque inicial da nova razão social, o que não ocorreu.

Logo, a apresentação dessa nota fiscal não tem o condão de elidir o levantamento quantitativo realizado.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206936.0006/07-6**, lavrado contra **ATACADÃO DO PAPEL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.945,38**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS