

PROCESSO - A. I. Nº 295309.0041/10-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARL LEONI LTDA.
RECORRIDOS - CARL LEONI LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0077-03/15
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/11/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0345-12/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas. Refeitos os cálculos em decorrência da comprovação apresentada nas razões de defesa, o imposto apurado ficou reduzido. Rejeitadas a preliminar de nulidade de intimação uma vez que comprovado o vínculo entre a Recorrente e a empresa FUMEX. Preliminar que se manifesta como litigância de má fé. Rejeitada preliminar de nulidade uma vez que a presunção adotada é legal e não houve realização de ato com preterição do direito de defesa. Preliminar de decadência indeferida vez que o lançamento se deu dentro do prazo legal de 05 anos entre o fato gerador e o lançamento. No mérito o Recorrente tem razão quanto à não aplicação da quebra na devolução de mercadoria de processo de beneficiamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício em relação à Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 15/04/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/10/2010, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 86.295,30 (oitenta e seis mil duzentos e noventa e cinco reais e trinta centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

A presente autuação já havia sido apreciada anteriormente pela 3ª JJF, no Acórdão 0165-03/11, a qual fora anulada por Decisão da 1ª CJF, no Acórdão 0376-11/12, ocasião na qual ficou decidido que os autos deveriam retornar à primeira instância para novo julgamento.

***Infração 01. RV e RO** – falta de recolhimento do imposto 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 343/352),

atacando o Auto de Infração em sua totalidade.

Autuante estranho ao feito fora designado para apresentar a informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 359), acatando parcialmente as alegações defensivas.

Em seguida foram realizadas diversas manifestações e diligência reabrindo o prazo de defesa do contribuinte, até que a instrução fora concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. 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.

O autuado alegou que o presente lançamento é inteiramente nulo, porque tem como fundamentação mera presunção, e como alicerce a Portaria 445/98 editada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Apresentou o entendimento de que a autuante realizou levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sem conseguir provar efetivamente as supostas omissões de saídas e entradas de mercadorias. Diz que em momento algum a autuante efetivamente provou a existência real de omissões de entradas e saídas de mercadorias tributadas, e que, de acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao Auditor da Secretaria da Fazenda.

Constato que no enquadramento legal indicado pela autuante no Auto de Infração foram consignados os dispositivos do RICMS/BA e da Portaria 445/98, sem qualquer referência à Lei 7.014/96, entretanto, não houve qualquer prejuízo para a defesa do autuado. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Observe que no levantamento quantitativo de estoques, são conferidas as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro Registro de Inventário, em um determinado período. Como consequência, no presente processo, houve a constatação de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativos elaborados pela autuante e anexados aos autos, tendo sido entregues as cópias ao contribuinte, conforme recibo nos mencionados demonstrativos. Foi cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que poderia ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista, e não se trata de simples presunção da fiscalização.

Além dos dados referentes aos estoques iniciais e finais, foram elaborados três demonstrativos:

a) dois analíticos, com a indicação das quantidades e dos preços unitários, um relativo às saídas de mercadorias e outro relativo às entradas; b) um demonstrativo sintético, consolidando os dados constantes nos demonstrativos analíticos, com a apuração das diferenças de estoques e o imposto devido. Portanto, não acato a alegação defensiva de que se trata de mera presunção da fiscalização, e que não foi provada a existência das omissões, haja vista que o levantamento fiscal constitui a prova da infração apurada.

O defendente apresentou o entendimento de que é inconstitucional e ilegal a Portaria nº 445/1998, especialmente os arts. 6º, 7º e 8º, que tratam sobre presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais. Quanto a esta alegação, observe que a mencionada Portaria não criou direitos e obrigações para o contribuinte, haja vista que repete as regras estabelecidas na Lei 7.014/96 e no RICMS/BA. Ela esclarece o alcance das disposições contidas no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, com vistas a proporcionar à fiscalização o entendimento uniforme na aplicação da mencionada norma. Portanto, a referida Portaria dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. Ademais, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do mencionado Regulamento, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defendente também alegou que houve decadência do direito de constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2005, transcrevendo o art. 150, § 4º do CTN e art. 146 da Constituição Federal.

Entende que, em sendo verdadeira a exigência adicional de R\$11.306,36, quando foi efetuada a revisão do lançamento, tal valor somente poderia ser cobrado mediante lavratura de novo Auto de Infração, e não mediante apresentação de novas peças na informação fiscal. Também entende que a suposta diferença estaria submetida ao prazo decadencial, conforme art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN.

Observe que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a

alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que conforme estabelece o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º, “compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa. Após cinco anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 23/12/2010, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à revisão efetuada pela autuante para incluir nota fiscal alegada nas razões defensivas, observo que, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção. No presente processo foram realizadas diligências saneadoras, com a concessão de prazo para o defendente se manifestar em cada etapa, e o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos da autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Se fosse constatado agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado, no julgamento não poderia ser majorado o valor originalmente lançado no Auto de Infração. Neste caso, seria mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente. Entretanto, não ocorreu no presente caso, o referido agravamento. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, ficando rejeitadas as preliminares apresentadas nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006. Demonstrativos às fls. 06 e 43 do PAF.

O autuado alegou que a autuante deixou de considerar em seu “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado”, o recebimento pelo estabelecimento autuado de 112.500,00 kg de fumo provenientes da ATC Associated Tobacco Company Brasil Ltda a título de “devolução simbólica de mercadoria em industrialização”, conforme Nota Fiscal nº 068436 (fl. 237 do PAF). Afirma que tal recebimento de mercadoria faz com que a diferença de estoque apurada pela autuante fique reduzida a 65.288,80 kg de fumo, restando apenas a presunção de R\$31.689,94, correspondente a 65.288,80 kg de fumo.

Na informação fiscal, a autuante acatou a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, a referida nota fiscal não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informou que após o lançamento do mencionado documento fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou às fls. 241 a 265 dos autos.

Após a revisão efetuada pela autuante, ainda foi apurada omissão de entradas de mercadoria tributável. Neste

caso, a diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques autoriza a presunção legal da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto, conforme §4º do art. 4º da Lei 7.014/96; art. 7º da Portaria 445/98 c/c art. 2º, § 3º do RICMS/BA.

De acordo com a cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE à fl. 236 e extrato do SIGAT denominado “Detalhes de Pagamento do PAF” à fl. 271, o defendente recolheu o débito apurado no exercício de 2006, no valor de R\$5.156,92 (demonstrativos às fls. 43/44). Neste caso, em relação ao mencionado levantamento inexistente lide a ser decidida, tendo sido acatado pelo contribuinte o valor originalmente lançado pela fiscalização.

Quanto ao exercício de 2005, a autuante acatou a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informou que após o lançamento da referida Nota Fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou aos autos, fls. 241/242.

A autuante também esclareceu que analisou os demonstrativos apresentados pelo autuado à fl. 386, e observou que não foi considerado nos cálculos efetuados pelo contribuinte, o percentual de quebra de 20% das entradas, o que gerou as divergências entre os valores apurados pela fiscalização e pelo contribuinte. Para facilitar a compreensão, anexa aos autos demonstrativos com o resumo dos lançamentos elaborados pela fiscalização e pelo contribuinte.

Considerando a quebra no percentual de 20% calculada sobre as entradas, lançada pelo defendente em seus livros fiscais, e com a inclusão da quantidade de entrada constante na Nota Fiscal nº 68436, que não foi incluída no levantamento quantitativo de estoque originalmente efetuado, houve alteração do débito apurado, conforme fl. 251. Neste caso, entendo que assiste razão à autuante no refazimento dos cálculos, apurando que o débito referente ao exercício de 2005 ficou reduzido para R\$37.839,38.

Tendo sido apurado, mediante levantamento quantitativo de estoques, que houve omissão de entradas, a Lei autoriza a presunção da ocorrência de operações sem a emissão de documentos fiscais. A exigência de imposto é efetuada por presunção legal, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, nos termos do art. 123 do RPAF/99. No caso em exame, a única prova apresentada pelo autuado, junto com a impugnação, foi a Nota Fiscal nº 068436 – fl. 237 do PAF, sendo incluída pela autuante que refez o levantamento fiscal correspondente ao exercício de 2005, apurando redução no débito originalmente exigido, conforme novos demonstrativos que elaborou.

Sobre a alegação do autuado de que efetuou pagamento por meio de DAE expedido pela própria SEFAZ, resultando num aumento injustificado de R\$481,61, caso tenha sido efetuado pagamento a mais ou indevido, poderá ser objeto de restituição de indébito ou compensação do imposto apurado, quando da homologação do pagamento realizado.

Acato o resultado da revisão efetuada pelo autuante, e concluo pela subsistência parcial da exigência fiscal, no valor total de R\$42.996,30, sendo R\$37.839,38 para o exercício de 2005 e R\$5.156,92 correspondentes a 2006, que ficou inalterado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Em seguida a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JIF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrente:

- a) Rejeitando, inicialmente, a preliminar de nulidade, sob o argumento de que a descrição dos fatos na presente autuação teria sido efetuada de forma compreensível, que teriam sido indicados os dispositivos infringidos e os referentes às multas aplicadas, bem como não teria sido constatada nenhuma violação ao devido processo legal e à ampla defesa;
- b) Constatou que no enquadramento legal indicado pelo Autuante teriam sido consignados os dispositivos do RICMS/BA e da Portaria nº 445/98, sem quaisquer referências à Lei nº 7.014/96, no entanto, afirmou sobre tal fato, que o mesmo não teria prejudicado em nada a defesa do Impugnante, tendo em vista que pela descrição dos fatos quedaria evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99;

- c) Rejeitou a alegação defensiva de que o procedimento de autuação se trataria de mera presunção da fiscalização, sob o argumento de que fora realizado o procedimento de levantamento quantitativo de estoques, no qual fora constatada a omissão de entradas de mercadorias tributáveis, e que teriam sido elaboradas, inclusive, três demonstrativos, dois analíticos, indicando as quantidades e os preços unitários, e um demonstrativo sintético, consolidando os dados constantes nos demonstrativos analíticos, com a apuração das diferenças de estoques e o imposto devido;
- d) Quanto à arguição de inconstitucionalidade da Portaria nº 445/1998, observou que a referida Portaria não teria criado direitos ou obrigações ao Contribuinte; mas apenas esclareceria o alcance das disposições contidas no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, bem como afirmou não ser da competência do CONSEF declarar a inconstitucionalidade de legislação estadual;
- e) Em relação à arguição de decadência, referente ao período de 2005, afastou-a a JJF, sob a afirmação de que a contagem do prazo decadencial no Estado da Bahia é contada pelo disposto nos artigos 28,§1º e 107-B, §5º, do COTEB. Dessa forma, sublinhou que, no tocante aos fatos geradores ocorridos no ano de 2005, o referido prazo se encerraria no dia 31/12/2010, e que o Auto de Infração fora lavrado em 23/12/2010, de forma a afastar a decadência;
- f) Pontuou, ainda em sede de preliminares, que às revisões efetuadas pelo Autuante, o Impugnante teria tido a oportunidade de se manifestar, sendo-lhe entregues cópias dos novos elementos acostados aos autos, de forma que a autuação estaria revestida de todas as formalidades legais;
- g) Em relação ao mérito, observou que o Impugnante teria reconhecido e pago o valor correspondente ao período de 2006, no valor de R\$ 5.156,92;
- h) No tocante ao período de 2005, destacou que o Autuante teria reconhecido a Nota Fiscal de nº 68436, único documento apresentado pelo Defendente, reduzindo o montante devido para o patamar de R\$ 37.839,38, o qual decidiu pela manutenção. Seguiu o posicionamento do Autuante, também, quando considerou que a diferença entre os demonstrativos elaborados pelo Autuante e Autuado teria se dado porque o último não teria considerado o percentual de quebra de 20% das entradas;
- i) Quanto à alegação de que o Autuado teria efetuado um pagamento por meio de DAE emitido pela própria SEFAZ, resultando em um aumento injustificado de R\$ 481,61, afirmou que caso tenha havido esse pagamento, o Contribuinte poderia efetuar um pedido de restituição ou compensação do imposto.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 434/446)**.

- i. Clamando pela nulidade da autuação, sob as arguições de que a primeira intimação do Auto de Infração, em 28 de dezembro de 2010, teria sido assinada por pessoa estranha à Recorrente, bem como porque a autuação teria sido baseada em mera presunção, sem que o Autuante tivesse comprovado as omissões de entrada e de saída. Afirmou ainda que a autuação teria se baseado em mera Portaria, a qual seria inconstitucional e ilegal, por inovar em matéria tributária;
- ii. Afirmou que o valor de R\$ 481,61, pago a maior pelo Recorrente, através de DAE emitido pela própria SEFAZ, não teria sido explicados nem pela 3ª JJF e nem pela Autuante, e que isso, por si só geraria a nulidade da autuação, bem como aduziu que o pagamento do valor adicional de R\$ 11.306,36, deveria ter sido cobrado mediante a lavratura de novo Auto de Infração, e não através da apresentação de novas peças processuais;
- iii. Em relação à intimação para o pagamento desse montante de R\$ 11.306,36, afirmou ter sido referente a fatos gerados ocorridos no ano de 2005, e que os mesmos somente teriam sido aventados em 2011, e a intimação ao Recorrente teria se dado somente em 2014, de modo que restaria caracterizada a decadência, prevista no §4º do art. 150 do CTN. Ainda na seara

decadencial, afirmou que, como a Recorrente teria sido autuada em 28/12/2010, o Fisco só poderia cobrar os créditos tributários existentes partir do dia 28/12/2005, e que dessa forma, somente poderiam ser exigidos os débitos referentes aos dias 28, 29, 30 e 31 de dezembro, o que totalizaria a monta de R\$ 897,10;

- iv. Arguiu que o reconhecimento, por parte do Fisco, das alegações referentes à Nota Fiscal nº 68.436, derrubaria por terra a maior parte da presunção alegada pela Auditoria, bem como que a referida nota fiscal corresponderia a uma devolução simbólica de mercadoria em industrialização, e que o cálculo de quebra de 20% já teria sido efetuado no momento da aquisição da mesma, e que dessa forma, seria indevido o cálculo de nova porcentagem de quebra sobre a mesma mercadoria.

Em parecer, a PGE/PROFIS (fls. 458/459) opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, concluindo que:

- i. O ato da ciência da autuação teria se dado dentro do estabelecimento da Recorrente, adotando-se nessa hipótese a teoria da aparência, já sedimentada na jurisprudência pátria;
- ii. A presunção relativa aplicada ao caso em apreço teria berço no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96;
- iii. À época dos fatos, se encontraria vigente os artigos 28, §1º e 107-B, §5º do COTEB, sendo o prazo final para a constituição da data de 31/12/2010, tendo sido o Auto de Infração lavrado antes deste termo final;
- iv. As depurações suplicadas no apelo já teriam sido acolhidas na decisão de piso, não tendo sido carreada qualquer situação nova capaz de engendrar uma modificação do lançamento.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do recurso.

VOTO

A Infração imputada ao contribuinte é a de falta de recolhimento do imposto 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006.

Inicialmente passo à análise do Recurso de Ofício interposto.

Da apreciação dos autos, verifico que a desoneração realizada se deu em razão do acatamento parcial, pela auditora fiscal autuante, das razões de impugnação aduzidas pelo contribuinte, assumindo que no levantamento fiscal deixou de considerar a Nota Fiscal nº 68436, referente à devolução de 65.288,80kg de fumo pelo contribuinte.

Desta forma, ao refazer o levantamento fiscal em relação do exercício de 2005, e considerando a quebra de 20%, apurou valor remanescente de R\$ 37.839,38 em relação a este exercício, mantendo na íntegra o levantamento quanto ao exercício de 2006, o qual já foi recolhido pelo contribuinte.

Neste sentido, a JJF acatou corretamente a revisão fiscal, razão pela qual entendo que não há o que ser modificado na decisão ora Recorrida, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, verifico que em grande parte o Recorrente repete suas alegações defensivas, muitas delas já apreciadas e acatadas, e parece não conseguir compreender com clareza o lançamento realizado. Entretanto, da análise dos autos entendo que isso não decorre de falha processual, vez que todo o procedimento fiscalizatório, bem como a revisão fiscal foi absolutamente clara e detalhada pela auditora fiscal e pela JJF.

Inicialmente o Recorrente alega em sede de preliminar a nulidade total do auto de infração em

razão da intimação do mesmo, realizada em 28/10/2010 ter sido supostamente realizada através de pessoa sem qualquer vínculo com a empresa, a Sra. Juneide dos Santos da Silveira, que segundo o mesmo é funcionária da empresa FUMEX TABACALERA LTDA. Para provar tal fato, promove a juntada do exame admissional da mesma.

Inicialmente cumpre ressaltar a estranheza de tal alegação apenas ser manejada nesse momento processual, especialmente quando no curso do processo o procurador do Recorrente sustentou diversas nulidades em razão de falha de intimação, todas devidamente supridas.

Outrossim, como bem asseverado pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a jurisprudência pátria já sedimentou a denominada “teoria da aparência”, razão pela qual se pessoa se apresente no endereço do contribuinte como preposta do mesmo, recebendo intimações, presume-se o recebimento pelo próprio contribuinte.

Ademais, tal ato não acarretou em nenhum prejuízo ao recorrente que apresentou a impugnação no respectivo prazo legal e, jamais, alegou qualquer prejuízo em razão da suposta nulidade de intimação.

Outrossim, também chama atenção o fato de que por mais de uma vez a empresa denominada FUMEX aparece nos autos.

Na fl. 58 do presente PAF a Recorrente promoveu a juntada de Declaração emitida pelo Eng. Agrônomo Jackson Fraga Araújo, atestando o percentual de quebra do fumo.

Posteriormente, em 14/04/2011, o mesmo Eng. Agrônomo recebe intimação direcionada à Recorrente (fl. 269), e em seu carimbo se identifica como funcionário da FUMEX TABACALERA.

Aliado a isso, o e-mail do Recorrente registrado nos cadastros da SEFAZ/BA (constante da capa do presente PAF), e informado pelo próprio contribuinte, é o brfumexfiscal@cdfintl.com.

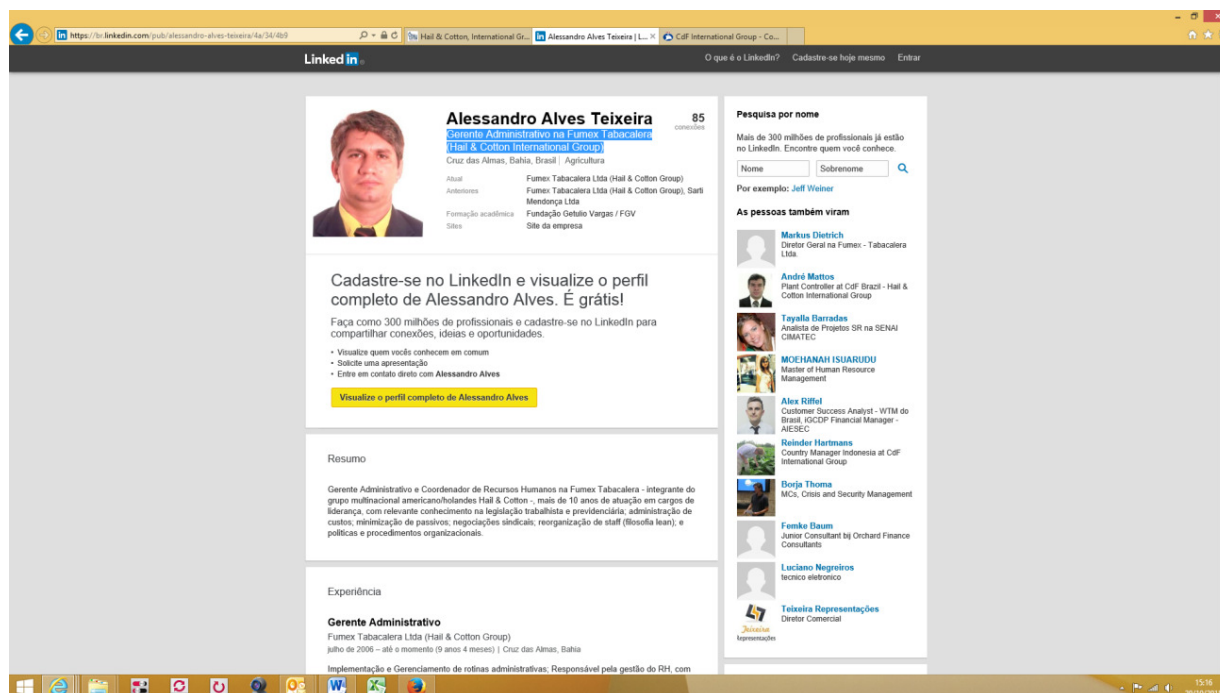
Por sua vez, ao realizar busca sobre o grupo CDFINTL (<http://www.cdfintl.com/about-us/company-history/company-history.asp>) é uma multinacional holandesa com histórico da produção de tabaco em diversas partes do mundo, da qual faz parte a companhia Hail & Cotton International Group (HCIG), (<http://www.cdfintl.com/about-us/company-history/company-history.asp>), que possui no Brasil a empresa FUMEX TABACALERA.

Por sua vez, da análise da petição protocolada pelo procurador da Recorrente às fls. 462-472, em que promove a juntada de novo instrumento procuratório, em razão de alteração contratual a partir da qual o Sr. Alessandro Alves Teixeira passou a ser administrador da referida empresa, é possível verifica que a assinatura do instrumento procuratório conferido pela referida firma, foi reconhecida na Holanda, uma vez que a mesma possui o endereço: Zwarteweg, 149, 1431, VL Aalsmeer (constante na fl. 465).

Tal endereço é o mesmo da Hail & Cotton International Group (HCIG), (<http://www.cdfintl.com/about-us/company-history/company-history.asp>), constante do seu sítio eletrônico, conforme imagem abaixo:



Ademais, em nova busca na internet, facilmente é possível verificar que o Sr. Alessandro Alves Teixeira se apresenta na rede social LinkedIn, como Gerente Administrativo na Fumex Tabacalera (Hail & Cotton International Group) (<https://br.linkedin.com/pub/alessandro-alves-teixeira/4a/34/4b9>), conforme imagem abaixo:



Por derradeiro, também estranharia o fato de que a recorrente conseguisse obter o exame admissional de uma funcionária de empresa com a qual não possuiria nenhuma vinculação, até por se tratar de documento confidencial.

Diante de todos os fatos, não há, para mim, qualquer dúvida de que a Recorrente e a FUMEX TABACALERIA possuem ligação empresarial, razão pela qual a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente apresenta-se como clara litigância de má-fé.

Em razão disso, não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto à preliminar de nulidade em razão do presente lançamento estar fundado em presunções, vale ressaltar que as presunções decorrem de lei, e sua constitucionalidade não pode ser analisada nessa esfera administrativa por expressa vedação legal do RPAF.

Em razão disso, rejeito a preliminar de nulidade apresentada haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. 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.

Quanto à preliminar de decadência suscitada pelo Recorrente, entendo que a mesma não merece ser acolhida.

Em se tratando de falta de recolhimento do ICMS em razão de operações de saídas não contabilizadas, apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, a lei presume como data de ocorrência do fato gerador o último do exercício.

E ao contrário do afirmado pelo Recorrente o que está a se exigir não é a diferença de estoque como fato gerador do ICMS. O que a lei dispõe é que em havendo diferença de estoque presume-se que o contribuinte promoveu a circulação de mercadorias sem registro fiscal, fato gerador do imposto estadual exigido no presente lançamento.

E não podia ser diferente uma vez que, ao dar saída sem emissão de nota fiscal, o Fisco não tem como precisar exatamente a data da operação, razão pela qual a lei dispõe como sendo último dia do exercício, momento de fechamento do estoque que, por sua vez, foi apurada omissão.

Assim, tendo o primeiro fato gerador ocorrido em 31/12/2005, entendo que o crédito poderia ter sido constituído, com a devida intimação do lançamento, até a data de 31/12/2010. Por sua vez, compulsando a fl. 02 é possível confirmar que a Recorrente fora intimada em 28/12/2010, dentro do prazo decadencial. Desta feita, indefiro a preliminar de decadência arguída.

No mérito, igualmente o Recorrente apresenta um emaranhado de razões infundadas.

Insiste em defender que a Nota Fiscal nº 6.436 não foi considerada no levantamento fiscal, e de fato não foi, razão pela qual foi objeto de revisão pela agente autuante, e ocasionou a redução do lançamento original.

No que se refere ao suposto pagamento a maior, caso tenha existido cabe ao Recorrente comprovar através de procedimento administrativo próprio de restituição do indébito.

Quanto à suposta majoração do lançamento de R\$ 37.839,38 apurado na revisão fiscal para R\$ 42.996,30 conforme julgado pela JJF, equivocou-se o Recorrente. A revisão fiscal realizada pela autuante foi tão somente do exercício de 2005. O exercício de 2006 que se constitui na diferença exigida, não foi objeto de revisão, razão pela qual fora mantido.

Ademais, o Recorrente promoveu ao recolhimento do montante devido em relação ao exercício de 2006, razão pela qual confessou a infração e o referido exercício não é objeto da presente lide.

Outrossim, todos os pagamentos realizados pelo Recorrente em relação ao presente lançamentos serão devidamente homologados após o término do presente processo administrativo fiscal.

Por sua vez, a mesma também esclareceu que não houve cômputo em duplicidade das Notas Fiscais nºs 2.714, 2.715, 2.718 e 2.719, uma vez que o valor quantitativo total das notas está batendo com o valor constante do levantamento fiscal.

Caberia ao Recorrente trazer aos autos cópia dos respectivos documentos fiscais e demonstrar de forma clara que o quantitativo utilizado pela autuante diverge do constante no respectivo documento fiscal, o que não fez.

Por último, a suposta diferença entre o montante calculado pelo Recorrente (R\$ 31.689,94) e o apurado pela revisão fiscal (R\$ 37.839,38), se refere à aplicação do percentual de quebra indicado pela própria recorrente através do seu Eng. Agrônomo, e foi devidamente justificada pela auditora em petição de fl. 402.

Assim, ao contrário do afirmado pelo Recorrente, em momento algum o fisco está exigindo um valor *extra* de R\$ 11.306,36, tal valor corresponde exatamente ao montante devido e reconhecido pelo Recorrente em relação ao exercício de 2006, e ao percentual de quebra não considerado por ele, fato claramente demonstrado através da planilha consignada pela auditora fiscal.

Em tempo, cumpre ressaltar que em momento algum o Recorrente questiona de forma concreta

os cálculos realizados pela auditora.

Entretanto, neste particular entendo assistir razão ao Recorrente vez que não seria o caso de se aplicar o percentual de quebra de 20% para mercadorias recebidas em devolução de processo de industrialização, vez que eventual perda se deu fora do estabelecimento do Recorrente. Por sua vez, analisando a Nota Fiscal nº 6.436 é possível constatar que o percentual de perda já se encontra discriminado.

Desta forma, entendo ser devido o valor de R\$ 31.689,94 quanto ao ano de 2005, vez que como declarado pela própria Autuante, tal valor é alcançado sem a consideração do percentual de quabra de 20%.

Assim, em razão de tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295309.0041/10-0, lavrado contra **CARL LEONI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.846,86**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS