

PROCESSO - A. I. N° 207093.0001/11-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA. (D. E. CAFÉS DO BRASIL LTDA.) [JACOBS DOUWE E EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.]
RECORRIDOS - SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA. (D. E. CAFÉS DO BRASIL LTDA.) [JACOBS DOUWE E EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.] e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0128-01/15
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/02/2016

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0006-12/16

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. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE. Nos termos do art. 10, II, da Portaria nº 445/98, apurando-se omissão de operação de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. No caso em comento, foi equivocadamente exigido imposto com base em presunção legal. O levantamento quantitativo apurou omissões de saídas e de entradas. Infração nula. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS E DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso, a diferença de maior expressão monetária decorreu das operações de entradas. Diligências realizadas pela Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC CONSEF - por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, revisaram o lançamento, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do débito. Infração parcialmente procedente. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não restou comprovada a ilicitude imputada ao autuado, mesmo com a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF. Infração insubstancial. Afastada a preliminar de nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que originariamente lhe foi imputado, tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2012 decorre de três infrações das quais a de número 2 é objeto do Recurso Voluntário e as de números 1, 2 e 3 são objeto do Recurso de Ofício, como segue:

Infração 1 (RO) - Falta de recolhimento de ICMS relativo a 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$327.799,86, acrescido da multa de 70%;

Infração 2 (ROV) - Falta de recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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 (2007), sendo exigido ICMS no valor de R\$125.630,57, acrescido da multa de 70%;

Infração 3 (RO) - Falta de retenção e o consequente recolhimento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.939,23, acrescido da multa de 60%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF decidiu, por unanimidade com base no voto do Relator, abaixo transscrito, que é nula a infração 1, parcialmente procedente a infração 2 e improcedente a infração 3, como a seguir transscrito:

VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento de ICMS, tendo sido as infrações apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, argumentando que falta clareza na descrição das infrações, que nos demonstrativos não há indicação dos procedimentos realizados e que não foram apontados os fatos que ensejaram a presunção legal de que houve saídas de mercadorias sem a devida tributação.

Quanto à alegada falta de clareza na descrição dos fatos e à arguida ausência de indicação dos procedimentos realizados quanto ao levantamento quantitativo, afasto a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos imputados ao autuado é clara, é a rotineiramente adotada pela fiscalização e, além disso, os demonstrativos que embasam a autuação e os dispositivos legais auxiliam o entendimento dos fatos apurados. Os procedimentos realizados para a apuração dos valores lançados estão evidenciados nos demonstrativos que embasam a autuação, sendo relevante ressaltar que o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, conforme recibo no final de cada demonstrativo.

No que tange à presunção legal de realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, observo que as infrações 01 e 02 estão baseadas na presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 e art. 2º, § 3º, do RICMS/BA/97. Também verifico que a infração 01 trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (fls. 12 e 55/56), ao passo que a infração 02 cuida de mercadorias tributadas normalmente (fls. 15/16).

Relativamente à infração 02, a aplicação da presunção está correta, haja vista que em conformidade com a legislação aplicável, no caso § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, art. 2º, § 3º, do RICMS/BA/97 e Portaria 445/1998.

Entretanto, quanto à infração 01, na qual foi apurada omissão de operações de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não cabe aplicação da citada presunção legal.

Isso porque, no caso da omissão de entradas, deve ser observado que esse fato serve de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao Fisco, de forma que o imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas indica a falta de contabilização de receitas, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao Fisco, e esses recursos, salvo prova em contrário apresentada pelo contribuinte, presumem-se decorrentes de operações de saídas (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Na realidade, no caso deste item da autuação, deveria ter sido exigido o pagamento do imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, nos termos do art. 10, II, da Portaria nº 445/98, cuja redação reproduzo a seguir:

(...)

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d");

Diante disso, a infração 01 é nula por inobservância do devido processo legal, o que trouxe insegurança na determinação da irregularidade imputada ao autuado, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99.

Adentrando no mérito, inicialmente, saliento que considero suficientes as informações trazidas aos autos nas diligências realizadas, especialmente a última diliggência cumprida pela Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF, conforme o Parecer ASTEC Nº 125/2014. Considero, também, que os elementos existentes nos autos se apresentam suficientes para decisão da lide, razão pela qual entendo como desnecessária a realização de nova diligência.

Observo que o autuado sustenta que há equívocos na conversão das unidades dos produtos, pois as entradas são expressas em quilograma, ao passo que as saídas são quantificadas em caixas, conforme fotocópia de notas fiscais que acosta aos autos.

As diligências solicitadas à ASTEC/CONSEF em face das controvérsias existentes, corrigiram os equívocos aduzidos pelo impugnante, especialmente a última diligência que culminou no Parecer ASTEC Nº 125/2014 (fls. 1.614 a 1.621), no qual a diligenciadora esclarece que, de acordo com as novas alegações do autuado e notas fiscais de saídas apresentadas, foram levantadas todas as quantidades das saídas de mercadorias e respectivas conversões nas unidades de medidas, conforme cálculo apresentado nas notas fiscais e, após as devidas inclusões e exclusões feitas nas quantidades saídas, de acordo com as unidades de medidas ajustadas, foram apurados os valores de ICMS devido de R\$12.541,53 na infração 02 e R\$5.882,28 na infração 03, respectivamente, conforme demonstrativos por ela elaborados.

No que tange à infração 02, acolho o resultado apresentado pela diligenciadora no Parecer ASTEC Nº. 125/2014.

Isso porque, verifico que após os devidos ajustes realizados nas unidades de medidas das quantidades de saídas; a consideração dos preços médios corretos – os mesmos aduzidos pelo próprio impugnante - a diligenciadora apurou como ICMS devido o valor de R\$12.541,53.

Assim sendo, a infração 02 é parcialmente subsistente com ICMS devido no valor de R\$12.541,53.

Quanto à infração 03, observo que trata de levantamento quantitativo de estoque, no qual foi apurada omissão de saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Verifico que na diligência a Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF, conforme o Parecer ASTEC Nº. 125/2014, para chegar ao resultado apresentado de ICMS devido de R\$5.882,28, adotou o seguinte procedimento (fl. 1.620).

- considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2006, apurada na infração 01, no valor de R\$3.871,33;

- também considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2007, apurada nesta mesma infração 01, no valor de R\$85.784,32;

- considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2006, apurada na infração 02, no valor de R\$36.671,28;

- considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2007, apurada na infração 02, no valor de R\$46.681,29;

- calculou o valor do ICMS que deveria ter sido retido pelo contribuinte - conforme a acusação fiscal – adotando a metodologia prevista no RICMS/BA/97.

Ocorre que, sendo a infração 01 nula, conforme análise realizada linhas acima, por certo que os valores das omissões de saídas constantes daquele item da autuação, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, não podem ser utilizados na apuração da infração 03.

Ademais, mesmo que fosse possível a análise de mérito da infração 01, há que se observar que, caso restasse procedente, descaberia a exigência sobre a omissão de saídas. Contrariamente, se restasse improcedente e confirmada à omissão de saídas descaberia a exigência de imposto, por se tratar de operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada.

Já com relação aos valores das omissões de saídas utilizadas pela diligenciadora constantes da infração 02, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, também não podem ser consideradas, haja vista que o levantamento quantitativo atinente a este item da autuação (infração 02) diz respeito a mercadorias sujeitas à tributação normal, enquanto a acusação fiscal da infração 03 se refere a operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Diante do exposto, a infração 03 é improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo nula a infração 01, parcialmente subsistente a infração 02 e insubsistente a infração 03.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da decisão que prolatou, enquanto que a empresa autuada, regularmente científica da decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo, interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 1896/1904 e idêntica peça às fls. 1.929/1.941.

Na peça de insurgência, a Recorrente, após relatos fatos processuais, inclusive da diligência levada a efeito pela ASTEC do CONSEF, consoante Parecer nº 125/2014, reproduz a ementa da decisão e, referentemente à infração 2, entende que deve ser julgado nulo em razão da iliquidez e incerteza do lançamento fiscal ou, ainda, a decisão recorrida deverá ser reformada em razão do equívoco identificado no resultado da diligência ASTEC nº 125/2014.

Quanto à preliminar, afirma que há equívocos no lançamento que inquinam de nulidade o lançamento, entendido que não há clareza e certeza quanto às acusações fiscais, bem como não há elementos suficientes para determinar com segurança a conduta supostamente infringida, pois, fundado em alegação genérica das diferenças apontadas, haja vista que o levantamento fiscal deriva de dados obtidos no SINTEGRA.

Nessa linha, diz que foram reconhecidos os equívocos perpetrados pelo fiscal autuante, consubstanciado em três retificações consecutivas no que se refere ao estoque inicial, às entradas, às saídas, ao estoque final e também ao custo médio de alguns produtos.

Entende que o simples fato de o Autuante ter lavrado Auto de Infração com base na simples extração de dados do SINTEGRA já seria suficiente para a decretação de nulidade do Auto, visto que os vícios cometidos foram efetivamente identificados, sem que as diligências os tivesse saneado na sua integralidade. Também registra que a Junta de Julgamento Fiscal promoveu

mudança substancial no montante exigido, o que apenas reforça o fato de que não há a mínima possibilidade de prosperar a cobrança, o que faz da autuação nula pela falta de clareza, de certeza e de segurança, atentando, pois, contra a segurança jurídica. Evoca o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Considerando a hipótese de manutenção da infração, diz da necessidade de reforma da decisão recorrida. Nesse ponto, referindo-se a erros que ainda remanescem no lançamento, diz que na referida infração 2 devem ser levadas em consideração “*as informações da planilha que comprova que, ao contrário do que consta no Parecer ASTEC nº 125/2014, o valor da diferença que serviu de base de cálculo para apuração do ICMS poderia totalizar, quando muito, R\$68.714,12*”.

Atinente aos supostos erros assevera que a planilha trazida aos autos, anexo ao Recurso Voluntário - doc. 2, contém a correta movimentação dos estoques pertinentes aos produtos elencados na acusação fiscal, lembrando que na hipótese em que quando a unidade de medida da saída constante da nota fiscal é diferente daquela unidade do livro Registro de Inventário, faz-se necessária a respectiva conversão da unidade de medida, a exemplo do código 1186 (CAPUCCINO PILAO DOLCE CREMA CX24X200GR) que saiu do estabelecimento da Recorrente na unidade de medida caixa com 24 (vinte e quatro) unidades do produto cada, quando deveria, para efeitos da quantificação da saída, ter sido feita a conversão de caixas para unidades, nas saídas, sabido que a medida - unidade padrão do livro Registro de Inventário -, é “*unidade*”.

Na linha traçada, tomando como referência o produto de código 1186, garante que como a apuração se deu pelo SINTEGRA e apurou 12,5 caixas do referido produto, seria necessário “*multiplicar esse valor por 10 (cada caixa contém 24 unidades), de modo que a quantidade correta do produto que saiu do estabelecimento da Recorrente, em unidades, seria 300 unidades (12,5 caixas x 24 unidades = 300 unidades)*”.

Feitos os esclarecimentos, reitera que o Autuante levou em consideração saídas de 12,5 quando deveria ter considerado 300 unidades, efetiva quantidade saída do seu estabelecimento.

In casu, garante que é possível verificar que a diferença apurada para o produto de código 1186 (CAPUCCINO PILAO DOLCE CREMA CX24X200GR), no ano de 2007, correspondeu a 1.344 unidades, aduzindo que é certo que para os demais produtos, tal cálculo também deve ser levado a efeito, entendido que com base na sua movimentação de estoque, restaria “*... provado que o valor da diferença do estoque que serviu de base de cálculo para a apuração do ICMS exigido na Infração 2 totaliza o valor de R\$68.714,12 e não R\$73.773,70 (setenta e três mil, setecentos e setenta e três reais e setenta centavos)*”.

Avançando, diz que muito embora a auditoria fiscal tenha alterado os valores de alguns custos médios, tal interpretação não foi aplicada a todos os produtos, o que deverá ser objeto de ajuste. Nessa senda, monta tabela com indicação do código, produto, Custo Médio da Auditoria Fiscal e Custo Médio que seria correto, concluindo que no caso dos autos, deverão ser utilizados os custos médios efetivamente praticados no período sobre as unidades de medida padrão do Livro Registro de Inventário, tudo a determinar que a decisão recorrida merece reforma para que seja reduzido o crédito tributário objeto na infração 2, nos exatos termos da planilha que contém a movimentação do estoque dos produtos acostada aos autos (doc. 2), para que seja feita a conversão das unidades de medida das notas fiscais e adotados os custos médios efetivamente praticados nos períodos em questão.

Por derradeiro, requer o conhecimento e provimento do seu Recurso Voluntário para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do Decreto Estadual nº 7.629/1999 ou, no mérito, que sejam levadas em consideração as informações contidas na inclusa planilha da movimentação dos estoques dos produtos relativos à infração 2 do Auto, de sorte que a exigência fiscal deverá ser reduzida. Também protesta pela posterior juntada de novos documentos e pela oportuna realização de sustentação oral.

O Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador da PGE/PROFIS, às fls. 1.944/1.945, exara parecer

opinativo no sentido de que não deve ser acolhida a tese recursal, tendo em vista que no seu entender a peça de inconformidade não traz a lume nenhum elemento novo capaz de modificar a Decisão de piso, registrando que a Decisão esta calçada em depurações técnicas realizadas ao longo do processo administrativo, inclusive com a realização das conversões de unidades requeridas pelo Recorrente.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário. O primeiro, interposto pelos julgadores da 1ª JJF deste CONSEF, tem por objeto a reapreciação do Acórdão de nº 0128-01/15 que impõe sucumbência da Fazenda Pública Estadual, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, é no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido.

O Auto de Infração é composto de três infrações, sendo objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário as infrações que acusam o Contribuinte de haver deixado de proceder ao recolhimento de ICMS relativo a 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie em exercício fechado; de haver deixado de proceder ao recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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; e na falta de retenção e o consequente recolhimento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

A Recorrente, em sede de preliminar, se insurge contra a decisão de piso aduzindo, em apertada síntese, que é nula a infração 1 em razão da falta de segurança do lançamento, bem como seria ilíquido e incerto o lançamento fiscal - infração 2 -, apontando como certa a falta de clareza e certeza quanto às acusações fiscais fundadas em dados obtidos no SINTEGRA.

Por primeiro, deixo de apreciar a nulidade suscitada da infração 1, pois, a decisão da Junta foi exatamente no sentido de tornar nula a referida infração.

Já para a infração 2, quanto aos pontos suscitados em sede de preliminar e que visam sustentar a tese de nulidade do lançamento, em que pese o esforço empreendido pela ora Recorrente, em verdade não merecem sufrágio, pois, não logram demonstrar que há falhas nas acusações fiscais, nem que as falhas eventualmente cometidas teriam o condão de tornar nulo o lançamento, merecendo registro que as falhas verificadas no lançamento foram todas corrigidas.

Tratando da nulidade suscitada pelo Recorrente, por primeiro analiso o lançamento. Quanto a este, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Merece registro que as insurgências do Sujeito Passivo, atendido e garantido o exercício do contraditório e a ampla defesa, tiveram o condão de fazer reduzir drasticamente os valores exigidos no Auto de Infração, tendo sido julgada nula a infração 1, improcedente a infração 3 e procedente em parte a infração 2, com redução da exigência fiscal de R\$125.630,57 para R\$12.541,53.

Destaco, por oportuno, que correções eventualmente feitas no trabalho fiscal não inquinam de nulidade o lançamento, desde que não altere o fulcro da autuação, nem pretenda corrigir ou introduzir alterações de ordem formal, ou seja, as alterações no lançamento originário apenas corrigiram equívocos que, *in fine*, beneficiaram o Contribuinte.

No mérito, diz a Recorrente que apesar das diversas diligências ainda remanescem erros na parte mantida da infração 2, no que concerne à conversão de caixa contendo diversas unidades de determinado produto em unidade de produto, também aduzindo que no levantamento fiscal não teriam sido apropriados os preços médios de maneira correta.

Alinhado ao parecer da PGE/PROFIS, fls. 1.944/1.945, entendo que não merece acolhida a tese recursal. Fato é que os argumentos recursais repisam os de impugnação, sendo certo que as diversas diligências levadas a efeito pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal objetivaram, entre outras coisas a correta contagem das unidades de produto por meio da conversão caixas em unidades, bem como da correta aplicação do preço médio na conformidade da legislação, tudo por provocação do Sujeito Passivo e que ao fim e ao cabo de todo o processo de busca da verdade material resultou na declaração de nulidade da infração 1, improcedência da infração 3 e parcial procedência da infração 2.

Assim, com fundamento nos elementos dos autos, sobretudo nas diligências requeridas e concluídas em sede de instrução de primeiro grau, entendo que nenhum reparo merece a decisão de piso no que concerne às matérias suscitadas pelo Recurso Voluntário interposto pela ora recorrente.

Entretanto, a considerar que a tese recursal faz remissão às indicações feitas em sede de defesa e que são atinentes ao preço médio e à conversão de unidades, e que o Parecer ASTEC não teria feito as correções devidas, pode a Recorrente, de posse de elementos probantes, provocar a PGE/PROFIS, em sede de controle de legalidade, para eventual apreciação dos novos elementos.

Voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal.

Quanto ao Recurso de Ofício, no mesmo sentido do Recurso Voluntário, entendo que não há que se dar provimento.

Em verdade, a desoneração do Sujeito Passivo deriva da apuração da verdade material que foi trazida à lume pelas diligências determinadas em primeira instância em razão da impugnação e insurgência do Sujeito Passivo.

Para a infração 1, corretamente julgada nula, verificaram os julgadores de piso que a imputação não corresponde aos fatos, sendo descabida a presunção legal, haja vista que omissões de entradas servem de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao Fisco, sendo certo que para o caso dos autos, a exigência apropriada seria em razão da solidariedade, ou seja, poder-se-ia exigir imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do ICMS devido por antecipação tributária, nos termos do art. 10, II, da Portaria nº 445/98.

Em assim sendo, não há que se fazer reparo à decisão que julgou nula a infração 1.

Para a infração 2, em razão das argumentos defensivos da ora Recorrente, a diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, procedeu a ajustes no levantamento fiscal originário de maneira a que fossem corrigidas as unidades de medidas das quantidades de saídas, bem como a consideração dos preços médios informados pela ora Recorrente, o que redundou na redução do valor da

exigência fiscal de R\$125.630,57 para R\$12.541,53.

Do mesmo modo, não há reparo a ser feito na decisão de piso.

Quanto à infração 3, julgada improcedente, a ASTEC, mais uma vez, demonstrou que razão assistia à Recorrente, contudo, apesar do retrabalho fiscal, a nulidade da infração 1 afeta o julgamento da infração em comento, haja vista que, *in fine*, foi apurado que os valores das omissões de saídas constantes da infração 1, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, por óbvio, não podem ser utilizados na apuração da infração 3, merecendo registro que as operações em apreço são de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada.

Isto posto, alinhado à *decisum* de piso, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Portanto, Recursos de Ofício e Voluntário NÃO PROVIDOS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207093.0001/11-9, lavrado contra SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA. (D. E. CAFÉS DO BRASIL LTDA.) [JACOBS DOUWE E EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.], devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$12.541,53, 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, 02 de fevereiro de 2016.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

RAIMUNDO ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS