

PROCESSO - A. I. Nº 206935,0015/11-0
RECORRENTE - INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0016-05/14
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0112-11/17

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS. **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. Lançamento inicial. Ante a falta de clareza e insegurança presentes na revisão efetuada, tornam as infrações 1 e 2 nulas. Modificada a Decisão recorrida. **c)** OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. A infração 3 sofreu redução em razão das alterações no levantamento de estoque. Reduzida a infração 3. Infração parcialmente mantida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 17/03/2011, onde se exigiu multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$25.352,60, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, se levantado em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.

Débito de ICMS, apurado através de Auditoria de estoque fechado, com base nas informações fornecidas pela SEFAZ, através de meios magnéticos de processamento de dados, dos valores totais das operações de entradas e saídas de mercadorias tributáveis e dos seus estoques inicial e final, referentes aos exercícios de 2007/2009, conforme arquivos magnéticos, planilhas de cálculos e demonstrativos de débito, Anexos. Valor Histórico: R\$2.995,04 – Multa de 70%;

INFRAÇÃO 2 – 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 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.

Débito de ICMS, apurado através de Auditoria de estoque fechado, com base nas informações fornecidas pela SEFAZ, através de meios magnéticos de processamento de dados, dos valores totais das operações de entradas e saídas de mercadorias tributáveis e dos seus estoques inicial e final, referentes aos exercícios de 2008, conforme arquivos magnéticos, planilhas de cálculos e demonstrativos de débito, Anexos. Valor Histórico: R\$12.093,51 – Multa de 70%;

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Débito de ICMS, apurado através de Auditoria de estoque fechado, com base nas informações fornecidas pela SEFAZ, através de meios magnéticos de processamento de dados, dos valores totais das operações de entradas e saídas de mercadorias tributáveis e dos seus estoques inicial e final, referentes aos exercícios de 2006, conforme arquivos magnéticos, planilhas de cálculos e demonstrativos de débito, Anexos. Valor Histórico: R\$10.264,05 – Multa de 70%;

Foram apresentadas Defesa administrativa tempestiva, às fls. 195 e 199, impugnando as acusações e pedindo pela improcedência das infrações, bem como Informação Fiscal às fls. 443 a 444, repelindo as argumentações recursais, atestando a total procedência do Auto de Infração.

Cura ressaltar que antes do saneamento do feito, o procedimento foi alvo de 3 diligências (fls. 523, 596 e 623), com 3 manifestações do contribuinte (fls. 448 a 451, 562 a 564, 607 a 608) e 4 Pareceres e/ou informações fiscais (fls. 527 a 529; 593; 602 a 602; 619 a 620; e 625 a 626).

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla três infrações por descumprimento de obrigação principal, apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, conforme já relatadas.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, apresentando, além da defesa, mais duas manifestação relativas às informações fiscais, portanto, com oportunidade de trazer aos autos a documentação que entendesse necessária, não mais se manifestando após a diligência efetuada por fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF, que ratificou os ajustes efetuados pelo autuante.

Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e com os ajustes efetuados no lançamento foram eliminadas as incorreções, além de não haver modificação do fulcro da autuação, conforme será abordado na análise do mérito, bem como atendida a solicitação de diligência por fiscal estranho ao feito, considero, assim, não haver vícios que inquinem o Auto de Infração em nulidade e que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

O sujeito passivo se insurge contra os levantamentos apresentando para o exercício de 2006, as Notas Fiscais nos 28.235, 29.397, 29.509, 29.602, 29.789, 29.795, 30147, 30256, 30321 e 30382 o autuante, após solicitação de diligência, inclui as notas fiscais indicadas pela defesa.

Quanto ao produto Candall TMF – BB05, a quantidade do estoque inicial encontrada e indicada pelo autuante, está correta como prova o inventário de 2005, cabendo manter o que está escriturado no livro Registro de Inventário. Inicial (2005) = 40 – fls. 161/Est.Final (2006) = 87 – fls. 166. Permanece o mesmo valor, conforme planilha às fls. 530/531.

Em relação ao produto Karícia – BB05, foi verificado que o item Karícia (Softs) BB05 – é outro produto, portanto, não houve estoque final. O autuante efetuou a devida alteração: “Produto KARICIA - BB05: Est. Inicial (2005) = 19 – fls. 161/Est. Final (2006) = 00 – fls. 166.”. Conforme consta às fls. 530/531.

Após as alterações nas entradas e estoque final, foi apurada omissão de entradas – 87 unidades. A defesa não juntou inventário 2005, portanto, devendo ser mantida as quantidades ajustadas conforme demonstrado às fls. 159 a 163.

No que tange ao exercício de 2007, verifico que, quanto à alegação de duplicidade do Produto LETAHCLOR BB05, Notas Fiscais de Entrada nos: 31217, 31404, 31766, 31036, 32064, 33507, 33938 e 33749, acolhe o autuante as arguições do impugnante e refez o levantamento, às fls. 95 a 100, deduzindo as duplicidades do total das entradas e fazendo as alterações necessárias e comprovadas: Quantidade total de 1.524 unidades.

O aludido produto código nº 0913 – Letahclor, sofreu acréscimo das novas notas fiscais, solicitadas pelo autuado. Assim, a diferença de estoque de omissão de saídas apuradas inicialmente, transformou-se em omissão de entrada.

Em relação às Notas Fiscais nos 31967 e 33297, ficou comprovado que não correspondem ao mesmo produto citado acima. Assim, o autuante excluiu do levantamento fiscal, fls. 100, conforme segue: Quantidade notas excluídas = 160 unidades. O valor total das entradas anterior era de 2.448 unidades, foram excluídas as notas fiscais indicadas acima no total de 1.684 unidades. Restou o total de 764 unidades. Inclusão das notas apresentadas = 245 unidades/Total final das Entradas = 1.009 unidades. (2448 – 1684 = 764 + 245 = 1.009).

Para produto KARICIA BB05, já modificado no exercício de 2006, tem reflexo no estoque inicial de 2007, que

passa a ser zero, resultando na omissão de saídas de 50 unidades. Todas as notas fiscais apresentadas, fls. 449, foram conferidas no livro Registro de Entradas e aceitas no levantamento fiscal, conforme planilhas anexas.

Esclarece o autuante, ainda nesse exercício, que os produtos nºs 0324; 0420; 0487; e 0526, quando foram incluídas as notas fiscais apresentadas pelo autuado o resultado do levantamento original foi modificado. Os produtos nos 0324; 0487; e 0526, passaram a acusar diferenças de omissão de entradas. Sendo que o item 0420, que acusava omissão de saída, passou a indicar omissão de entrada, também, conforme fls. 535/536 (planilhas e demonstrativos, anexos).

No que diz respeito às modificações no exercício de 2008, se verifica que as Notas Fiscais nos (1127, 11128, 11129, 11723, 34218, 34315, 34498, 34671, 34907, 34993, 35243, 35376, 35568, 35702, 36052, 36245, 36368, 36521, 36622, 36813 e 36974) foram incluídas e aceitas no levantamento fiscal, conforme planilhas anexas, confirmada pela diligência da ASTEC/CONSEF.

Quanto aos produtos PED 2001; CED 505 e CED 1005 a alegação de que trata de equipamentos de dosagem, que são enviados para os clientes a título de “comodato”, tendo em vises a apuração das omissões apuradas, não cabe a alegação da destinação, pois não há documento comprobatório de tal alegação, bem como o levantamento quantitativo das omissões de entradas não cabe a presunção que não depende da natureza tributária das mercadorias.

Destaca, ainda o autuante, esclarecendo as arguições defensivas, que: os itens cujos códigos foram citados no tópico 05, as fls. 573 nos (0071, 0301, 0323, 0329, 0343, 0526, 0565, 0867, 0875, 1092, 1095, 1097, 1480, 3672, 3696, 4062, 4063, 4070, 4072, 4078 e 4084), pelo autuado, sob a acusação de terem sido supostamente, “transfigurados”, não passa de saneamento, em virtude da inserção de novos elementos básicos, às fls. 541/544 (planilhas e demonstrativos, anexos).

No que alude aos itens cujos códigos nos 0435, 0487, 888 e 1113, apontados na mesma manifestação, após a inclusão das novas notas fiscais de entradas omitidas pelo autuado, apontaram diferenças de estoque como Omissão de Saída, conf. demonstrativos e planilhas, anexas fls. 541 a 544.

Para o exercício de 2009, verifico que o Produto CLOROGERM BD 25, não considerou a entrada de 54 baldes, constantes das Notas Fiscais nos 13866; 639; 736; 982; 1113, que foram inclusas no novo levantamento fiscal. Nesse item ainda, esclarece, acertadamente, o autuante que não consideraram a saída de 76 baldes referente às Notas Fiscais nos 13775; 13810; 13811; 13817; 13823; 13845; 13892; 13945; 13983; 14011; 14021; 14023; 14061; 14067; 14162; 14170; 14197; 14214; 14216; 14219; 14218, pois não foram apresentadas para comprovar tais alegações.

Quanto ao produto ALVACLOR 180 BD20, o autuante constata que o estoque final do autuado está errado, efetuando a alteração do estoque final de 2009, (fls. 182) de 05 unidades para 19 unidades, conforme nova planilha que anexou aos autos.

Cabe destacar que, atendendo a solicitação do impugnante, bem como visando à certeza da correção dos ajustes efetuados pelo autuante e a conferência relativa à inclusão das notas fiscais no levantamento de estoque, alegadas pelo na peça defensiva, foi convertido o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, às fls. 623, conforme já relatado.

O diligente, às fls. 625/626, informa que analisou os documentos fiscais anexados, fls. 575 a 599, e constatou que os mesmos já foram incluídos pelo autuante quando da sua informação fiscal, o que resultou o débito apontado pelo mesmo á fl. 603 no valor de R\$143.375,11.

Informa que o autuante quanto efetuou a inclusão ou exclusão das notas fiscais, não anexou aos autos as planilhas onde contam as alterações, bem como o lançamento das diversas notas fiscais constante às folhas já citadas.

Diante desse fato, o diligente, através do Sistema SEFAZ, conseguiu os arquivos e os anexou aos autos, em CD e impressos, conforme fls. 627 a 647, onde constata o lançamento das referidas notas fiscais e as alterações ocorridas.

Conforme já relatado, afirma o diligente que analisou os documentos anexados pelo autuado e percebeu que os mesmos já foram incluídos pelo autuante na sua informação fiscal, o que resultou o débito apontado no valor de R\$143.375,11.

Anexa em CD os demonstrativos, constando o lançamento das referidas notas fiscais e suas alterações ocorridas.

Não efetua alterações no demonstrativo de débito, pois não foram apuradas alterações nos demonstrativos do autuante, ora anexados.

Cabe, por derradeiro, que autuado e ao autuante, para que ambos tomassem ciência do resultado da diligência e, caso, queiram, se manifestem no prazo de 30 (dias) dias, conforme o art. 149-A do RPAF/99, fornecendo a ambas as partes cópia do pedido de diligência e do resultado, sem que os mesmos se manifestassem mais nos

autos.

Não verifico pertinência no argumento alinhado pelo sujeito passo quanto à modificação do fulcro da autuação, pois consta claramente na descrição das infrações, que foram apuradas tanto omissões de entradas como de saídas, se levantado em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, de tal forma as aludidas omissões, tanto de entrada como saída, foram consignadas nos levantamentos originais e consignadas na descrição da infração, com as alterações dos quantitativos de estoques, alvo do aperfeiçoamento do lançamento, no curso do julgamento do presente processo administrativo tributário.

Assim, considero mantidos os ajustes efetuados pelo autuante e ratificados pelo diligente da ASTEC/CONSEF, quanto ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, que culminou em um novo valor a ser exigido de R\$R\$143.375,11, conforme demonstrativos às fls. 603. Contudo, o ICMS originalmente lançado no presente Auto de Infração foi de R\$25.352,60, não sendo possível no presente lançamento de ofício se exigir um crédito tributário não lançado originalmente.

Assim,, cabe a manutenção da exigência tributaria nos valores originais das infrações 1 e 2, omissões de entradas, observando que a infração 1 foi modificada de omissão de saídas para omissão de entrada. Quanto a infração 3 foi reduzida, conforme demonstrativo, à fl. 628, que resulta no seguinte demonstrativo de débito do Auto de Infração:

| INFRAÇÃO 3 | | | | | | |
|------------|------------|----------|--------|---------|----------------|--------------|
| D. OCORR. | D. VENCIM. | B. CÁLC. | ALÍQ % | MULTA % | VLR. HISTÓRICO | VLR. EM REAL |
| 31/12/06 | 09/01/07 | 8.361,82 | 17 | 70 | 1.421,51 | 1.421,51 |
| Subtotal | | 8.361,82 | | | 1.421,51 | 1.421,51 |

Recomendo que a INFAZ de origem, refaça uma nova ação fiscal para apurar e exigir a aludida diferença do tributo não reclamado, tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário, devendo se restringir, o aludido novo lançamento, ao período que não foi alcançado pelo prazo decadencial, conforme o dispositivo do RPAF (Art. 156) descrito abaixo:

Art. 156. *Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.*

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 679 a 682), onde alega que a Decisão proferida merece ser reformada, reiterando os argumentos trazidos em sede de Defesa.

Em sede de preliminar, suscita a nulidade do PAF e da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa.

Assevera que a primeira motivação para a nulidade da Decisão “*é encontrada na ausência de manifestação sobre a alegação contida no item 4, da manifestação datada de 09/03/2012, de que foram incluídos na exigência os produtos códigos 0324, 0420, 0487 e 0526 (2007) e 0435, 0487, 888 e 113 (2008), os quais não se encontravam no lançamento original*”, erro que diz causar supressão de instância.

Assevera também que o advogado da parte não teve acesso à diligência de fl. 648, na qual a Decisão foi baseada, uma vez que não foi direcionado aos legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa, restando prejudicado o direito de defesa.

Diz que o processo é nulo ante a ausência de demonstrativos analíticos da apuração, “*fato constatado a partir da diligência de fls. 596*”, argumentando que “*tendo lugar a reabertura do prazo de defesa, como feito mediante a citada diligência, com alteração no lançamento, no que concerne aos produtos, quantidades e valores, a demonstração analítica inicialmente apresentada haveria que ser substituída, posto que é elemento imprescindível à formação do processo*”.

Afiança que o seu direito de defesa também foi cerceado, “*na medida em que as alterações feitas importam na necessidade de exibição, livre e desembaraçada, de novas planilhas analíticas, possibilitando igual desembaraço à defesa*”.

No mérito, alega que as conclusões da JJF foram equivocadas, “*inclusive diante da ausência dos*

novos demonstrativos analíticos”.

Com relação a 2006, produto "KARÍCIA" (assim lançado no demonstrativo do AI), fala que houve a alteração da espécie do mesmo, conforme consignado à fl. 13 do acórdão. Assim, assegura que *“o lançamento original foi MODIFICADO (com reflexos em 2007), irregularmente, sendo imprescindível, no mínimo, como forma de saneamento, a apresentação, quando da reabertura do prazo de defesa, de novas planilhas analíticas”* e, entende, por não tendo sido realizado o saneamento, tal produto deveria ser excluído da autuação.

Já no que tange a 2007, coloca que permaneceu a cobrança sobre produtos que *“não constavam da autuação, modificado que foi o lançamento, sem a apresentação dos correspondentes demonstrativos analíticos”*, sendo modificado o fulcro do lançamento, de omissão de saídas para omissão de entradas, no que se refere aos códigos 0913, 0324, 0420, 0487 e 0526, conforme consta à fl. 13 do acórdão recorrido.

No exercício de 2008, argumenta que foram incluídos indevidamente os produtos códigos 0435, 0487, 888 e 1113, que não constavam do Auto de Infração, os quais devem ser excluídos. Pondera que os códigos PED 2001, CED 505 e CED 1005 são referentes a "equipamentos de passagem", como se pode auferir nas notas fiscais anexas ao PAF, não sendo comercializados pelo autuado e, contrariamente ao entendimento da JJF, não suportam presunção de "omissão de receita", devendo haver exclusão da autuação das mesmas.

Já quanto ao exercício de 2009, no que concerne ao produto CLOROGERM BD 25, diz que resta computar saídas de *“76 Baldes”*, referentes às anexas Notas Fiscais n^{os} 13775, 13810, 13811, 13817, 13823, 13845, 13892, 13845, 13945, 13983, 14011, 14021, 14023, 14061, 14067, 14162, 14170, 14197, 14215, 14216, 14219 e 14218, já apresentadas.

Para o produto *“Alvaclor 180 BD20”*, considera que foi retificado o estoque final informado pelo Digno Auditor, que estava errado (5,00), para 19 BD20. Contudo, as quantidades de entradas e saídas foram modificadas sem razão, aumentando a diferença de saídas de 14 para 70 unidades. Essa majoração, no mesmo sentido da Decisão em relação aos demais exercícios, não pode ser realizada no presente PAF.

Ao final de seu arrazoado, reitera o pedido de novos documentos, nova revisão por fiscal estranho ao feito da conferência das quantidades e valores de cada produto, bem como a nulidade do Auto de Infração, da Decisão recorrida e, no mérito, a improcedência da infração.

Em assentada de pauta suplementar, a então Relatora do processo, na 2ª CJF, converteu o PAF em diligência para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- a) Verificasse se as referidas notas fiscais não constam do levantamento fiscal referente ao produto CLORODERM BD25 (código 0875), no exercício de 2009;
- b) Se constatada a omissão dos documentos fiscais no levantamento, que os incluísse;
- c) Apresentasse novos levantamentos analíticos e sintéticos do referido lançamento com as inclusões porventura efetuadas.

Em resposta, foi exarado a manifestação fiscal de fls. 714 e 715 com as seguintes conclusões:

PRELIMINARMENTE, PE preciso considera o fato detectado pelo autuante, ao examinar cada uma das notas fiscais citadas e juntadas pelo autuado, objeto da diligência solicitada pelo CONSEF. Foi verificado em primeiro lugar, que todas as notas fiscais de entradas e saídas juntadas pelo autuado (fls. 683 a 704) foram devidamente lançadas nos livros Registros de entradas e Saídas de Mercadoria, conforme conferência efetuada, sendo todas elas, rubricadas pelo autuante, como já foi informado anteriormente, pelo autuante. As notas fiscais de entradas 2009, números 13866, bem como, às de saídas números 13775, 13810, 13811, 13817, 13823, 13845, 13892, 13945, 13983, 14011, 14021, 14023, 14061, 14067, 14162, 14170, 14197, 14215, 14216, 14219, 14218, referidas na defesa e juntadas somente agora, extemporaneamente, em condições legíveis, nesta fase recursal, às fls. 679, documentos já analisados e apreciados neste processo, folhas 565 a 589.

COM EFEITO, o RPAF estabelece que eventual incorreção ou omissão e a não-observância de exigência formal ou enquadramento incorreto da infração em dispositivo legal e regulamentar, não invalida, nem anula o

Auto de Infração (Das Nulidades - artigo 18, § 1º. e 19, Capítulo V do RPAF). Não obstante, a sustentação principal do autuado de que o autuante alterou o fulcro da infração, não tem qualquer fundamento que ampare, ficando inteiramente fulminada, neta análise.

II - QUANTO a impugnação de alteração do valor total do débito no Auto de Infração, é natural a sua redução ou majoração na fase de instrução processual até a Decisão final deste CONSEF, considerando-se a inserção de novos documentos pela próprio autuado, com inclusões e exclusões de valores e quantidades (estas últimas no caso de levantamento de estoque), o que acarreta a elaboração de novos cálculos.

III – COM RELAÇÃO ao pedido de produção e juntada de novos documentos, o autuante, protesta pelo seu indeferimento, uma vez que, tem a exclusiva finalidade de protelar e sobrecarregar o processo de tal forma, dificultando a análise para se chegar ao julgamento final. Por outro lado, são documentos que já forma carreados aos autos da fase de defesa e devidamente analisados em fase anterior de julgamento, que não trazem nenhum fato novo ou esclarecimentos, que já, não tenham sido apreciados anteriormente, às fls 572/574. Os demonstrativos de débito e planilha de cálculo, folhas 551 a 556, espelham as alterações efetuadas pelo autuante, decorrente das inclusões ou exclusões das referidas notas fiscais, citadas acima, respondendo os quesitos formulados pelo Sr. Relator, fls 710, conforme abaixo.

#Exercício 2009:

01-Produto CLOROGERM BD 25: não considerado pelo autuante, a entrada de 54 baldes, constantes das notas fiscais de sida número 13866. Todas as notas fiscais apresentadas, que citadas na defesa, fls 683/704, foram conferidas no livro Registro de entradas e aceitas no levantamento fiscal, conf. Planilhas anexas, como foi determinado pelo CONSEF na solicitação de diligência, despacho 523. Esta nfs. Foram inclusas no novo levantamento fiscal, conf. Planilhas anexas, com indiscutível e inevitável, alteração dos valores e resultados do Débito apurado.

02- Não consideraram as saídas de 76 baldes ref. as 13775, 13810, 13811, 13817, 13823, 13845, 13892, 13945, 13983, 14011, 14021, 14023, 14061, 14067, 14162, 14170, 14197, 14215, 14216, 14219, 14218. Estas alegações de defesa não foram comprovadas mediante apresentação das notas ficiais legíveis, respectivas nos autos, Sem comprovação das nfs., as legações nada valem.

Vale ressaltar, que a inclusão de outros documentos apresentados fora da ação fiscal, causou esperado e inevitável reflexo no resultado final do levantamento fiscal. Contudo, é bom lembrar que o autuado obteve o mais amplo direito de defesa exercido, tendo apresentado todos os documentos que julgou necessário e se manifestou por diversas vezes em sua defesa. É evidente que ajuste com a inclusão ou exclusão de documento fiscais contendo novas informações, forçosamente, mudarão as quantidades de mercadorias entradas e saídas, em como, em estoque, resultando na alteração do valor do débito total a pagar

Há de se destacar, também, as considerações do autuante as fls.601 a 603, visto que expressam em síntese o seu entendimento final e totalmente esgotado sobre esse tema, sofisticamente sustentado, cansativamente repetido e exaustivamente examinado, acerca dos mesmos documentos, sob a alegação infundada de que “não foram analisados e incluídos” pelo autuante, como se vê às folhas 619.

Outrossim, deve ser observado o Parecer do Fiscal Revisor, fls. 625/626 PAF (documentos anexos 14/15)

Por fim, o autuante junta os 21 (vinte e um) documentos, anexos, numerados de um a vinte e um, contendo considerações, manifestações do seu entendimento e demonstrativos de débito e planilhas de cálculo, inclusas no presente PAF, como comprovação das alegações ora, apresentadas.”

Intimado do resultado da diligência, o sujeito passivo atravessa nova petição de fls. 746 e 747 aduzindo que houve cerceamento do direito de defesa, pois a diligência solicitada pela CJF não foi atendida.

Diz que não foram incluídas as notas fiscais relativas aos produtos CLORODERM BD25 (código 0875). Ressalta que o autuante não havia feito as inclusões novamente determinadas, sob o argumento de que os documentos não foram apresentados.

Coloca que o autuante, depois de fazer alegações que não se coadunam com a diligência, volta a dizer que “*Estas alegações de defesa não foram comprovadas mediante apresentação das notas fiscais legíveis, respectivas nos autos. Sem comprovação das nfs., as alegações nada valem*”, sem realizar as determinações da CJF.

Ao final, protesta pela nulidade de todo PAF e do lançamento.

À fl. 750 do PAF, o autuante reitera o seu posicionamento sustentado às fls. 714 e 715, e pede pela procedência parcial do Auto de Infração.

Em sessão de julgamento do dia 12 de março de 2015, o n. patrono da empresa faz a juntada das Notas Fiscais legíveis de n^{os} 14001, 14021, 14023, 14061, 14067, 14219 e 14215.

Em posse dessas informações, na sessão de julgamento do dia 24 de março de 2015, a 1ª CJF converteu os autos em diligência para que fossem consideradas todas as notas fiscais trazidas na impugnação, especialmente as notas fiscais de entradas relativas aos produtos CLOROGERM BD 25.

Em resposta, a fiscalização juntou Parecer de fls. 768 a 775, com as seguintes informações, *verbo ad verbum*:

“Finalmente, depois de muita pressão e insistência do autuado, para incluir no levantamento fiscal diversas notas fiscais de saídas, não registradas na escrita fiscal – Livro Registro de Saídas de mercadorias, e por consequência, não informadas a SEFAZ, mediante arquivos magnéticos, contendo os dados das operações realizadas, como foi relatado no parágrafo anterior, por esta razão não foram aceitas e acatadas no levantamento fiscal de estoque, em flagrante irregularidade e infração ao RICMS Dec. 6.284/97, em evidente prejuízo à Fazenda Estadual, o autuante, atende a Decisão do CONSEF, prolatada às Fls. 764/765, que determina a inclusão das referidas notas fiscais no levantamento fiscal, com os valores apurados, já consolidados, mediante planilhas de cálculo e demonstrativos de débito, juntados, aos autos do processo e lançado no Auto de Infração, procedendo as alterações, para zera a diferença apurada de Omissão de saída, do produto código 0875 – Clorogerm bd25, que apresentou diferença de omissão de saída de 74 unidades, ao preço de R\$ 21,56, base de cá. R\$ 16.025,44 – ICMS devido R\$ 2.724,32 – deixa de apresentar débito do imposto”

Em seguida, o n. Fiscal Autuante conclui seu do seguinte modo:

“Portanto, na infração 01 – 04.05.02, referente ao Exercício 2009, com data de ocorrência em 31/12/2009, o valor do débito lançado no auto, que era de R\$7.526,81 – passa a ser de R\$4.802,49. O valor total da Infração, que era de R\$141.953,60 –passa a ser de R\$139.229,28.

Por fim, o autuante junta os 04 (quatro) documento, anexos, numerados de um a quatro, contendo planilhas de valores, demonstrativo de débito, relação de notas fiscais indicadas pelo autuado com os cálculos dos novos valores a serem acatados, atendo pedido do CONSEF”.

Ao final de sua peça, o fiscal pede pela procedência parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação, a empresa refaz o pedido para que as intimações sejam endereçadas para ao advogado da causa.

Também diz que não serão comentados os termos ofensivos postos pela fiscalização e que, no que concerne ao fulcro da última diligência, entende que deve ser excluída da condenação a parcela da R\$2.724,32.

Igualmente repisa que não podem ser aproveitados os valores apontados pela fiscalização em suas revisões fiscais que são superiores àqueles originalmente propostos, conforme já observados pela JJF.

Ao final, protesta pela nulidade de todo o procedimento fiscal e, por via conexa, de todo o lançamento efetuado. Entretanto, caso seja examinado o mérito, clama pela exclusão de todas as parcelas correspondentes aos itens 05 a 08 de seu Recurso Voluntário.

Em seguida, os autos foram remetidos à PGE para análise.

No Parecer de fls. 750 a 752, da lavra da n. Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, após um breve histórico dos fatos e das razões recursais, há o entendimento de que são impertinentes as questões preliminares levantadas pelo sujeito passivo e, no mérito, pontua que não há qualquer alteração em relação à espécie do produto KARICIA, *“mas sim a verificação em sede de diligência que se tratam de produtos diversos, realizados consequentemente os ajustes necessários nas entradas e estoques finais apurando-se omissões de entradas”*.

Já quanto ao produto CLORODEGERM BD25, diz que, com base na diligência solicitada pela CJF, foram feitas as exclusões e as correções pertinentes, consoante às provas produzidas pelo Recorrente.

Diz que merece ser rechaçada a alegação de alteração do fulcro da autuação, face à constatação de omissão de entradas ao invés de saídas, *“vez que o roteiro de levantamento quantitativo de estoques apurou diversas omissões, tanto de entradas quanto de saídas, levando-se em conta para a apuração do imposto a de maior expressão, o que pode ser alterado no curso do processo em face das diligências promovidas em ajuste efetuados”*

Quanto à vedação de majoração de valores, lembra que tal aspecto já foi evidenciado pela JJF e que quaisquer valores acaso encontrados superiores aos valores apurados no lançamento deverão ser objeto de recomendação de novo lançamento.

Por derradeiro, conclui pelo provimento parcial do Recurso Voluntário interposto.

Ato contínuo à aceitação parcial do apelo voluntário, houve o pronunciamento da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, a Dr^a Rosana Maciel Maciel Bittencourt Passos, que acolheu o pronunciamento anterior pela redução do débito.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JJF que julgou o Auto de Infração em epigrafe, Parcialmente Procedente.

O Sujeito Passivo alega a nulidade do Auto de Infração, da Decisão e, no mérito, a existência de inconsistências.

Então vejamos.

Quanto às questões preliminares, no que concerne à suposta falta de manifestação sobre o item 04 da petição datada de 09/03/2012, onde, segundo relata, foram *“incluídos na exigência os produtos códigos 0324, 0420, 0487 e 0526 (2007) e 0435, 0487, 888 e 113 (2008), os quais não se encontravam no lançamento original”*, entendo que a mesma mercê ser acolhida ante aos exames dos demonstrativos originais e dos demonstrativos trazidos nas diligências fiscais.

Quanto à nulidade por falta de intimação, vejo que tal assertiva não pode ser acolhida, uma vez que, há nos autos o Termo de Intimação de fl. 649, cujo AR apresenta-se a fl. 650, comprovando a regular intimação dos responsáveis legais da empresa, espancando qualquer dúvida ou mácula neste sentido.

Também ressalto que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante do Recurso Voluntário, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, a teor do artigo 108 do RPAF/99.

No que tange a suposta nulidade por falta de demonstrativos analíticos da apuração, creio que tal arguição é infundada tendo em vista os documentos e demonstrativos de fls. 541 a 544, 603 e 627 a 647, constantes no arquivo CD juntados na mesma oportunidade.

Em relação à infração 1, relativa à auditoria de estoques, na tabela de fl. 773 referente a última revisão fiscal estão presente vários itens que inicialmente não constavam relacionados dentre as omissões de entradas ou de saídas nas tabelas de fls. 10 e 97, a exemplo de CITY H800, EMUSOIL 130 e CANDAL TMF, que no demonstrativo de fl. 773, agora aparecem como omissão de saídas.

Os demonstrativos de fls. 10 e 97 só relacionaram os produtos CLORGERM, ALVACLOR, LETAHCLOR e KARICIA, dentre as omissões, aparecendo, posteriormente nas revisões fiscais posteriores, novos produtos entre as ocorrências apontadas pela fiscalização, sujeitas à cobrança do ICMS.

Também não se sustenta a infração 2, ante ao demonstrativo de fl. 774 trazido pela autuação, em resposta à última diligência, que insere o período de ocorrência de 2008 da infração 2 (04.05.05), na infração 1 (04.05.02), que ainda salta do valor originalmente cobrado de R\$2.995,04, para inacreditáveis R\$139.229,28.

O último demonstrativo de fl. 774 é diametralmente oposto ao que propõem os demonstrativos iniciais de fls. 10 e 97, tanto por inserir novas ocorrências, tanto por misturar o quanto apurado nas infrações 1 e 2.

Tal apuração da fiscalização leva a conclusão de que ela é absolutamente nula.

Logo, não se sustentam as colocações tecidas no julgamento de piso sobre estes fatos e correções ocorridas durante o processo, pois, tais incongruências eivam de nulidade as infrações 01 e 02, por trazerem insegurança na determinação da própria infração e, conseqüente, na apuração da respectiva base de cálculo, consoante o artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA.

Preliminares parcialmente acatadas, julgando Nulas a infrações 1 e 2.

Passo ao exame do mérito da infração 3, lançada para imputar falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas.

Desde sua defesa inicial, o sujeito passivo alega haver inconsistências na apuração dessa infração. Durante a instrução em primeiro grau, o feito foi convertido em diligência e, consoante a própria revisão fiscal de fl. 628, o débito foi reduzido para R\$1.421,51.

Em seu recurso, a empresa propalou que ainda restavam presentes inconsistências no levantamento fiscal revisado, solicitando a conversão do feito em nova diligência, nas bases dos argumentos e situações levantadas pelo contribuinte. Nestes termos, os autos foram novamente convertidos em diligência, que resultou em novo demonstrativo.

Somente neste item da autuação, a fiscalização apontou os mesmos valores considerados no julgamento de piso.

Pois bem.

Da análise dos autos verifico que não merecem guaridas as teses recursais, eis que todos os fatos apontados pela empresa já foram apurados desde a 1ª diligência, não remanescendo nenhuma ocorrência indevida neste item da autuação.

Portanto, considero a infração 3 é Parcialmente Subsistente, conforme o julgamento de piso.

Logo, pelo todo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para que sejam julgadas Nulas as infrações 1 e 2 deste Auto de Infração, mas mantendo a infração 3, conforme o entendimento dos julgadores de base.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206935.0015/11-0**, lavrado contra **INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.421,51**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se que a INFAZ de origem, que instaure nova ação fiscal para apurar e exigir a aludida diferença do tributo não reclamado, tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário, devendo se restringir, ao período que não foi alcançado pelo prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS