

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0003/13-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DEVIDES & VIANA LTDA.
RECORRIDOS - DEVIDES & VIANA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0077-02/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0291-11/17

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não elidida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração insubsistente face a constatação de erro na apuração do débito. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Após realização de diligência por fiscal revisor, verificou-se o cometimento de erros no trabalho fiscal. Infração procedente em parte. 4. DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO ECONÔMICO-FISCAL. DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO MENSAL DO ICMS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração não impugnada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 2ª JF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/2013, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$464.133,85, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 - 04.05.05 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$87.766,09, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro e setembro de 2009, abril e novembro de 2010, setembro e novembro de 2011, maio e outubro de 2012, conforme demonstrativo e documentos às fls. 17 a 27. Tudo conforme Anexo III, contendo planilhas de auditorias da conta corrente fiscal e cópias dos respectivos espelhos do RAICMS dos exercícios de 2009 a 2012.

02 - 04.05.09 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$217.132,12, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, referente a mercadoria adquirida com imposto pago por substituição tributária, conforme demonstrativo e documentos às fls. 29 a 34. Tudo conforme Anexo IV, contendo relatórios resumo mensal e analítico dos créditos indevidos apropriados, relativos às mercadorias enquadradas na substituição tributária dos exercícios de 2009 e 2010.

03 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$158.815,34, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo aos exercícios de 2009 e 2010, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme levantamentos e demonstrativos às fls. 36 a 76. Tudo conforme anexo V, contendo todos os relatórios e levantamentos relativos a auditoria dos estoques dos exercícios de 2009 e 2010, tendo sido impressas apenas as primeiras e últimas páginas dos mesmos.

04 - 01.05.03 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS), referente aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, sendo aplicada a

multa no total de R\$420,00, conforme documentos às fls. 78 a 80

Após a devida instrução processual, onde o Auditor Fiscal autuante reconheceu as alegações de defesa pertinentes à infração 2, entendendo pela sua improcedência, a referida Junta de Julgamento fiscal (JJF), conforme os argumentos abaixo colacionados, julgou o Auto de Infração Procedente em parte. Vejamos:

VOTO

Na defesa foi suscitada em preliminar a nulidade da ação fiscal, por cerceamento de defesa, sob alegação de que os documentos arrecadados durante a ação fiscal não foram integralmente devolvidos com a intimação acerca do AI, especialmente as notas fiscais relativas ao item 02.

Constato que o autuante não contestou esta alegação, porém, comprovou, após a informação fiscal, ter devolvido dois livros Registro de Inventário e notas fiscais de entradas dos anos de 2009 e 2010, bem como, foi entregue uma cópia da informação fiscal, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos, possibilitando-lhe exercer a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, além de cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, sendo respeitada a ampla defesa e contraditório.

Sobre a juntada posterior suscitada na defesa, não existe na legislação tributária até antes de julgamento, nenhum óbice para que sejam juntados os demonstrativos e os documentos, que diz já ter identificado e repercutido no presente lançamento de ofício.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para que a ASTEC/CONSEF procedesse revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

No mérito, na análise das peças processuais verifico que a infração 04, relativa a acusação de declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através das DMAs dos anos de 2010, 2011 e 2012. É subsistente, porquanto o sujeito passivo em sua defensiva silenciou a respeito.

Verifico, ainda, que em relação à infração 02, referente a utilização de crédito fiscal sobre aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o patrono do autuado logrou êxito em sua informação de que à luz do artigo 346 do RICMS/97 e do item 73 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/2009, as mercadorias não se encontram no regime de substituição tributária, e portanto, devido o crédito fiscal utilizado sobre as mesmas. Inclusive o autuante admitiu o equívoco no lançamento tributário deste item, o que torna improcedente a autuação em relação a este item.

No que tange à infração 01, o fulcro da autuação é de que ocorreu recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Nos demonstrativos às fls.17, 20, 23, e 25, encontram-se demonstrados os valores resultantes da comparação entre os valores apurados nos anos de 2010 a 2012, para os valores recolhidos. Verifico que os números constantes nestes demonstrativos correspondem exatamente com os valores apurados pelo próprio autuado no Registro de Apuração do ICMS às fls. 18, 19, 21, 22, 24, 26 e 27.

Na impugnação deste item, o patrono do autuado considerou descabida a acusação fiscal, destacando que no caso do mês de janeiro de 2009, não seria sensato imaginar que a empresa iria apurar débito de R\$81.727,27 e recolher apenas R\$175,39. Verifico no demonstrativo à fl. 17 que em todos os meses foram apurados valores significativos, sendo que nos meses de fevereiro a dezembro consta que ocorreram os devidos recolhimentos, exceção do mês de janeiro.

Foi alegado ainda na defesa que as divergências decorreram de erros no lançamento, ou na apuração dos valores a recolher, o que diz que será devidamente apurado e comprovado, tendo em vista o volume de sua base documental (notas de entradas e saídas e respectivos registros).

A infração está devidamente caracterizada através dos elementos de provas apresentados pelo autuante, e o sujeito passivo se limitou a alegação sem qualquer documento de prova.

Não acolho o pedido do autuado para revisão fiscal, consoante já indeferido no início deste voto, pois foi concedido o prazo legal para a defesa, e não foi comprovado qualquer impedimento para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ressalto que o patrono do autuado até a data do julgamento da lide nada apresentou

para comprovar suas alegações.

Quanto a alegação de que em vários meses ocorreram recolhimentos a maior, cabe ao autuado pleitear a restituição, se assim o desejar, junto a autoridade fazendária competente.

Por essas razões, mantenho o lançamento deste item.

Com relação ao item 03, pelo lançamento ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação em auditoria de estoques de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas, relativamente aos exercícios de 2009 e 2010.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias encontra-se devidamente demonstrado às fls. 36 a 76 e CD à fl. 15, onde constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito .

De acordo com os demonstrativos e o CD acima citado, o levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais a fiscalização especifica os produtos objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nos dados constantes nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, e no Registro de Inventário, informados no arquivo magnético entregue à SEFAZ, inclusive corrigido conforme informação do autuante. E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que houve erro nas quantidades dos estoques inicial e final dos exercícios fiscalizados.

Para comprovar o alegado, o sujeito passivo acostou às fls. 113 a 121, cópia do Acórdão JJJ nº 0309-03/13, referente a outra autuação em nome do autuado. Da análise do referido julgamento, constato à fl. 116, que o revisor fiscal naquele processo em momento algum disse que houve erro nos estoques; o que consta é que não haviam sido consideradas várias notas fiscais de saídas no levantamento quantitativo de 2007 e 2008, sem qualquer referência a alteração dos estoques.

Pelo argumento do defendente, se depreende que ele entende que na medida que foram inseridas notas fiscais na auditoria de estoques, este fato gerou alterações nos estoques. É notório que as quantidades do estoque final é determinada pela contagem física das mercadorias no final do exercício, servindo esta quantidade como estoque inicial do exercício seguinte, e assim, sucessivamente. Portanto, o fato de ocorrido ajustes nas quantidades das saídas ou entradas, em auditoria de estoques de determinado período, não tem o condão de alterar as quantidades do estoque final.

Além do mais, no presente caso, o patrono do autuado não apontou objetivamente, ainda que por amostragem, quais as mercadorias que constavam no levantamento quantitativo com os estoques errados.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$247.001,43.

INFRAÇÕES	VL. INICIAIS	VL. JULGADOS
1	87.766,09	87.766,09
2	217.132,12	-
3	158.815,34	158.815,34
4	420,00	420,00
TOTAIS	464.133,55	247.001,43

Com base nos, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Inconformado a Decisão proferida, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, objetivando a reapreciação da Decisão de piso.

Inicialmente ratifica o pedido de nulidade suscitado na defesa inicial, por entender que houve cerceamento do direito de defesa, na medida em que os documentos arrecadados durante a ação fiscal não foram integralmente devolvidos com a intimação acerca do Auto de Infração, fato, conforme consignado às fls. 04 do acórdão recorrido, não contestado pelo autuante.

No mérito, quanto à infração 1, reitera que as supostas divergências certamente decorreram de erros no lançamento, ou na apuração dos valores a recolher, o que pode ser apurado na base documental do autuado (notas de entradas e saídas e respectivos registros), ficando renovado,

diante dos indícios apresentados a partir dos relevantes "saldos credores", o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito.

Assim, existindo créditos, de logo pede a devida compensação.

No pertinente à infração 3, alega que é que é impossível o autuado vender aparelhos de "ar condicionado", condensadores etc., sem nota fiscal, devido à necessidade decorrente da "garantia de fábrica". Com relação a este item, o autuado afirma que não vendeu as mercadorias citadas no Auto de Infração sem notas fiscais. Apesar de se encontrar prejudicada pela não devolução integral dos documentos arrecadados, pelo que pede, como meio de prova, a posterior juntada de demonstrativos e documentos, insistindo no ponto identificado e indevidamente afastado pela JJF.

Afirma que houve equívoco na elaboração do presente Auto de Infração, citando o Auto de Infração nº 269114.4002/11-9, onde a diligência realizada por fiscal estranho ao feito verificou alterações em sua elaboração, vez que os estoques, incluindo o de 2008, foram considerados equivocados desde 2007, pois não foram computadas informações de saldos constantes do LRI.

Deste modo, defende que os estoques a serem computados, são aqueles encontrados, examinado o lastro documental, a partir da diligência realizada no Auto de Infração nº 269114.4002/11-9, conforme fls. 375 a 382, do citado Auto de Infração.

Assim, advoga no sentido de que se faça uma revisão total da apuração, de 2009 e 2010, devido a influência dos estoques, a partir do final de 2008 (inicial de 2009), que comprovadamente foram inseridos no lançamento com quantidades que não correspondem à realidade. Por isso, pede, como meio de prova, a posterior juntada de demonstrativos e documentos e, notadamente, revisão por fiscal estranho ao feito, para os devidos ajustes, iniciando pelos estoques iniciais de 2009.

Ademais, aponta que se encontra equivocada a interpretação da JJF, de que *"as quantidades do estoque final é determinada pela contagem física das mercadorias no final do exercício"*, pois a contagem decorreu de informações dos arquivos magnéticos, que comprovadamente continham erros. E se a própria fiscalização apurou tais erros e apurou novas quantidades, se tais quantidades não forem consideradas a repercussão nos exercícios posteriores prevalecerá, em detrimento do Contribuinte. Assim, os estoques finais de 2008, iniciais para 2009, são aqueles apurados e, portanto, provados pela própria fiscalização, e devem compor a auditoria.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e, visando o esclarecimento dos fatos acima relatados, pugna pela revisão por fiscal estranho ao feito, pede o provimento do presente Recurso Voluntário e a consequente nulidade da ação fiscal e, por via conexa, dos itens 1 e 3 Auto de Infração, e, ao final, a improcedência de tais itens do lançamento de ofício.

Em 22 de fevereiro de 2015, a Procuradora Geral do Estado (Procuradoria Fiscal) emitiu Parecer opinando pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, vez que ao analisar os autos, a i. Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz verificou que tanto na impugnação como em grau de Recurso, o autuado não apresentou qualquer documento capaz de afastar as infrações 1 e 3 legitimamente apuradas.

Ademais, conforme preleciona o art. 143 do RPAF vigente, *"a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal."*

Em Sessão de Julgamento realizada em 11 de julho de 2015, esta 1ª CJF, considerando as alegações trazidas pelo Contribuinte de que há diferenças entre os saldos iniciais e finais apurados em seus livros e aqueles lançados neste Auto de Infração, bem como pela ausência de cópia dos livros registro de inventário dos anos de 2008 a 2010, converteu o feito em diligência, em Decisão não unânime, à INFAZ de origem, para que o autuante tomasse as seguintes providências:

1. Intimasse a empresa para que esta reapresentasse em 10 dias os Livros Registros de Inventário dos exercícios de 2008 a 2010;
2. Com a entre a dos referidos livros, fosse feito o cotejo entre os valores constantes nos livros originais reapresentados e os valores apurados neste levantamento, especialmente os saldos iniciais e finais das mercadorias objeto da infração 03;
3. Havendo divergência, elaborasse novo demonstrativo com base nos livros de inventário arrecadados, desprezando as divergências dos arquivos, porventura existentes;
4. Anexasse cópia dos referidos livros nos autos.

Após a conclusão dos trabalhos, foi dada ciência ao Contribuinte para tomar ciência da diligência solicitada, reabrindo prazo de 30 dias para sua manifestação, caso achasse necessária.

Em realização da diligência solicitada, o fiscal autuante, em suas considerações iniciais, afirma não haverem inconsistências no Auto de Infração.

Intimado o Contribuinte, este apresentou os documentos solicitados, conforme as páginas citadas na fl. 183, cujos valores dos livros apresentados estão exatamente iguais aos informados nos Reg. 74, conforme relatórios específicos contidos no CD/DVD anexo fl. 186.

O fiscal diligente acostou também cópias de páginas dos LRI's, como amostragem de códigos de produtos inventariados com omissões de saídas em 2009 e 2010, fazendo a devida relação.

Ademais, cotejou com os declarados via Reg. 74 (inventário) contidos nos relatórios das omissões de 2009 e 2010, também anexadas para melhor visualização e comparação (fls. 213 a 221), demonstrando, de forma indubitável, que as informações contidas em ambas as fontes, LRE e Reg. 74, são consistentes/coincidentes, não cabendo qualquer revisão ou retificação das omissões levantadas.

Em sua conclusão, aduz que diante dos argumentos apresentados, da legalidade dos procedimentos levados a efeito, dos levantamentos efetuados e anexados, das informações e evidências documentais acostadas na diligência solicitada, e das alegações da defesa desprovidas de levantamentos ou documentos comprobatórios que sustentem suas afirmações, pede pela manutenção na íntegra das decisões já proferidas, por ser de inteira justiça.

Em manifestação, o Contribuinte alega, com relação à infração 3, é imprescindível que se faça uma revisão total da apuração, de 2009 e 2010, devido à influência dos estoques, a partir do final de 2008 (inicial de 2009), que comprovadamente foram inseridos no lançamento com quantidades que não correspondem a realidade, pois seriam destoantes daqueles apurados em diligência levada a efeito para instruir o outro PAF.

Ultrapassando a discussão dos estoques, afirma que, conforme os demonstrativos anexos, com a indicação, em cada item, da NF correspondente, a padronização das mercadorias, pelas espécies, no Auto de Infração, não está correta e, assim, os resultados foram contaminados.

Informa que apurou sua movimentação com fiel observância das diversas espécies de mercadorias, as quais, não observadas, geraram contagens distorcidas, pois certamente ocorreram problemas na migração dos dados, referentes aos códigos, discriminações das mercadorias e CFOPS. Aponta que, especificamente em relação aos CFOPS mencionados (constantes dos demonstrativos anexos, com indicação dos códigos e NFS pertinentes), os erros foram do autuante, que não fez inclusões ou fez exclusões indevidas.

Explica que, nos demonstrativos anexos, as quantidades são “compensadas”, quando a padronização das espécies é feita de forma correta, e que isso, por si só, indica que a auditoria possui muitas falhas e, portanto, não espelha a mínima segurança.

Aduz que, em atenção a Portaria nº 445/98 deveria ter sido feito o agrupamento de todos os produtos semelhantes (e são os mesmos), existindo apenas diferenças de voltagem, aromas, cores, etc., cujos dados, migrados para a auditoria, foram confundidos. Dessa maneira, as quantidades que faltaram de “um produto” sobraram em “outro”, e vice versa, mas são os

mesmos, ou similares (alterando apenas voltagem, cor, etc.) e assim deveriam ser apurados.

Passa a discorrer sobre as tabelas anexas, demonstrando com detalhes as razões acima trazidas quanto aos CFOPS e as notas relacionadas, esclarecendo que falta uma apresentação comparativa e indicação precisa das falhas no CFOPS, momento em que pede prazo de 15 dias para a juntada das planilhas comparativas, com indicação dos códigos e notas.

Ademais, reitera a necessidade de revisão por fiscal estranho ao feito, pedindo o provimento do Recurso Voluntário e a consequente nulidade ou improcedência da autuação.

Este presente PAF foi novamente encaminhado à PGE, na pessoa da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, para emissão de Parecer conclusivo.

Em seu opinativo, após apartada síntese dos acontecimentos posteriores ao voto de primeiro grau, afirma que, em homenagem ao princípio da verdade material, comunga do entendimento de que os autos devem ser encaminhados à ASTEC para apreciação dos equívocos suscitados pelo sujeito passivo e das provas materiais colacionadas aos autos.

Em Sessão de Julgamento realizada em 02 de dezembro de 2015, em relação à infração 3, após sustentação oral do patrono da empresa, que apontou novos aspectos sobre o levantamento quantitativo e que varias notas fiscais apresentadas ao processo não foram desconsideradas no levantamento fiscal, indicadas às fls. 231 a 239 (exercício 2009) e fls. 278 a 361 (exercício 2010).

Assim, o PAF foi novamente convertido em diligência para a INFAZ de origem, para que o Fiscal Autuante tomasse as seguintes providências:

1. Intimasse a empresa para que esta apresentasse em 10 dias as notas fiscais que entende não terem sido consideradas no levantamento quantitativo da infração 03 e quais foram as mercadorias que estão com estoques errados;
2. Após a entrega das referidas informações, verificasse se as citadas notas fiscais representavam efetiva movimentação de estoque ou se foram desconsideradas no levantamento fiscal;
3. Estando corretas as ponderações do Contribuinte, quanto aos estoques errados, incluísse no levantamento fiscal reelaborados o demonstrativo de debito da infração 03.
4. Após a conclusão dos trabalhos, foi dada ciência ao Contribuinte para tomar ciência da diligência solicitada, reabrindo prazo de 10 dias para sua manifestação, caso achasse necessária.

Foi designado fiscal estranho ao feito para a realização da diligência, vez que o Fiscal Autuante encontrava-se em Licença Prêmio e a empresa autuada passou à INFAZ VAREJO desde 02/02/2015.

Em cumprimento da diligência solicitada, o auditor fiscal revisor informa que, com o objetivo de atender a solicitação da 1ª CJF e verificar as argumentações do autuado, efetuou em 01/08/2016 intimação para a apresentação das citadas notas fiscais ausentes do levantamento quantitativo de estoque e a indicação das mercadorias, cujos estoques estariam incorretos, que foi atendida, parcialmente, pelo representante do autuado, na data de 26/08/2016, com juntada de cópias reprográficas de notas fiscais ao PAF, ressaltando que não houve manifestação quanto aos itens de mercadorias que estariam com os estoques supostamente errados.

De posse dos documentos apresentados pelo autuado e dos mesmos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA), enviados pelo próprio autuado e utilizados pelo autuante para elaborar o levantamento quantitativo de estoque, informa o fiscal revisor que efetuou a carga dos referidos arquivos magnéticos para o sistema de Auditoria Fiscal Automatizada (SAFA), selecionando os mesmos itens de mercadorias do levantamento original e refazendo os agrupamentos das mercadorias, conforme padronização e características técnicas descritas nas tabelas anexadas pelo autuado (fls. 240/276 e 362/372). Ademais, diz que, quando pertinente, efetuou a inclusão do CFOP's e das notas fiscais indicadas pelo autuado, nos casos de efetiva movimentação de mercadorias estocadas.

Desta forma, após os reparos necessários, foram elaborados novos demonstrativos do

Levantamento Quantitativo do Estoque referente aos exercícios de 2009 e 2010, redundando nos seguintes valores de crédito reclamado:

Exercício	ICMS a Recolher Apurado Nesta Diligência
2009	1.756,25
2010	1.634,75
TOTAL	3.391,00

Em manifestação, o Contribuinte informa, as alegações restaram comprovadas e que, feita a auditoria na forma regular, o débito total seria de R\$ 3.391,00.

Assim reitera os pedidos já formulados pelo provimento do Recurso Voluntário e a consequente nulidade da ação fiscal, e por via conexa, dos itens 1 e 3, a improcedência de tais itens do lançamento de ofício, ou no máximo, em relação ao item 3, pela sua procedência parcial no total de R\$3.391,00.

A PGE, em despacho proferido pelo i. Procurador José Augusto Martins Júnior opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, comungando integralmente com os valores apontados na diligência de fls. 1150/1151, em que restou depurado o levantamento quantitativo de estoque, após análise de documentos colacionados pelo autuado, aplicando-se o quanto disposto no art. 3º, III da Portaria nº 445/98, opinativo este que foi acolhido em sua integralidade pela Procuradora Assistente Rosana Maciel Passos.

VOTO (Vencido quanto à infração 3 – Recurso Voluntário)

O presente Auto de Infração versa sobre o suposto cometimento de 4 infrações por parte do sujeito passivo, o que acarretou num crédito tributário no valor de R\$464.133,85 junto ao fisco baiano.

Durante a instrução processual, em sede de informação fiscal, o fiscal autuante reconheceu a improcedência da infração 2, referente a utilização de crédito fiscal sobre aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Restou comprovado que incorreu em equívoco o fiscal autuante que, à época dos fatos, interpretou a situação como crédito indevido em decorrência da descrição e NCM das mercadorias elencadas estarem no rol das sujeitas a ST interestadual.

O equívoco se deu pelo entendimento do fiscal de que a atividade complementar do contribuinte (CNAE 4322302 – “*Instalação e manutenção de sistemas centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração*”), estaria relacionada à construção civil, portanto, dentro do previsto no Protocolo ICMS 104/2009.

Tal improcedência ensejou o Recurso de Ofício ora apreciado.

Compulsando os autos, não restam dúvidas de que tal redução se torna de extrema justiça, uma vez que não houve o cometimento da infração imputada ao Contribuinte, mas sim, como já dito anteriormente, um equívoco de entendimento do fiscal no momento da autuação, o que foi devidamente corrigido.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Vencida tal questão, restaram as infrações 1, 3 e 4, sendo as infrações 1 e 3 objetos do Recurso Voluntário. A infração 4 não foi questionada pelo Sujeito Passivo, restando subsistente sua imputação.

Preliminarmente, aduz o Recorrente a nulidade por cerceamento de defesa, na medida em que os documentos arrecadados durante a ação fiscal não foram integralmente devolvidos com a intimação acerca do Auto de Infração, conforme consignado à fl. 04, não contestado pelo autuante.

Tal nulidade foi apreciada pelo julgador de piso que afirmou o seguinte: *Constato que o autuante não contestou esta alegação, porém, comprovou, após a informação fiscal, ter devolvido dois*

livros Registro de Inventário e notas fiscais de entradas dos anos de 2009 e 2010, bem como, foi entregue uma cópia da informação fiscal, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos, possibilitando-lhe exercer a ampla defesa e o contraditório.

Ora, durante todo o curso processual restou caracterizada a ampla divulgação de todos os atos processuais com vistas a todos os documentos elaborados e trazidos aos autos ao Contribuinte, não restando motivação para a nulidade suscitada.

Deste modo, ultrapasso a nulidade apontada, entendendo pela sua improcedência.

A infração 1 trata de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Alega o recorrente que as supostas divergências certamente decorreram de erros no lançamento ou na apuração dos valores a recolher, o que poderia ser saneado apurando-se a sua base documental.

Diante de tais alegações, o recorrente não trouxe documentos ou outros argumentos mais objetivos que ensejassem numa mudança de posicionamento por esta câmara, o que determina a manutenção da infração.

No decorrer do processo, entre diligências, manifestações do autuante e do autuado, a defesa do recorrente concentrou-se na infração 03, que versa sobre auditoria de estoques de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas, relativamente aos exercícios de 2009 e 2010.

Após contestar a realização da diligência realizada pelo autuante, este processo, que já havia passado por uma primeira diligência solicitada por esta Câmara de Julgamento Fiscal, no intuito de apurar as alegações trazidas pelo Contribuinte, foi novamente convertido em diligência, a qual foi realizada por fiscal revisor estranho ao feito e ligado à INFAZ VAREJO, vez que a empresa recorrente, em 02/02/2015 passou a ser varejista.

Em sua realização, o fiscal revisor, de posse dos documentos apresentados pelo autuado e dos mesmos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA), enviados pelo próprio autuado e utilizados pelo autuante para elaborar o levantamento quantitativo de estoque, efetuou a carga dos referidos arquivos magnéticos para o sistema de Auditoria Fiscal Automatizada (SAFA), selecionando os mesmos itens de mercadorias do levantamento original e refazendo os agrupamentos das mercadorias, conforme padronização e características técnicas descritas nas tabelas anexadas pelo autuado (fls. 240/276 e 362/372). Efetuou também, quando pertinente, a inclusão do CFOP's e das notas fiscais indicadas pelo autuado, nos casos de efetiva movimentação de mercadorias estocadas.

Finalizado o trabalho de revisão, foram elaborados novos demonstrativos do Levantamento Quantitativo do Estoque referente aos exercícios de 2009 e 2010, redundando nos seguintes valores de crédito reclamado quanto à infração 3:

EXERCÍCIO	ICMS A RECOLHER APURADO NESTA DILIGÊNCIA
2009	1.756,25
2010	1.634,75
TOTAL	3.391,00

Após a revisão retro mencionada, os autos foram encaminhados à PGE para emissão de Parecer conclusivo.

No opinativo exarado, o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, entendeu pela Procedência Parcial do Recurso Voluntário, comungando integralmente com os valores apontados na diligência de fls. 1150/1151, em que restou depurado o levantamento quantitativo de estoque. Entendimento este ratificado pela Procurado Assistente em Despacho proferido.

Em Sessão de Julgamento realizada em 04/10/2017, após a apreciação do presente PAF pelo Conselheiro Ildemar Landin, verificou-se que o demonstrativo apresentado ainda continha

equivocos nos agrupamentos realizados, a saber:

O produto “LÂMPADA 40W 127V P/GELAD” teve um cômputo de 16 entradas de mercadorias e nenhuma saída, ao passo que o produto “LÂMPADA 30W 220V TRILUX” não teve nenhuma entrada registrada, mas teve 16 saídas.

Considerando que ambos os produtos são praticamente de mesma natureza, e verificando a possibilidade de agrupamento destas, resta justificada a ausência de diferença em relação ao produto “LÂMPADA”.

Observou o i. Conselheiro que o mesmo aconteceu com outros produtos ainda pertencentes neste demonstrativo pós-diligência, Vejamos:

PRODUTO	ENTRADA	SAÍDA	DIFERENÇA
BOMBA P/REM COND 7L 1S-MINI	0	1	0
BOMBA P/REM COND 14L 8M ORANGE	1	0	
PRODUTO	ENTRADA	SAÍDA	DIFERENÇA
CAPACITOR ELETROLIT 130 X 156 A	1	0	0
CAPACITOR 45 MFD 380V	0	1	
PRODUTO	ENTRADA	SAÍDA	DIFERENÇA
CORREIA A-30	0	1	0
CORREIA B-85	1	0	
PRODUTO	ENTRADA	SAÍDA	DIFERENÇA
PRESS CART CC 80W 19.0/13 5 ALTA	3	0	0
PRESS KP 36 2-24	6	0	
PRESS CART ACB – 2 UB215W 385/260	0	9	

Diante de tais constatações, percebe-se que o demonstrativo ainda contém imprecisões, o que denota total insegurança da infração. Ao meu ver, manter uma infração que a cada apuração é diagnosticado um novo equívoco é incorrer em injustiça e cobrança de valores incertos.

Assim, com base no art. 18, inciso IV, ‘a’ do RPAF/99, o qual dispõe que será nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, voto pela nulidade da presente infração, uma vez que, após empreendidos todos os esforços possíveis para a elucidação da apuração dos cálculos, permanece a infração sem segurança e liquidez.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a infração 1 e reconhecendo a alteração de valores da infração 3, que passou de R\$158.815,34 para R\$3.391,00 após revisão fiscal realizada.

INFRAÇÕES	VL. INICIAIS	VL. 1ª INSTÂNCIA	VL. 2ª INSTÂNCIA
1	87.766,09	87.766,09	87.766,09
2	217.132,12	-	-
3	158.815,34	158.815,34	3.391,00
4	420,00	420,00	420,00
TOTAIS	464.133,55	247.001,43	91.577,09

VOTO VENCEDOR (Infração 3 – Recurso Voluntário)

Com a devida vênia, venho discordar do voto da Eminente Relatora, acerca da nulidade da infração 3. Como bem pontuado pela ilustre Conselheira, este julgador que aqui diverge, de fato constatou ainda que havia erros passíveis de correção na infração 3, por conta de itens similares como as lâmpadas, capacitores e bombas, que por verossimilhança na descrição, esta Câmara tem em farta jurisprudência acatado a presunção de erro não do autuante, mas do próprio autuado, que ao dar saídas de produtos similares ou em eventuais trocas, acaba por cometer erros justificáveis quanto às operações de saída, muito bem caracterizadas quando as omissões de

entrada são praticamente iguais às omissões de saídas detectadas.

No caso em tela, de fato, mesmo após o julgamento de primeira instância, foi possível perceber alguns erros residuais, contudo, embora o levantamento inicial tenha sido do valor expressivo de R\$158.815,34 foi reduzido no julgamento de primeira instância para apenas R\$3.391,00, o levantamento de estoques tem alta precisão quanto aos itens e documentos considerados, sendo os erros do tipo apontados passíveis de correção, e isto não significa falta de certeza e liquidez por conta de que o levantamento foi reduzido a 2% do valor inicial, mas tão somente o resultado do pleno exercício da ampla defesa.

Evidente que o Recorrente não trouxe nenhuma comprovação quanto itens residuais que não contem qualquer verossimilhança com outros, como TURBINA ELGIN, que apontou a omissão de saída de um item e bastaria para tal apresentar a nota fiscal de saída que elidisse o lançamento deste item.

Assim, face ao exposto, reduz a infração 3 após o julgamento de primeira instância, excluindo os itens LÂMPADA, BOMBA P/REM COND, CAPACITOR ELETROLIT, CORREIA E PRESS CART, ficando os exercícios de 2009 e 2010, respectivamente nos valores de R\$1.580,87 e R\$1.634,75, sendo que nenhum dos itens considerados no agrupamento aparecem no exercício de 2011, razão porque permanece inalterado este exercício quanto ao valor julgado na primeira instância.

Face ao exposto, acolho a Procedência Parcial da infração 3, reformando a decisão de piso de R\$3.391,00, para **R\$3.215,62**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** ao Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria quanto à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 140779.0003/13-7, lavrado contra **DEVIDES & VIANA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$90.981,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$87.766,09, 70% sobre R\$1.580,87 e 100% sobre R\$1.634,75, previstas no artigo 42, incisos II, “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$420,00**, prevista nos incisos XVIII, “c”, do citado artigo e dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 3 – Recurso Voluntário) - Conselheiros: Ildemar José Landin, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 3 – Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, João Roberto Sena da Paixão e Edvaldo Almeida dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infração 3 – Recurso Voluntário)

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – VOTO VENCEDOR
(Infração 3 – Recurso Voluntário)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS