

PROCESSO - A. I. N° 295309.0041/10-0
RECORRENTE - CARL LEONI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2^a CJF n° 0345-12/15
ORIGEM - INFAS CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0315-12/17

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

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração em relação à Decisão proferida por esta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, em 26/10/2015, fls. 476/485, quando apreciou os Recursos de Ofício e Voluntário relativos ao Acórdão da 3^a JJF n° 0077-03/15 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/10/2010, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$86.295,30 (oitenta e seis mil duzentos e noventa e cinco reais e trinta centavos), em decorrência do cometimento de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006.

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

Este Conselho de Fazenda, por Decisão unânime, Não deu Provimento ao Recurso de Ofício e

julgou Parcialmente Provido o Recurso Voluntário para reduzir a exigência fiscal, que havia sido revista pelo julgamento de piso para o valor de R\$42.996,30, reduzindo-a ao montante de R\$36.846,68, através o voto condutor do Ilustre Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, a seguir transscrito:

VOTO

A Infração imputada ao contribuinte é a de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

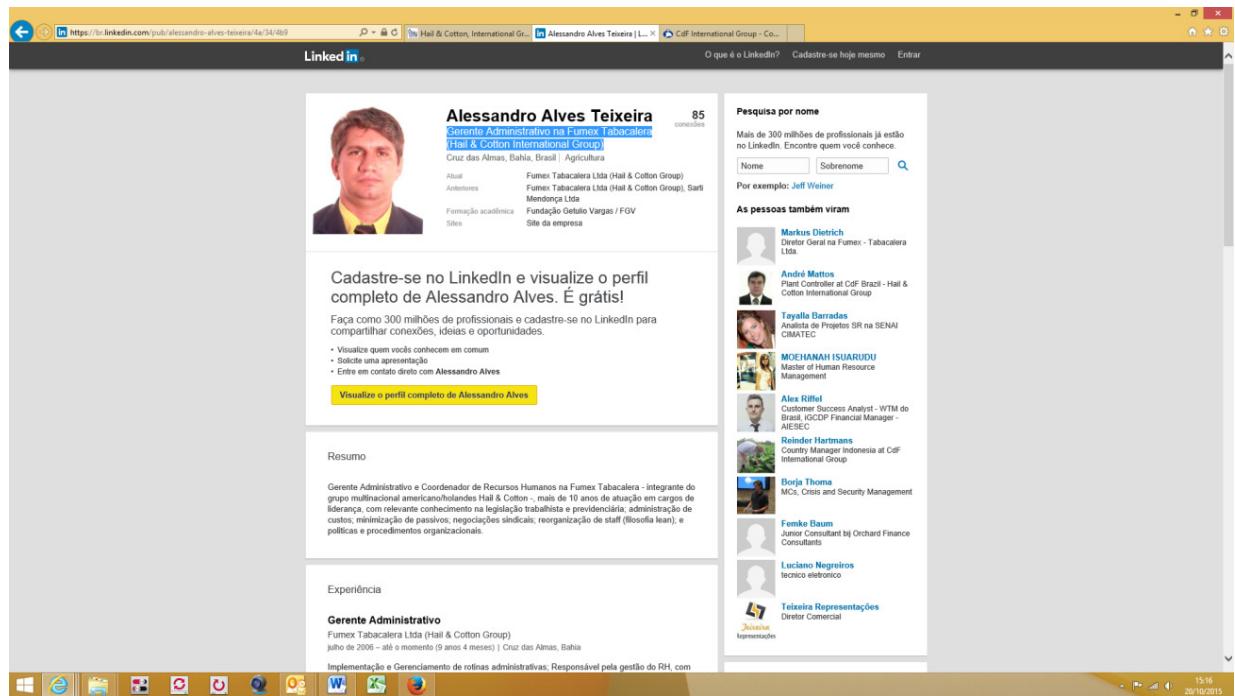
Por sua vez, ao realizar busca sobre o grupo CDFINTL (<http://www.cdfintl.com/about-us/company-history/company-history.asp>) é uma multinacional holandesa com histórico da produção de tabaco em diversas partes do mundo, da qual faz parte a companhia Hail & Cotton International Group (HCIG), (<http://www.cdfintl.com/about-us/company-history/company-history.asp>),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

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

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



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



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

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

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

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

Em razão disso, rejeito a preliminar de nulidade apresentada haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em tempo, cumpre ressaltar que em momento algum o Recorrente questiona de forma concreta os cálculos realizados pela auditora.

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

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

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

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Às fls. 495/500, o Contribuinte interpõe PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO argüindo erro material na Decisão proferida por esta Câmara.

Em apertada síntese o Sujeito Passivo alega que houve uma duplicidade no valor de R\$5.156,92 relativa ao exercício de 2005.

Aponta, in verbis que:

No voto condutor do Acórdão, o Relator afirmou que assisti razão à Carl Leoni, vez que não seria o caso de se aplicar o percentual de quebra de 20% para mercadorias recebidas em devolução de processo de industrialização, vez que eventual perda se deu fora do estabelecimento da Carl Leoni. Afirmou que, analisando a Nota Fiscal nº 68.436, é possível constatar que o percentual de perda já se encontra discriminado. Vide abaixo:

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

– COMO DEVERIA SER A COMPOSIÇÃO FINAL DO AUTO DE INFRAÇÃO APÓS O ACÓRDÃO DA 2ª CÂMARA DO CONSEF

01. Em sendo assim, a composição final do Auto de Infração após o Acórdão proferido em 26/outubro/2015 pela 2ª Câmara deveria ter a seguinte composição:

AUTO DE INFRAÇÃO	PRESUNÇÃO DA AUDITORA R\$	PRESUNÇÃO ELIDIDA NF nº 68.436 R\$	PRESUNÇÃO DA AUDITORA RESTANTE R\$	ACRÉSCIMO DE PRESUNÇÃO PELA AUDITORA R\$	PRESUNÇÃO DA AUDITORA FINAL R\$	EXCLUSÃO DA PRESUNÇÃO PELA 2ª CÂM./CONSEF R\$	SALDO FINAL DE PRESUNÇÃO R\$
31/12/2005	81.138,38	(54.605,36)	26.533,02	11.306,36 (1)	37.839,38	(11.306,36) (1)	26.533,02
31/12/2006	5.156,92	-	5.156,92	-	5.156,92	-	5.156,92
TOTAL	86.295,30	(54.605,36)	31.689,94	11.306,36 (1)	42.996,30	(11.306,36) (1)	31.689,94

PARECER DA PGE/PROFIS

Às fls. 512/526 o Douto Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, exara Parecer Opinativo pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado pelo Contribuinte, por considerar que o mesmo não preenche os requisitos esposados na norma prevista no art. 169, I, do RPAF/BA, a qual transcreve.

Ensina que o PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO prescinde do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: *a) que a Decisão da Câmara tenha reformado no mérito a do juízo administrativo originário; b) que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito ventilados na defesa e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.*

Daí conclui que a utilização desse Recurso, no caso em análise, não é possível por não preencher o requisito da reforma da Decisão de piso pela Decisão de 2ª Instância, mesmo ladeada no sentido de que um erro material legitimaria a interposição do apelo de reconsideração.

Apresenta jurisprudência em apoio a sua tese.

Por fim, destaca que caso o autuado entenda pertinentes suas razões de inconformidade, faz-se possível a utilização do Controle da Legalidade para a PGE/PROFIS.

Às fls. 517/518 a Douta Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, em seu despacho acolhe o Pronunciamento supracitado e aponta lhe Parecer presente o atendimento da primeira condição imposta pela Lei para o manejo do pedido de reconsideração mas considera ausente o segundo requisito legalmente imposto para a sua interposição.

No entanto destaca que, acaso verifique a efetiva existência de erro material no julgado, deve o CONSEF promover sua retificação, no exercício do poder-dever de autotutela conferido à Administração Pública.

VOTO

O presente Pedido de Reconsideração foi interposto em decorrência da Decisão desta 2ª Câmara que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário apresentado pelo Contribuinte para reduzir a exigência fiscal, que havia sido revista pelo julgamento de piso para o valor de R\$42.996,30, reduzindo-a ao montante de R\$36.846,68, através o voto condutor do Ilustre Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

A PGE/PROFIS, por seus Doutos Procuradores, Dr. José Augusto Martins Junior e Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, no Parecer prolatado e na manifestação subsequente apontam pelo Não Conhecimento do Recurso em comento, mas a Douta Procuradora destaca que caso se verifique a efetiva existência de erro material, esta Corte deve exercer o dever de autotela que lhe é conferido para retificar a Decisão recorrida.

Preliminarmente, há se avaliar a questão posta pela PGE/PROFIS, que opina pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Pedido de Reconsideração.

De fato, conforme aponta o Douto Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, o pleito não preenche os requisitos previstos na alínea I do art. 169, do RPAF/BA, quais sejam: *a) que a Decisão da Câmara tenha reformado no mérito a do juízo administrativo originário; b) que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito ventilados na defesa e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.*

Assim, coaduno com o entendimento da Procuradoria Fiscal e voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Presente Pedido de Reconsideração.

No entanto, verificando que esse mesmo Regulamento prevê que, verificada a existência de erro material, pode este Conselho promover a retificação da respectiva resolução, conforme estabelece o seu art. 164, § 3º, a seguir transcreto:

“Os erros de nome, de número ou de cálculo e outras inexatidões manifestas que se encontrem na resolução poderão ser a qualquer tempo retificados a requerimento do interessado, do representante da PROFAZ ou de qualquer membro do Conselho”.

Nesse contexto, compulsando os autos e revendo a informação do autuante, o julgamento da 3ª JJF e os fundamentos do voto prolatado na Decisão ora recorrida, constato que há razão para o inconformismo do Contribuinte, pois verifico a ocorrência de erro material no valor da exigência considerada remanescente nos termos do Acórdão.

Vale transcrever a parte final do Voto em comento:

(...)

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

Em tempo, cumpre ressaltar que em momento algum o Recorrente questiona de forma concreta os cálculos realizados pela auditora.

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

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

Assim, o julgador acatou as razões recursais, entendendo que deveria desconsiderar o percentual de quebra de 20%, aplicado nas entradas relativas à nota fiscal não computada, por se tratar de mercadorias recebidas em devolução, mas cometeu um pequeno erro na revisão do valor remanescente da infração relativa ao ano de 2005.

Portanto, refazendo o quadro relativo à apuração do resumo da autuação, concluo que o valor devido é de R\$32.171,55, conforme demonstrativo abaixo transcreto:

ANO	EST. INICIAL	ENTRADAS	TOTAIS	SAÍDAS	QUEBRAS	Estoque Auditado	INVENTÁRIO	DIFERENÇA	CUSTO MÉDIO	ICMS DEVIDO
2005	662.923	707.934	1.370.857	916.196	119.087	335.574	391.726	-56.152	2,83	27.014,63
2006	391.726	889.580	1.281.306	836.776	177.916	266.614	275.751	-9.137	3,32	5.156,92
TOTAL										

Pelo exposto, mesmo não havendo base legal para o conhecimento do presente Pedido de Reconsideração, de ofício, há que refazer o Acórdão para retificar o valor efetivamente devido

pelo Contribuinte, para corrigir o erro material nele existente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração interposto e, de ofício, retificar o erro material quanto ao valor devido e, homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295309.0041/10-0, lavrado contra **CARL LEONI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.171,55**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS