

PROCESSO - A. I. 281317.0002/14-8
AUTUADA - ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JONEY CÉSAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ/VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03.10.2019

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-02/19

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatado, no mesmo exercício, diferenças de entradas e de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto, tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso, as de saídas (2009) e entradas (2010). Apesar das revisões efetuadas pelo autuante, os valores lançados remanescem. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 05 de setembro de 2014 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$44.304,72, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **04.05.02.** 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 entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributadas, fato verificado no exercício de 2009, no valor de R\$21.362,15, multa de 70%.

Infração 02. **04.05.04.** 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, no total de R\$22.942,57, sendo a ocorrência verificada no ano de 2010, cominada multa de 100%.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 438 a 442, na qual, inicialmente, em relação à infração 01, reconhece como devido o valor de R\$ 331,97, contestando o montante de R\$ 21.030,18, sob o argumento de que a auditoria considerou como quantitativo, lançamentos “estranhos” em seu Levantamento de Notas Fiscais de Saídas (Anexo 02), descritos como “DF”, resultando em omissão inconsistente.

Indica estar juntando o Anexo 01 denominado “Estoque_2009_Demonstrativo_Geral – Impugnação.xls”, onde indica as páginas onde ocorrem as inconsistências no levantamento das Notas Fiscais geradas pelo sistema “SAFA”.

Anota ter, no processo de levantamento dos estoques de mercadorias adquiridas para comercialização, se considerado diversos Códigos Fiscais de Operações e de Prestações (CFOP's) utilizados para movimentação do Ativo Imobilizado, tais como 1.551, 2.551, 1.552, 5.551 e 5.554, tendo o fato de misturar movimentação do estoque das mercadorias adquiridas para

comercialização com a movimentação do ativo imobilizado ocasionado as distorções (omissões) encontradas.

Garante ter refeito todo o procedimento demonstrando no Anexo 01, as diferenças reais, as aponta e recolhe o imposto devido.

Já na infração 02, aduz que as inconsistências encontradas no levantamento quantitativo de estoques do exercício de 2010 são exatamente as mesmas do exercício de 2009, perfeitamente demonstradas nos Anexos 03 e 04, razão pela qual opta por não repetir as mesmas.

Conclui, indicando que pelos substanciais argumentos aqui produzidos e principalmente pelo conjunto probatório documental trazido (Anexos 01 a 04), comprovam a insubsistência parcial e/ou total das infrações 01 e 02, e ainda que não tenha cometido nenhum ato doloso no intuito de lesar o Erário, se submete e recolhe o que lhe é imputado no valor de R\$ 331,97, solicitando sua homologação.

Requer a declaração da improcedência parcial do lançamento, pelas razões aqui apresentadas.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 474 e 475 esclarece que os documentos tidos peça de defesa como “estranhos”, em verdade, são documentos fiscais de vendas informados nos Registros 61 e 61R, dos arquivos eletrônicos enviados pela empresa para a SEFAZ.

Informa ter excluído das planilhas que embasaram a autuação, os CFOP's utilizados para movimentação do Ativo Imobilizado.

Salienta que os levantamentos foram feitos com base nas informações enviadas pelo sujeito passivo à SEFAZ, e que a exclusão realizada sana qualquer possível distorção, obtendo os relatórios que refletem as irregularidades, oportunidade na qual anexa os mesmos.

Ressalta ter a autuada comportamento irregular na movimentação dos estoques de 2009 e 2010, tendo produzido relatórios idênticos aos anexados ao processo, a fim de que sejam fornecidos à empresa.

Indica valor remanescente para os exercícios de 2009, de R\$ 25.276,99 e em 2010, R\$ 26.480,46.

Intimada pela via pessoal (fl. 763), a empresa não se manifestou, constando às fls. 765 e 766 o recolhimento de parcela reconhecida em R\$ 522,56.

Dado como instruído em 15 de maio de 2015 (fl. 767), o feito foi pautado para julgamento, oportunidade na qual a empresa atravessou petição de fls. 771 e 772, no qual informa ter em 26 de maio de 2015 solicitado vista ao processo em epígrafe e que somente naquele momento tomou conhecimento de que a Informação Fiscal emitida pelo autuante lhe foi encaminhada por Intimação da SAT/DAT/METRO/CPPAF e que foi entregue a pessoa desconhecida em 30 de janeiro de 2015, não chegando ao seu verdadeiro destino, tendo este fato impossibilitado sua manifestação.

Apresenta como comprovação do argumento apresentado, a Relação dos Trabalhadores Constantes no arquivo GEFIP/SEFIP – Recolhimento ao FGTS e Declaração à Previdência Social e relação dos estagiários contratados ao CIEE (Centro de Integração Empresa Escola), com posição em 31 de janeiro e 28 de fevereiro de 2015.

Aduz que tais relações comportam todas as pessoas que lhe prestaram serviços, quer na condição de empregados registrados, quer como estagiários.

Tem como comprovado que em nenhum dos documentos consta Jamile Jesus da Silva, pessoa que assina como recebedora da Intimação e seus anexos, o que a faz requerer aos membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que os documentos que compõem a Intimação perdida lhes sejam entregues à Autuada, assim como seja reaberto o prazo legal para manifestação após sua recepção, com vistas à reparação ao seu direito inalienável de ampla defesa, ora corrompido pelo extravio da Informação Fiscal e seus anexos.

Tal esclarecimento proporcionou a conversão do feito em diligência (fl. 804), para que fosse a empresa devida e corretamente científica, com entrega da mídia da informação fiscal prestada e novos demonstrativos, com prazo de manifestação em dez dias.

Intimada via Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 810 e 811), retornou aos autos (fls. 814 a 816), na qual analisa a informação fiscal, observando, basicamente dois aspectos: o primeiro deles é o fato de terem sido comparadas as informações dos Relatórios recebidos “Estoque 2009-04_estq_levant_quantitativo_saidas.rpt.pdf” (Anexo 03) e “Estoque2010-04_estq_levant_quantitativo_saidas.rpt.pdf” (Anexo 04) com os lançamentos dos registros 61 e 61-R (Nota Fiscal de Venda ao Consumidor e seus itens vendidos) contidos nos arquivos magnéticos do Sintegra cujo resultado foi a constatação de algumas inconsistências, como por exemplo a falta de cômputo de quantitativos e o cômputo de quantitativos a maior e a menor dos encontrados nos arquivos Sintegra;

Afirma que as comprovações estão relatadas nos Demonstrativos que junta (Anexo 01, para o exercício de 2009 e Anexo 02 para o exercício de 2010) identificando o mês, os quantitativos e a página dos Relatórios de que tratam os Anexos 03 e 04, onde se encontram as inconsistências, para os casos de quantitativos computados a maior e a menor.

Igualmente, garante também acostar pasta contendo planilhas em MSExcel (Anexo 05), relacionando os registros tipo 61-R, mês a mês.

O segundo vem a ser a exclusão dos CFOP's utilizados para movimentação de Ativo Imobilizado, diante do fato de ter sido atendido pelo autuante no que tange a exclusão dos CFOP's referentes a operações com Ativo Imobilizado, entretanto, o Contribuinte não mencionou a exceção: o CFOP 5.552, o qual foi utilizado para “transferir” para o Ativo Imobilizado itens do estoque de produtos adquiridos para comercialização.

Justifica tal fato, qual seja a razão pela qual utilizou o CFOP de transferência, em função de uma de suas atividades, pois compra máquinas copiadoras e peças para reposição, visando sua comercialização, substituição de peças por manutenção e/ou reparo e aluguel de copiadoras.

Quando adquire as referidas máquinas copiadoras não tem como precisar com exatidão o total que será comercializado, assim como o número definitivo que será integralizado ao seu ativo fixo, estas, com a finalidade de serem alugadas.

Na aquisição, ao dar entrada nestes produtos, diz serem parte destinados ao estoque para comercialização, parte para integralização ao Ativo Imobilizado, cuja intenção, frisa, é o aluguel da máquina, sendo comum que ao decorrer do tempo, parte das máquinas adquiridas para comercialização sejam convertidas para aluguel, a depender dos contratos fechados no período.

Quando acontece esta situação, e para que isso ocorra de forma legal, é feita a “transferência” deste produto, mediante a emissão de Nota Fiscal com CFOP 5.552, com destaque do Imposto, dando saída do estoque para comercialização e concomitantemente, a entrada em sua escrita fiscal com o CFOP 1552, sem creditamento de imposto, completando assim a operação de “transferência” do produto do estoque de mercadorias adquiridas para comercialização e a entrada, do agora bem, para a integralização no Ativo Imobilizado e posterior aluguel, esclarece.

Alega ter utilizado o CFOP 5.552 (transferência de bem do ativo imobilizado) por ignorância e por achar que seria o melhor aplicado à operação. Não imaginou que este ato provocaria inconsistências no estoque de produtos adquiridos para comercialização, sendo fato que o CFOP 5.552 moveu seu estoque e as operações decorrentes desta utilização, com efeito, deverão ser computadas no Levantamento Quantitativo de Estoque dos exercícios em questão.

Nos anexos 01 e 02 argui estarem relacionadas as referidas Notas Fiscais com CFOP 5.552, item a item, as quais comprovam com exatidão a inexistência de omissões de saídas (e de entradas) nos exercícios de 2009 e 2010, ocasião na qual também anexa cópias das referidas Notas Fiscais para comprovação do alegado.

Diante do exposto e de toda documentação acostada, pede que se conclua serem as alegações postas pertinentes e que as omissões apontadas são inexistentes, prevalecendo, “*Ab initio*” o teor da defesa apresentada, e ainda persistindo dúvidas, desde já solicita que seja feita diligência, a fim de sanar toda e qualquer suspeita de imprecisão.

Solicita seja o Auto de Infração, razão do presente processo, considerado procedente em parte, homologando o valor reconhecido de R\$ 331,97, já recolhido.

Às fls. 919 e 920 o autuante produziu nova informação fiscal, na qual repete os argumentos já expostos naquela anteriormente prestada, o que ensejou nova conversão em diligência, a fim de que fossem obedecidos os termos do artigo 127 § 6º do RPAF/99, analisando todos os aspectos postos na manifestação do contribuinte.

Retornando ao processo, (fls. 927 a 929) reafirma não haver o que ser revisto, uma vez que as informações prestadas pelo próprio contribuinte constituem os arquivos Sintegra utilizados pela fiscalização.

Indica que ao revisar os dados do levantamento realizado, constatou que nos dados processados pelo sistema SAFA, ainda constavam os CFOP's indicados pela autuada na sua manifestação à informação fiscal prestada.

Fala ter revisado todo o trabalho, excluindo os lançamentos identificados pela empresa como “DF”, selecionando para a auditoria apenas e tão somente as movimentações relativas aos CFOP's de entradas e saídas para comercialização (1.102, 1.202, 1.949, 2.102, 2.202, 2.949, 5.102, 5.910, 5.926, 5.949, 6.102, 6.202 e 6.949).

Ainda assim, constatou a omissão de saídas de mercadorias nos dois exercícios auditados, sendo que tal revisão em nada prejudica a empresa, pois não modificou os itens de estoque avaliados, indicando persistir o valor originalmente lançado, na forma dos relatórios que anexa.

Reitera que todas as informações consideradas foram prestadas pela própria empresa autuada, mantendo os termos originais do Auto de Infração.

Apresenta demonstrativo no qual informa débitos apurados de R\$ 27.793,16 para 2009 e R\$ 31.742,73, para 2010.

Acosta novos demonstrativos na mídia de fl. 932.

Mais uma vez científica através de Aviso de Recebimento dos Correios (fl. 935 e 935-A), retorna a empresa (fls. 937 e 938) para, em documento subscrito por sua representante legal, Sra. Bruna W. Viana, pontuar que, embora os CFOP's 1.949, 2.949, 5.910 e 5.949 fossem tratados pelo autuante como referentes a entradas e saídas de mercadorias, se referem a operações de remessa e/ou bonificação, e não, comercialização. Assim pede desconsiderados os mesmos da autuação.

Em sua derradeira intervenção, o autuante reafirma os valores anteriormente indicados como devidos (fl. 941).

Presente na sessão de julgamento, o representante da empresa, em sede de sustentação oral ratificou os termos defensivos anteriormente já expostos.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, sendo ambas objeto de impugnação por parte da empresa autuada, ainda que a primeira de forma parcial, diante do reconhecimento de pequena parcela da mesma.

O Auto de Infração em lide atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os contidos no artigo 142 do CTN e 39 do RPAF/99, o que o torna apto a produzir efeitos jurídicos.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que

embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Registro, por pertinente, que apesar de o lançamento datar de setembro de 2014, somente agora, quase cinco anos após vir a julgamento, decorre do fato de ter ficado retido em mãos do próprio autuante, quando da determinação da realização de diligência, por mais três anos (de 2016 até de 2019).

Isso, tendo em vista que o encaminhamento da diligência ocorreu em 14/10/2015 (fl. 926), sendo o despacho do Supervisor para o autuante feito em 11/01/2016, e a devolução do processo por este, ocorreu apenas em 21/02/2019, conforme protocolo.

Quanto a solicitação de realização de diligência/perícia, indefiro a mesma, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido tal pedido, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, for desnecessária em vista de outras prova

Impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores, reitero.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015"

Os elementos presentes nos autos são plenamente suficientes para o convencimento do julgador e o deslinde da questão, nos termos do artigo 147 incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” do RPAF/99, o que, de igual modo, concorre para tal indeferimento.

Ademais, atendendo pleito da própria autuada, e com o fito de sanear o processo, foi determinada a realização de diligência, para entrega dos demonstrativos oriundos da primeira informação fiscal prestada, com concessão de prazo para manifestação.

Adentrando no mérito da autuação, observo serem as infrações decorrentes da realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Inicialmente observo que, tendo o autuante embasado o seu trabalho nos arquivos Sintegra elaborados e transmitidos pelo sujeito passivo, cabe unicamente a este a responsabilidade sobre os erros e omissões ocorridos.

As infrações arroladas na autuação, como já visto anteriormente, resultaram da aplicação de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado, sendo apuradas omissões, tanto de entradas como de saídas, sendo lançado aquele de maior valor monetário, qual seja, o das saídas na infração 01, e das entradas na infração 02.

Tal procedimento de auditoria de estoques estava previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontra-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária*”.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí se pode ter três resultados: Se igual a zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos de forma específica.

O exame da matéria demanda apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de questão eminentemente fática, e consequentemente, necessitar da produção da essencial prova.

A resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada no feito.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “*O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carregar para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las*”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 16ª edição, 1991, Página 581) entende que “*O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade*

processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente”.

Ressalto ainda que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar às partes litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Como já visto anteriormente, não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferir-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis, como acontece no presente caso.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

Logo, os produtos estão devidamente identificados em quantidades por tipo e código de mercadoria, sendo os dados aferidos a partir de livros e documentos fiscais preenchidos, escriturados e apresentados pelo próprio estabelecimento autuado, sendo inequívoca a ocorrência

do fato gerador do imposto, em conformidade com a determinação do artigo 3º, da referida Portaria 445/98, especialmente o inciso III:

“Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar para a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de “x” quilos, caixas com “x” unidades, metros, litros, etc.;

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins”.

O autuante, em sede de informação fiscal, atendendo aos reclames da autuada, excluiu do levantamento os itens correspondentes aos CFOP's de movimentação do ativo imobilizado, acolhendo o argumento defensivo apresentado, embora observe que os mesmos após tal ajuste indicaram débitos em valores superiores aos que inicialmente foram lançados, nas duas intervenções realizadas ao longo da tramitação do processo. Evidentemente, que ainda que sejam acatadas as correções realizadas, o limite do lançamento é o valor nele inicialmente contido.

Também foi alegado pelo sujeito passivo terem sido consideradas no levantamento operações que a rigor não deveriam ser, realizadas com os CFOP's 1949, 2949, 5910 e 5949, sendo pertinente se esclarecer que a tabela CFOP se trata de um parâmetro instituído pela Receita Federal para que as empresas possam utilizar o código mais adequado a cada operação ou prestação, oferecendo uma divisão mais clara das informações, onde é possível encontrar códigos de entrada e saída, e os locais onde essas operações e serviços podem ocorrer, sendo eles: no mesmo estado, fora do estado ou em outro país, especificando o tipo efetivo e correto de operação ocorrida.

Assim, passo a analisar cada um dos CFOP's indicados.

No caso do CFOP 5.552 (transferência interna de bem do ativo imobilizado) em relação ao qual confessadamente a empresa admite que *“por ignorância e por achar que seria o melhor aplicado à operação”*, utilizou o mesmo para acobertar operações de transferência de bens originalmente destinados à comercialização, e em um segundo momento incorporados ao seu ativo imobilizado. Inicialmente, como bem lembrado pelo autuante, ressalto que a responsabilidade pela emissão dos documentos fiscais e sua escrituração, bem como elaboração dos arquivos magnéticos é de exclusiva do contribuinte.

Esta operação somente seria cabível acaso o bem ou produto já estivesse incorporado ao ativo imobilizado, e a sua saída não acarretaria qualquer efeito quanto aos estoques de mercadorias para comercialização, o que, contrariamente ao praticado pela empresa, teve sim, repercussão quanto aos produtos destinados à comercialização, uma vez que as mercadorias saíram dos estoques, sem a sua respectiva baixa, o que resulta em diferença ao final do período de apuração do levantamento quantitativo realizado.

No caso, na hipótese de ter sido o bem originariamente destinado a comercialização, e incorporado ao ativo imobilizado, muda, inclusive, a sistemática de apropriação do crédito fiscal, que neste caso não ocorreria de uma só vez, e sim, em quarenta e oito parcelas, daí a necessidade de cautela em tal procedimento, o que não ocorreu no presente caso, por parte da empresa.

Já operação com bonificação feita com o CFOP 5.910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde), ocorre quando o estabelecimento vendedor oferece a seu cliente, de forma gratuita, quantidade excedente de certa mercadoria, seja devido à quantidade adquirida, fidelidade do cliente, entre outras situações comerciais.

Tais mercadorias bonificadas ou oferecidas como brinde fazem parte do estoque do estabelecimento, bem como de sua linha normal de comercialização e ainda que não seja cobrado

qualquer valor do cliente, as mercadorias deverão ser baixadas do estoque da empresa e seguir para o cliente bonificado.

Desta maneira, resta claro a existência de ocorrência do fato gerador do ICMS nesta operação de Circulação de Mercadorias e Serviços e em relação ao Regulamento do ICMS, a operação é integralmente tributada pelo imposto, não existindo nenhum benefício de ordem para esta situação, sendo assim, a Nota Fiscal deverá ser emitida com CFOP 5910/6910 e CST do ICMS 00.

Ao seu turno, o código CFOP 2.949 aparece como a identificação utilizada para a entrada de mercadoria não especificada ou ainda a prestação de serviço não especificado, diante do fato de não existir uma especificação exata da mercadoria ou serviço, o nome aplicado a esse código é de “*outra entrada*”, o qual se aplica aos demais códigos da tabela, sendo assim, se a mercadoria ou serviço não se encaixar em nenhum dos códigos anteriores da tabela, isso significa que ele deverá ser informado no documento fiscal com o código CFOP 2949.

Entretanto, o sujeito passivo apenas alegou que as operações com tal CFOP foram indevidamente consideradas pelo autuante no levantamento realizado, todavia, não carreou aos autos qualquer prova relativa ao tipo de operação feita com este CFOP 2.949, sequer a informação ou indicação de notas fiscais onde o mesmo figurasse, ou o tipo de entrada ocorrida no estabelecimento, apenas e tão somente uma relação como o números e valor das notas fiscais com o mencionado CFOP (procedimento adotado igualmente para os demais), o que não colabora com a defesa, e permite a plena aplicação dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”, e “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”, respectivamente.

Esta é a mesma situação do CFOP 1.949, que se reporta a entrada interna de mercadoria na empresa ou ainda de prestação de serviço que não foi especificada, sendo que para que uma operação ou prestação receba essa classificação ela não pode ser enquadrada em qualquer outro código CFOP, se posicionando como última opção para operações e prestações de entrada que não foram especificadas, e também necessitando o devido esclarecimento por parte da empresa autuada, a que se referiam tais movimentações, o que não ocorreu.

Por fim, o CFOP 5.949, correspondente à saída interna de mercadorias ou de serviços prestados de forma não especificada, ou seja, seria operação ou prestação não abarcada pelos outros códigos, o que requer, igualmente, a perfeita identificação de a quais operações se refere, o que somente poderia ser indicado pelo próprio contribuinte, o que, a exemplo dos acima mencionados casos anteriores, não ocorreu.

Assim, frente aos elementos de prova acostados ao processo, os quais foram devidamente analisados e levados em conta, tanto pelo autuante, nos ajustes realizados no lançamento, tanto pelo julgador, diante da falta de mais elementos consistentes da defesa, neste momento acolho as retificações feitas pelo mesmo, e em razão dos argumentos acima expostos, bem como em respeito aos princípios da proibição do *reformatio in pejus*, e sobretudo, ao da verdade material, explicitado acima, entendo deva ser o Auto de Infração julgado procedente, tal qual inicialmente lançado.

Esclareço, por fim, descaber qualquer representação para lançamento complementar dos valores a maior apurados quando da informação fiscal, superiores aos inicialmente apurados, ainda que atendido os pedidos da defesa, diante da presença do instituto da decadência, vez que passados, dez e nove anos da ocorrência dos fatos geradores, respectivos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281317.0002/14-8**, lavrado contra **ENTEL**

COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.304,72**, acrescido das multas de 70% sobre R\$21.362,15 e de 100% sobre R\$22.942,57, previstas, no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados pelo órgão competente o recolhimento efetuado.

Sala de Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR