

PROCESSO - A. I. Nº 281317.0002/14-8
RECORRENTE - ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0161-02/19
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-12/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Os documentos fiscais que respaldam as operações com CFOP 5552, respaldam operações de entrada e saída do mesmo estabelecimento autuado, não obstante o registro utilizado pela ora recorrente em seu arquivo digital (SINTEGRA), discorrer sobre operações de natureza fiscal totalmente distintas daquelas supostamente realizadas pela recorrente (operação de reclassificação CFOP 5.949). Comprovado que as operações de saída de mercadorias do ATIVO IMOBILIZADO de um estabelecimento para o ATIVO IMOBILIZADO de outro estabelecimento, as operações lançadas sob referida natureza de operação, retratam transferências do seu estoque de produtos comercializáveis para o seu ativo imobilizado. Assim, a não consideração da movimentação realizada através de notas fiscais sob CFOP 5552, implica em manter no levantamento itens que não mais se encontram nos seus estoques. Partindo da planilha atualizada elaborada pelo fiscal autuante, inclui no lançamento as operações identificadas com o CFOP 5552, cujos resultados foram descritos como: omissões originalmente identificadas sendo excluídas parte das mercadorias cujas saídas se deram com CFOP 5.552; restou comprovado Omissão de Saídas em valor superior à Omissão de Entradas com ICMS; e comprovado Omissão de Entradas em valor superior à Omissão de Saídas com ICMS. Infração parcialmente subsistente. Rejeitado o pedido de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do Acórdão proferido pela 2ª JJF Nº 0161-02/19, que julgou Procedente o Auto de Infração ora apreciado, lavrado em 05 de setembro de 2014, para exigir 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%.*

A 2ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente o presente Auto de Infração:

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.

Odeete 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 carrear 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 par 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.

Inconformada com a decisão proferida, a recorrente interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes alegações recursais.

Afirma que a JJF decidiu pela “procedência” da autuação, contudo, salienta que existem motivações para a nulidade do PAF.

Ressalta que a primeira infração, relativa ao exercício de 2009, com código 04.05.02, originalmente, é relativa à “omissão de saídas”, enquadramento mantido até o presente momento. E que a segunda, referente ao exercício de 2010, originalmente foi consignada como “omissão de saídas presumida”, ou seja, “omissão de entradas”, com código 04.05.04.

Pontua que na primeira “informação fiscal”, o Autuante, em relação à segunda infração, modificou a causa de pedir, transformando a “omissão de entradas” em “omissão de saídas”, conforme anexo demonstrativo original da apuração, com base de cálculo, pelas entradas, de R\$ 134.956,11, a qual se tentou depois, transmutada para “omissão de saídas”, majorar.

Sinaliza que, de fato, foi instada a se manifestar, porém foi prejudicada, na medida em que sempre foi concedido o prazo de 10 dias, quando, ao menos, se admitida a alteração, haveria que ser reaberto o prazo de defesa (60 dias).

Conclui que houve flagrante ofensa ao direito de defesa, com enquadramento no art. 18, inciso II do RPAF a fim de que, diante da modificação da causa de pedir, feita em relação à Infração 02, o PAF retorne à JJF, visando saneamento, com a reabertura do prazo de defesa, e novo julgamento.

Acaso seja superada a questão prejudicial acima, de logo protesta pela nulidade do lançamento, ao menos da Infração 02, pelo mesmo motivo. Isto porque justifica alegando que a alteração da causa de pedir não pode ser levada a efeito no PAF, ainda mais quando não se concedeu a reabertura do prazo de defesa.

Traz julgados do CONSEF para corroborar com sua tese.

No mérito, quanto aos dois exercícios (2009 e 2010), já na primeira “informação fiscal”, o Autuante disse ter acatado a solicitação da defesa, no sentido de excluir da apuração dos CFOP’s, “utilizados para movimentação do Ativo Imobilizado”. Ocorre que, conforme fls. 814 a 816, a Autuada pediu que o CFOP 5.552 não fosse excluído, já que as operações grafadas com esse código são relativas à transferência, para o ativo imobilizado, de mercadorias adquiridas, originariamente, para comercialização.

Como as mesmas mercadorias já estavam na contagem da auditoria, seja no estoque final de 2008 (inicial de 2009), seja como aquisição “convencional” (de fornecedores) em 2009, a exclusão das saídas pelo CFOP 5.552, por óbvio, distorce as “saídas reais”. Até mesmo na última sucinta manifestação, de fls. 937 e 938, a Autuada protestou pela exclusão dos CFOP’s que, na prática, não movimentam os estoques, exceto o ora mencionado CFOP 5.552.

Como as mercadorias vieram do estoque de 2008 ou entraram por compras em 2009, as transferências para o ativo precisam ser consideradas, pois as mesmas mercadorias não mais serão encontradas no estoque final de 2009. Pelo contrário, como não figuram no estoque final, são consideradas como “saídas”. E, assim sendo não abatidas as transferências, são ficticiamente consideradas como omissões de saídas.

Menciona que não importa que a Autuada tenha se equivocado quanto ao CFOP adotado, pois,

apesar do equívoco, houve real movimentação dos estoques, a título de saídas. Tais saídas, inclusive, foram tributadas pelo ICMS, como forma de “estorno dos créditos apropriados nas aquisições de terceiros”, pois, como já abordado, o foram para comercialização.

Os elementos apresentados pela Autuada na instrução do processo, que novamente seguem anexos, indicam EXATAMENTE as mesmas quantidades, ou seja, as quantidades constantes nas notas fiscais com CFOP 5.552 são as mesmas consideradas como omissões de saídas (demonstrativos anexos, com indicação, e marcação, na ordem em que se encontram nas planilhas, das notas fiscais, que também seguem anexas).

Requer que tais transferências sejam consideradas, pois se os produtos entraram anteriormente, seja pelo estoque final a partir de 2008, seja por compras aos fornecedores, e não constaram dos estoques de 2009 e 2010, é evidente que as saídas foram pelas suscitadas transferências.

Requer parecer da ASTEC/CONSEF ou revisão por fiscal estranho ao feito, bem como, sobre as questões prejudiciais, OUVIDA DA PGE PROFIS.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Fernando Marques Villa Flor - OAB/BA nº 11.026.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário, visa à reforma da decisão proferida pela Junta de origem, que concluiu pela Procedência das infrações 01 e 2, subsidiada pelo 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.

Preliminarmente, suscita a recorrente a nulidade das infrações por cerceamento do seu direito de defesa. Pontua, que na primeira “informação fiscal”, o Autuante, em relação à segunda infração, modificou a causa de pedir, transformando a “omissão de entradas” em “omissão de saídas”, senão vejamos:

Infração originalmente imputada:

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%.

Infração trazido em Informação Fiscal:

Infração 02 – 04.05.02 Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, se a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Multa – 70,00%

Ocorre, que se analisados os novos demonstrativos acostados ao PAF, é possível constatar que o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas trazidas em sede de impugnação, e retificou os demonstrativos acostados ao PAF. Todavia, considerando que a retificação realizada trouxe majoração dos valores originalmente lançados, restou exigível o valor originalmente imputado a ora recorrente.

Não obstante o acima mencionado, verifico nos documentos acostados ao PAF, que a autuada já havia sido inicialmente intimada nas dependências do órgão fazendário (fl.763), sendo, contudo, arguido pelo contribuinte, que a pessoa que assinou referida intimação seria desconhecida. Naquela oportunidade, na assentada do julgamento, decidiu a 2ª JJF, converter o processo em

diligência à Inspetoria de origem, para cientificar a empresa autuada do teor da informação fiscal prestada pelo autuante, sendo disponibilizada a mídia com os novos demonstrativos elaborados, e concedendo-lhe prazo para manifestação de dez (10) dias.

Ou seja, o prazo de 10 dias foi para sanar possível vício no curso do processo fiscal. Por este motivo, e visando a busca da verdade material e o exercício do direito de defesa, foi o processo convertido em diligência, visando o saneamento da falha processual arguida pela recorrente. Neste sentido, não há qualquer motivação que culmine com a decretação da nulidade pelos motivos acima já sinalizados.

Registre-se, inclusive, que foram inúmeras as tentativas em busca de um lançamento de ofício sem vícios, tendo sido, portanto, cumpridas todas as formalidades legais que garantem o exercício pleno da sua defesa.

Ademais, os julgados trazidos aos autos não socorrem a ora recorrente, tão somente porque as hipóteses ali apuradas revelaram efetivo prejuízo ao exercício do contraditório, o que não se verificou no presente feito.

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas.

Saliento, que o fiscal autuante, ao revisar os dados do levantamento realizado, excluiu todos 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).

A recorrente se insurge, apontando que a exclusão realizada pelo autuante relacionada às operações de transferência de bens do ativo imobilizado, vinculadas especificamente ao CFOP 5.552, trouxe prejuízo, visto que, apesar do código mencionado tratar de operações de transferências de ativo imobilizado para outro estabelecimento, diz que, em verdade, respaldam transferências internas de mercadorias do seu estoque, para o seu Ativo Imobilizado.

Entende, portanto, a recorrente, que as operações em referência acobertam operações de transferência de bens originalmente destinados à comercialização, que em um segundo momento, foram incorporados ao seu ativo imobilizado, repercutindo diretamente na contagem física “quantitativo” dos seus estoques.

Se analisados os documentos fiscais que respaldam as operações com CFOP 5552, é possível identificar que respaldam operações de entrada e saída do mesmo estabelecimento autuado, não obstante o registro utilizado pela ora recorrente em seu arquivo digital (SINTEGRA), discorrer sobre operações de natureza fiscal totalmente distintas daquelas supostamente realizadas pela recorrente (operação de reclassificação CFOP 5.949).

Assim, apesar das operações vinculadas ao CFOP 5552, de fato, respaldarem operações de saída de mercadorias do ATIVO IMOBILIZADO de um estabelecimento, para o ATIVO IMOBILIZADO de outro estabelecimento, as operações lançadas sob a referida natureza de operação, retratam transferências do seu estoque de produtos comercializáveis para o seu ativo imobilizado.

Como bem-sinalizado pela ora recorrente, não considerar a movimentação realizada através de notas fiscais sob CFOP 5552, implica em manter no levantamento, itens que de fato não mais se encontram nos seus estoques.

Pelo exposto, partindo da planilha atualizada elaborada pelo fiscal autuante, inclui no lançamento as operações identificadas com o CFOP 5552, cujos resultados foram os abaixo descritos:

- Nas omissões originalmente identificadas foram excluídas parte das mercadorias cujas saídas se deram com CFOP 5.552.
- Em 2009 (infração 01), restou Omissão de Saídas em valor superior à Omissão de Entradas com ICMS no valor de R\$646,95 (ver célula N82).

- Em 2010 (infração 02), restou Omissão de Entradas em valor superior à Omissão de Saídas com ICMS no valor de R\$210,12 (ver célula N58).

Em 2009, as omissões de saídas se demonstraram em maior volume quando comparado às omissões de entradas. Inúmeros itens permanecem com saldos exigíveis a exemplo da “tiara, aparelho telefone, almofada, engrenagem, fone de ouvido, aro plástico, protetor auricular, cabo de engate, refil faxlito, dentre outros, cuja base de cálculo manteve-se em R\$3.805,56.

Em 2010, permanecem com omissões de entradas os itens “aparelho gigaset 560 prata, vedação entrada revelação e refil foxlito”, com uma base de cálculo de R\$1.546,70. Ou seja, a exigência do pagamento do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias, autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais, e, consequentemente, sem pagamento do imposto.

Os pedidos de diligência e oitiva da PGE formulados pela recorrente revelam-se descabidos, notadamente, porque os dados constantes no processo são suficientes para minha apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, cujas infrações restam assim exigidas:

Infração 01: Omissão de Saídas R\$646,95.

Infração 02: Omissão de Entradas R\$210,12.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281317.0002/14-8, lavrado contra **ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$857,07**, acrescido das multas de 70% sobre R\$646,95, e 100% sobre R\$210,12, previstas no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados pelo órgão competente, os recolhimentos efetuados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS