

PROCESSO	- A. I. N° 207098.0002/22-4
RECORRENTE	- COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0151-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 23/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0174-12/24-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Foram apontadas inconsistências sanáveis, as quais dependem apenas de revisão nos fatores de conversão e nos cálculos dos preços médios das mercadorias objeto da autuação, não importando em nulidade absoluta do Auto de Infração. Entretanto, diante da necessidade de realização de diligência para sanar equívocos relativos ao aspecto quantitativo, o Auto de Infração não está maduro para julgamento por esta 2ª CJF. Mesmo que fosse determinada a realização de Diligência para sanar tais equívocos, o Autuado não teria direito ao duplo grau de jurisdição, podendo resultar em uma posterior anulação de todo o processo. Retorna-se os autos à instância anterior para novo julgamento, a salvo de falhas. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através de Acórdão JJF n° 0151-01/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2022, composto por três infrações, pelas constatações a seguir:

Infração 01 – 004.005.002: *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 saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2019). Valor do débito: R\$ 437.436,22, mais multa de 100%.*

Enquadramento Legal: art. 2º, I e art. 23-B, da Lei n° 7.014/96 C/C art. 83, I, do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012; e art. 13, I, da Portaria 445/98. **Multa** prevista no art. 42, III, da Lei n° 7.014/96.

Infração 02 – 004.005.008: *Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2019). Valor do débito: R\$ 237.652,75, mais multa de 100%.*

Enquadramento Legal: art. 6º, IV e art. 23, I, da Lei n° 7.014/96 C/C art. 217, do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012; e art. 10, I, “a”, da Portaria 445/98. **Multa** prevista no art. 42, III, da Lei n° 7.014/96.

Infração 03 – 004.005.009: *Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de*

estoque, em exercício fechado (2019). **Valor do débito:** R\$ 264.397,25, mais multa de 60%.

Enquadramento Legal: art. 6º, IV e art. 23, II, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 217, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 10, I, “b”, da Portaria 445/98. **Multa** prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta, ainda, na descrição das três infrações o seguinte:

“Os Demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se detalhado no Anexo I, referente ao período de 01/01 31/12/2019, ressaltando que todos os demonstrativos encontram-se gravados em mídia CD-R, anexo a este Auto de Infração e enviados para o contribuinte através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, valendo também ressaltar que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado de acordo com a metodologia consignada nos artigos 13 e 14 da Portaria nº 445/98 e de acordo com a Instrução Normativa nº 56/07”.

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 84 e 85. Informação fiscal às fls. 93 a 98, na qual conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação, às fls. 104 a 108, a seguir transcrita:

VOTO

O autuado, em preliminar de nulidade, alegou que os elementos trazidos como demonstrativos para sustentar os lançamentos de ofícios são insuficientes para que seja exercido seu direito de contraditório e ampla defesa quanto ao mérito do lançamento.

Argumentou que não é possível verificar a apuração de omissão de entrada/saída por item de mercadoria sem analisar os quantitativos apurados pela fiscalização nas entradas e nas saídas de mercadorias.

Em suma, aduziu que não existe demonstrativos que permitam analisar a apuração dos quantitativos: de saídas com emissão de NFC-e para cada item; de entradas para as omissões de entradas e de saídas para as omissões de entradas.

Considerou-se impossibilitado de analisar as infrações, requerendo a nulidade do Auto de Infração, ou a nulidade da intimação de ciência da lavratura por falta de elementos necessários ao exercício da ampla defesa, com a consequente reabertura do prazo de impugnação.

Inicialmente, verifico que na DT-e à fl. 82, na qual o autuado tomou ciência expressa da lavratura do Auto de Infração, consta que os demonstrativos foram anexados a mesma.

No que diz respeito, especialmente, as Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica, registro que o Sistema de Auditoria da SEFAZ – SIAF, apesar de não importar os dados individualmente, até pelo volume das mesmas, as recepciona no sistema em lotes mensais, porém com base nas próprias informações prestadas pelo contribuinte na sua EFD. Diante disso, não há razão de questionamento de cerceamento de defesa, mesmo porque a empresa tem a discriminação das notas fiscais que compuseram os referidos lotes.

Destaco que os demonstrativos mais acima referidos, que estão inseridos na mídia à fl. 36, detalham o levantamento quantitativo de estoque, com planilhas de Preços Médios calculados, relação de itens de mercadorias, relação de CFOPs considerados no levantamento, como também relação de notas fiscais recebidas e emitidas.

Consta também da mídia mencionada as planilhas de Omissão de saída e de Entrada, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques - Lista de notas fiscais de saída, a relação de todas as Notas Fiscais consideradas no levantamento de estoque, inclusive as Notas Fiscais de Consumidor – NFC-e, constantes da Escrituração Fiscal Digital – EFD, do autuado, na forma já mencionada, conforme listagem do Sistema de Auditoria da SEFAZ – SIAF.

Vale, ainda, registrar que a empresa teve oportunidade de retificar qualquer erro, porventura existente nos seus arquivos magnéticos, conforme consta nos Termos de Intimação e ciência expressa do autuado (fls. 14 a 17), onde foi solicitada explicações sobre as NFC-e relacionadas pelo autuante, e que não foram identificadas na EFD do contribuinte.

Portanto, não há do que se falar de vício formal na autuação, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e das multas aplicadas 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 demonstrativos acostados aos autos.

Destarte, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, as infrações 01 a 03 tratam de exigência de imposto apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, já descritas no relatório acima apresentado.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a 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. No caso em apreço, foram tomadas como referência as informações contidas nas notas fiscais eletrônicas, nos arquivos eletrônicos fornecidos à SEFAZ pelo próprio sujeito passivo no cumprimento das normas contidas no Convênio ICMS 143/2006 e Ajuste SINIEF 02/2009, que trata da Escrituração Fiscal Digital - EFD, que devem, necessariamente, refletir a realidade do movimento comercial do contribuinte.

O autuado limitou-se a questionar a nulidade da autuação, já superada no exame das preliminares, não trazendo nenhum elemento para contestar o levantamento fiscal em lide.

Por fim, vale enfatizar que as infrações apuradas estão devidamente caracterizadas, de acordo com a discriminação a seguir:

- Conforme estabelece o art. 13, inciso I da Portaria 445/98, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas (Infração 01, com demonstrativos às fls. 41/66, e de forma completa na mídia à fl. 36 do PAF).
- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, constatando-se omissão de entrada, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, relativo à saída sem tributação, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea "a" da Portaria 445/98 (Infração 02, com demonstrativos às fls. 68/74, e de forma completa na mídia à fl. 36 do PAF).
- É devido também o imposto devido por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo I do RICMS/12, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi constatada, e consequentemente saíram sem tributação, conforme art. 10, inciso I, alínea "b" Portaria 445/98 (Infração 03, com demonstrativos às fls. 76/80, e de forma completa na mídia à fl. 36 do PAF).

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

Inconformado com a decisão acima proferida, o sujeito passivo protocolou o Recurso Voluntário às fls. 118 a 123.

Faz uma síntese dos fatos ocorridos até o julgamento de primeira instância e traz as razões recursais, que faremos análise a seguir:

1. Sobre as omissões de demonstrativos

Mantém as alegações expostas na peça inicial de impugnação, onde destaca os três arquivos apresentados pelo Autuante, em tipo Excel, e afirma não existir uma coluna para indicação do tipo de documento, não sendo possível distinguir se é uma NF-e ou NFC-e. Diz desconhecer numerações de sequências 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909, 1910, 1911 e 1912. Supõe serem indicativos de saídas de NFC-e com quantitativos e valores totalizados, respectivamente para os meses de janeiro a dezembro de 2019. Alega que o Autuado precisa conhecer as numerações das respectivas NFC-e para validar os valores e quantitativos indicados.

2. Fundamentação jurídica sobre os elementos da acusação

“O auto de infração conterá far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, e dos dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.” (sic)

Argui o Autuado que quem acusa tem a obrigação legal e moral de provar. Traz as quatro naturezas de provas: documental, testemunhal, pericial e indiciária. Acrescenta que na formação do auto de infração devem constar todos os elementos que sustentam a acusação, como Termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, inclusive elementos de provas obtidos pelo fisco junto a terceiros. Complementa que tais provas documentais devem ser apresentadas na peça acusatória e não em segunda instância de julgamento.

Diz que o lançamento de Ofício não contém elementos suficientes para garantir a ampla defesa e contraditório.

3. Pedido

Requer a nulidade ao auto de infração por cerceamento do direito da ampla defesa e do contraditório.

Em sessão do dia 14/12/2022 esta câmara converteu o processo em diligência (fls. 135 e 136) à INFRAZ DE ORIGEM, com os seguintes pontos:

- Verificando o relatório “ANEXO I_OmissaoSaidaMaiorQueEntrada” o qual é composto produto por produto, documentos que movimentaram o estoque na coluna “NumDoc”, dentre outras colunas, onde faz constar as numerações 1902, 1904, 1905, 1907, 1908, 1910, 1911 e 1912, estas não reconhecidas pela defesa como sendo NF-e ou NFC-e;
- Examine as argumentações feitas na peça recursal e proceda informação fiscal sobre todos os fatos abordados, em especial, as Notas Fiscais nºs 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909, 1910, 1911 e 1912 com as respectivas chave de acesso;
- Cientifique o recorrente para, caso queira, se manifeste sobre os fatos da diligência fiscal, com todo papel de trabalho feito;
- Após as abordagens, retornar os autos ao CONSEF para prosseguimento do julgamento.

Em Informação Fiscal às fls. 140 a 157 o Autuante se debruçou sobre os itens da diligência trazendo os seguintes esclarecimentos:

1. Os números questionados 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908, 1909, 1910, 1911 e 1912 não correspondem a uma Nota Fiscal ao Consumidor e sim ao conjunto de NFC-e correspondente às mercadorias comercializadas pelo contribuinte em um período de 30 dias. Traz o exemplo do numeral 1902 corresponde ao montante de NFC-e emitidas pelo contribuinte no mês de fevereiro de 2019; o 1904 refere-se ao mês de abril de 2019 e assim sucessivamente. Anexa uma série de telas do sistema SIAF demonstrando item a item do funcionamento do referido sistema de auditoria. Conclui que resta comprovado que todas as NFC-e emitidas pelo autuado foram devidamente importadas para o sistema de auditoria e consideradas em sua totalidade no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias.
2. Diz não concordar com o Autuado que alega: “os demonstrativos que sustentam a os lançamentos de ofícios são insuficientes para que a autuada exerça seu direito de contraditório e ampla defesa quanto ao mérito do lançamento” uma vez que os demonstrativos referentes ao levantamento de estoque foram elaborados em estrita observância das normas legais vigentes e entregues ao contribuinte através do DT-e.
3. Alega que a orientação contida nos arts. 12 e 13 da Portaria nº 445/98 é que ocorrendo a existência tanto de omissão de entradas como de saídas, deve ser cobrado a omissão de maior valor monetário. No caso em lide, ocorreu omissão de saídas maior do que de entradas. Acrescenta que as mercadorias sujeitas à substituição tributária, que apresentam omissão de saídas, constam no demonstrativo com valor zerado, visto não gerar nova cobrança de imposto. Por outro lado, os itens que geraram omissão de entradas, por estarem sujeitos ao regime de antecipação tributária, imputou-se as penalidades constantes das infrações 02 e 03, em consonância com a Portaria nº 445/98, art. 10, inciso I, alínea “a” e “b”.

Por fim, conclui a diligência com gravação em mídia CD-R (fl. 158) dos demonstrativos requeridos pelo autuado e prossegue com a manutenção do auto de infração.

O autuado vem às fls. 161 a 163, através do seu patrono, interpor Petição de Manifestação requerendo a nulidade do auto de infração pelos motivos a seguir:

Alega que foram confirmadas as alegações iniciais de defesa e também recursais de que não

foram fornecidos todos os elementos necessários e suficientes para análise do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício de 2019. Invoca o art. 18, inciso II do RPAF que trata sobre nulidade por preterição do direito de defesa. Argui que o auto de infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, conforme art. 28, § 4º, inciso II do RPAF. Finaliza afirmando que o presente processo está em segunda instância de julgamento, já não sendo possível emendar a peça de acusação para incluir elementos probatórios que não nasceram com a acusação.

Às fls. 170 e 171, o autuante se manifesta quando as alegações do Recorrente nos seguintes pontos:

"Restou comprovado que todas as notas fiscais ao consumidor eletrônica – NFCe, emitidas pelo autuado e devidamente autorizadas pela SEFAZ, no período do levantamento de estoque, foram computadas no referido levantamento;

Ficou também devidamente esclarecido a sistemática de importação das referidas notas fiscais ao consumidor para o SIAF (...). Com a recente implantação do NFCe houve uma evolução, haja vista que hoje é possível também visualizar o documento fiscal mediante chave de acesso constante no documento, através do Portal da NFCe da Sefaz.

Vale ressaltar que é o próprio contribuinte quem transmite para a Sefaz os arquivos de sua Escrituração Fiscal, contendo entre outros, o Registro de Saídas, onde estão arrolados todos os documentos fiscais emitidos, ou seja, o autuado é o detentor da informação primária, que, inexplicavelmente diz desconhecer.

Diferentemente do que alega o autuado, não houve, quando do atendimento à diligência, adição de nenhum levantamento novo, ou qualquer alteração nos valores constantes no levantamento do auto de infração em tela. Apenas foi disponibilizado, nesta oportunidade, para o autuado, o arquivo contendo a relação individualizada de todas as Notas Fiscais ao consumidor eletrônica emitidas pelo mesmo (...)."

Em sessão do dia 12/07/2023, esta Câmara converteu o presente PAF novamente em diligência, visto que, em sessão de julgamento, o patrono da empresa manifestou-se afirmando que o prazo anteriormente concedido de 10 dias não fora suficiente para análise dos demonstrativos. Atendendo ao pedido do patrono, foi concedido novo prazo de 60 dias.

Vem aos autos, às fls. 184 a 194, com nova Petição de Manifestação, através do seu patrono, com os seguintes pontos de contestação:

i) Relação de CFOP

Diz não concordar com a exclusão dos CFOP 2.923, 2.949 e 5.949. Diz que cada CFOP tem que ser analisado de acordo se houve movimentação de estoque ou não.

ii) Cálculo da proporcionalidade

Aduz entender que as devoluções de compras de mercadorias não devem ser consideradas para apuração do valor das saídas de mercadorias.

iii) Estoque inicial e estoque final

Apresenta uma tabela com diversos itens, onde afirma que estes devem ser agrupados para fins de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Alega que não foi possível analisar os quantitativos de entradas em relação às notas fiscais de entradas, pois não é possível reconhecer os documentos indicados, os quais contém apenas o número da nota fiscal e a data de emissão.

iv) Saídas

Afirma que o autuante não considerou no levantamento quantitativo as NFC-e indicadas na tabela anexa (contendo quase 10 páginas).

v) Preço médio

Condiciona que, visto a não consideração das NFC-e indicadas no item "iv", os valores de preços médios certamente serão modificados.

Conclui pela nulidade do levantamento quantitativo que não observa os requisitos estabelecidos

na Portaria nº 445/98. Cita o art. 18, § 1º do RPAF/99. Finaliza afirmando estar diante de grandes incorreções e omissões nos demonstrativos e diz que a solução é a realização de novo levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

O autuante se manifesta às fls. 199 a 209, onde aborda sobre os cinco itens contestados:

- i) Diz que, após análise da EFD, observou que os CFOPs informados foram considerados entradas e saídas de pallet e material para uso/consumo e ativo imobilizado, conforme recorte da EFD acostado aos autos. Quanto ao CFOP 2.623 diz não existir nos registros de entrada da Escrituração Fiscal Digital.
- ii) Afirma o autuado que o referido cálculo da proporcionalidade, considerando as devoluções de compras das mercadorias, está previsto na Instrução Normativa nº 56/2007.
- iii) Sobre o questionamento de estoque inicial e final, o autuante diz que a planilha demonstrada pelo autuado só confirma o acerto dos trabalhos de levantamento quantitativo de estoque, haja vista que todos os itens de mercadorias listados pelo autuado possuem códigos distintos.

“Ora, se o contribuinte autuado decidiu codificar individualmente os seus itens é porque tais itens guardam diferenças entre si, tais como marca, peso, medida, tamanho, etc. (...)"

Quanto a alegação do fator de conversão nas entradas, o autuante afirma que constam no presente PAF os arquivos originais e retificadores, estes últimos sendo enviados pela representante legal do autuado, Jéssica Moraes, e anexados os recibos retificadores. Portanto, afirma o autuante, que não houve erro na aplicação do fator de conversão pelo auditor fiscal, até porque a responsabilidade pela informação do fator de conversão é exclusiva do contribuinte.

- iv) Quanto a impugnação de que o autuante não haveria considerado diversas NFCe de saídas, o auditor fiscal *“discorda categoricamente”* haja vista que foi realizado, por amostragem, através das chaves de acesso indicadas na tabela apresentada pelo autuado, consulta das referidas NFCe em seus demonstrativos, e todas estavam incluídas no levantamento de estoque (anexa recorte da tela demonstrando as referidas NFCe consultadas).
- v) Sobre a alegação de que o Preço Média estaria equivocado devido a falta de consideração das NFCe do item anterior, o autuante afirma que foi comprovado que tais documentos foram considerados no levantamento quantitativo de estoque.

Conclui pela manutenção integral do auto de infração.

Registrada a presença do advogado Ednilton Meireles de Oliveira Santos e fiscal autuante Sr. Ademilson Barnabé da Silva, na sessão de videoconferência, que exerceram o direito de fala.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, proferida pela 1ª JJF - Acórdão JJF nº 0151-01/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, em valor histórico de R\$ 939.486,22.

Sempre em busca da verdade material, o Auto de Infração foi convertido em diligência, no dia 14/12/2022, para que o Autuante se manifestasse sobre os pontos abordados e questionados também pelo sujeito passivo, onde o Auditor Fiscal prestou Informação Fiscal de forma clara e detalhista, inclusive demonstrando o funcionamento do sistema de auditoria da SEFAZ com *print* das telas. Não deixando permanecer dúvidas sobre os itens questionados pela diligência e acrescentando ao Processo Administrativo Fiscal mídia CD de fl. 158, no qual anexa planilhas detalhadas sobre todas as NF-e e NFC-e, produtos de entradas e saídas, dentre diversos outros filtros.

O sujeito passivo afirma que as alegações de defesa e recursais, que não existiam provas suficientes para que pudesse desenvolver o seu direito de defesa e do contraditório. Argui que nesta fase processual não cabe mais inclusão de elementos probatórios que não nasceram com a acusação e requer que seja julgado Nulo o presente Auto de Infração.

Vale acrescentar que a mídia CD anexada ao Auto de Infração à fl. 158 não trouxe elementos novos no sentido literal da palavra, pois não se criou créditos tributários para o erário através de tais documentos. O que existiu foram detalhamentos de informações, ou seja, uma planilha ainda mais analítica, que já integravam o cálculo das acusações, inclusive, que foi solicitada pelo autuado de forma repetida. Não houve oneração no valor original de R\$ 939.486,22 muito menos mudanças na forma de cálculo.

Neste sentido, conforme o exposto, afasto o pedido de nulidade por entender que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para realização da ampla defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e das multas aplicadas relativamente às irregularidades apuradas, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e demonstrativos acostados aos autos.

Em nova conversão do auto de infração em diligência, na sessão do dia 12/07/2023, foi oferecido o prazo de 60 dias para manifestação do Recorrente, visto que o patrono, em sessão de julgamento, suscitou que o prazo anteriormente dado de 10 dias não era suficiente para análise de todos os demonstrativos analíticos apresentados pelo autuante.

Após decorrido parte do prazo concedido, apresenta às fls. 184 a 194 a sua manifestação em seis itens, sendo **i) relação de CFOP; ii) cálculo da proporcionalidade; iii) estoque inicial e estoque final; iv) entradas; v) saídas; vi) preço médio;** que serão analisados conjuntamente com a informação fiscal às fls. 199 a 209.

- i)** Quanto ao primeiro item, os CFOPs questionados pelo sujeito passivo são 2.623, 2.923, 2.949 e 5.949.

Para os CFOPs 2.949 (entrada) e 5.949 (saída) são aqueles códigos fiscais genéricos, quando a operação não se enquadra em nenhuma outra hipótese. Sobre estas operações, são refutadas pelo auditor fiscal, onde demonstra que as mercadorias abarcadas por estes códigos, tratam-se, em verdade, de pallet e produtos de uso e consumo/ativo imobilizado. Não interferindo na movimentação do estoque.

Já o CFOP 2.923 foi classificado, na EFD do recorrente, nos códigos fiscais 2.118 como uso e consumo, desta forma, conforme informado pelo autuante, tais CFOP não foram selecionados para composição do levantamento de estoque.

Por último, o CFOP 2.623 não foi encontrado registros de entrada na EFD do recorrente.

Além do mais, em sua última manifestação (fls. 184 a 194) o recorrente não traz nenhuma prova que corrobore com sua defesa, apenas “*discordância*” e que as operações “*devem ser analisadas para constatar se movimenta ou não movimenta o estoque*”.

- ii)** Sobre o cálculo da proporcionalidade o sujeito passivo apenas alega que: “*entendemos que as devoluções de compras de mercadorias não devem ser consideradas para apuração do valor das saídas de mercadorias*”.

O *i*. Auditor Fiscal apresenta em sua Informação Fiscal a Instrução Normativa que versa sobre a inclusão das devoluções de compras das mercadorias no cálculo para apuração no valor das saídas de mercadorias. Substanciando pela coerência do cálculo.

- iii)** Acerca do agrupamento dos itens para fins de levantamento quantitativo, o recorrente apresenta uma tabela com quase quatro páginas, na qual é possível observar informações de “código”, “Unid” e “Descrição”. Afirma que “*devem ser agrupados para fins de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias*”. Acrescenta o Autuante que fica impossibilitado de

executar tal agrupamento pelo fato de que está tratando de diversos produtos, muitos com a mesma espécie, porém com unidades distintas, pois constam unidades de “UN”, “CX”, “CT”, “KG”, “PC”, “DZ”, ainda que para a mesma espécie de mercadorias, existem unidades diversas.

iv) A respeito das entradas, que trata sobre o fator de conversão, ficou claro na informação fiscal que existiram **retificações** da EFD pelo próprio contribuinte. Informação prestada exclusivamente pelo sujeito passivo. Neste ponto, agiu de forma assertiva o Autuante de considerar tais informações contidas na escrituração fiscal digital. No entanto, em sessões de julgamento, que vem ocorrendo pedidos de vistas e adiamentos desde o dia 27/03/2024, ou seja, há quase 30 dias que este PAF está em pauta para julgamento, o patrono do recorrente demonstrou, através da planilha de demonstrativo anexa à mídia fl. 158 pelo agente fiscal, que ainda persistem erros no quesito *fator de conversão*. Compreendo que tal informação foi prestada, ainda que através de retificação, pelo sujeito passivo, na qual informou o fator de conversão utilizado pelo auditor fiscal no seu demonstrativo. Neste ponto, entendo que não se pode admitir uma cobrança no valor vultuoso de R\$ 939.486,22 recair sobre o recorrente, onde fique demonstrado que existiu um erro material, tanto no que tange ao pedido de agrupamento de que trata a Portaria 445/98, que não existiu, como a não observância do fator de conversão (caixas para unidades, por exemplo), o que originou divergências absurdas na acusação de omissão de saídas.

Com relação a possíveis ajustes de que trata o item acima, este relator foi vencido em proposta de diligência colocada à mesa no dia 18/04/2024, o que não me possibilita efetuar tal liquidação com possíveis ajustes no fator de conversão. Entendo que, por este motivo, o auto de infração deve ser julgado improcedente, por conter erros materiais insanáveis em seus demonstrativos que originaram e deram base para as infrações 01, 02 e 03.

Por tudo quanto o exposto e após duas diligências para sanear da melhor forma possível o presente PAF, entendo que o trabalho realizado pelo autuante se baseou nas informações constantes na EFD ICMS do contribuinte, no entanto, mesmo havendo pedido de agrupamento de que trata a Portaria 445/98 e indicações de erros no fator de conversão pelo patrono, nada fora feito para sanar possíveis inconsistências.

Destarte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao ilustre Relator para divergir do seu voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar Improcedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado em razão da constatação da falta de recolhimento do imposto em decorrência de omissão de entradas e saídas de mercadorias, sujeitas ao regime normal e à substituição tributária, no exercício fechado de 2019.

Destaco que os argumentos apresentados pelo voto do Relator são totalmente incongruentes com os motivos que levaram à conclusão do seu voto, posto que, se verídicos, a conclusão deveria ser pela nulidade, nunca pela improcedência.

Na sua sustentação oral, o patrono do Autuado demonstrou existir registros equivocados na EFD, em que, por exemplo em relação ao produto LEITE CONDENSADO 390G, ora a unidade era registrada como caixa, ora a caixa contendo 27 (vinte e sete) unidades de LEITE CONDENSADO 390G.

Ressalto que as inconsistências apontadas são sanáveis, pois dependem apenas de revisão nos fatores de conversão e nos cálculos dos preços médios das mercadorias objeto da autuação, não importando em nulidade absoluta do Auto de Infração.

Entretanto, diante da necessidade de realização de diligência para sanar equívocos relativos ao aspecto quantitativo, o Auto de Infração não está maduro para julgamento por esta 2ª CJF.

Mesmo que fosse determinada a realização de Diligência para sanar tais equívocos, o Autuado não teria direito ao duplo grau de jurisdição, podendo resultar em uma posterior anulação de todo o processo.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de forma a julgar pela NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA, devendo o Auto de Infração retornar à 1ª Instância para refazer a sua instrução e se submeter a novo julgamento a salvo das falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 207098.0002/22-4, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo os autos retornar à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas apontadas.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Rafael Benjamin Tomé Arruty, João Vicente Costa Neto, Igor Lucas Gouveia Baptista e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Gabriel Henrique Lino Mota.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDE E SILVA - VOTO VENCEDOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS