

A. I. Nº - 206825.0051/10-9
AUTUADO - AIRLET EQUIPAMENTOS DE AR COMPRIMIDO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 20.12.2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0319-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Imputação elidida. Infração insubstancial. 2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Incerteza quanto à existência ou não das diferenças apontadas na autuação, pelo menos nos valores apurados. Falta de certeza e liquidez. Infração nula. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Autuado apresenta elementos de prova que elidem totalmente a acusação fiscal. Infração insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/08/2010, exige ICMS no valor de R\$ 44.484,50, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro e maio de 2005, fevereiro e outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 232,49, acrescido da multa de 60%;
2. Falta de recolhimento do ICMS, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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 tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2005 e 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 40.405,20, acrescido da multa de 70%;
3. Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio de 2005, abril, maio, agosto outubro e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.846,81, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou defesa às fls. 120 a 131, sustentando que não procede a exigência referente à infração 01, pois todos os valores lançados no Auto de Infração, como imposto a recolher, foram devidamente recolhidos.

Diz que em relação à data de ocorrência de 31/01/2005, o valor total a recolher de R\$ 3.933,16, teve o pagamento total de R\$ 3.949,99, sendo que em 10/02/2005 efetuou o pagamento de R\$ 3.750,23(doc. 04), e em 31/01/2006 recolheu R\$ 199,76, com acréscimo de R\$ 251,54(doc. 05), inexistindo, portanto, diferença a ser recolhida neste período.

Já em relação à data de ocorrência de 31/05/2005, diz que do valor total a recolher de R\$ 1.797,26, recolheu R\$ 1.797,20, sendo que, em 09/06/2005 efetuou o pagamento do valor de R\$ 1.769,08(doc. 06),

em 21/06/2005 recolheu R\$ 4,18 com acréscimo R\$ 4,24(doc .07), em 19/07/2006 pagou R\$ 23,94 com acréscimo R\$ 30,50 (doc. 08), não existindo diferença a recolher neste período.

No período de ocorrência de 28/02/2006, diz que do valor total a recolher de R\$ 12.921,39, recolheu o total de R\$ 12.921,39, sendo que em 09/03/2006 recolheu R\$ 12.907,08(doc. 09), em 10/09/2007, pagou R\$ 14,31, com correção R\$ 18,46(doc. 10), inexistindo diferença a recolher neste período.

Afirma que, na infração 01 deve ser deduzido da exigência fiscal apontada no demonstrativo de débito, o valor de R\$ 1.367,60, referente aos períodos de ocorrência acima apontados, pois as operações estão corretas.

No que concerne à infração 02, diz que nos exercícios de 2005 e 2006 praticamente só comprou material para comercialização na ATLAS COPCO BRASIL LTDA., que é uma fábrica localizada em Barueri - São Paulo, cumpridora exemplar da legislação quanto à emissão de notas fiscais, o mesmo ocorrendo com sua empresa que só vende, exclusivamente, para pessoas jurídicas.

Alega que eventuais diferenças, para mais ou para menos, nos saldos de estoques são decorrentes de erros de sistemas e humanos, principalmente naquela fase de implantação de controles tecnológicos informatizados, que por imposição do Fisco foi obrigado a assumir, o que em uma empresa de pequeno porte como é sua condição, coloca sempre em dificuldades, bastando verificar que nos 17 anos de existência já foi submetido a várias auditorias fiscais e nunca enfrentou problemas desse tipo.

Salienta que comprovar através de prova documental - notas fiscais de entradas, notas fiscais de saídas e relatórios fiscais e internos - as diferenças, uma a uma, exige da empresa um custo maior do que a penalidade indicada no Auto de Infração, o que tecnicamente não se justifica em uma relação custo-benefício, a não ser nos casos de valor mais elevado que teve a obrigação de fazer o levantamento e apresentar ao CONSEF para a devida correção, exemplificando sua honradez fiscal e a improcedência do Auto de Infração.

Ressalta que, nos casos de menor valor, fazer cópia das notas de entradas e notas de saídas, demonstrativos, relatórios, remuneração de mão de obra envolvida e ainda efetuar autenticação em cartório das mesmas, custará um valor superior, pois os itens que apresentam diferença são exatamente o de maior volume de movimentos, bastando ver que apenas o item 1613-6105-00 - Filtro de Óleo teve de entradas e saídas em 2005 e 2006 o total de 3.550 movimentos.

Frisa, ainda, que existem itens com diferenças, seja para mais ou para menos, que são sujeitos a regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encerra na origem, pois é da natureza desse sistema que assim seja não havendo porque se falar em ICMS não recolhido como consta no Auto de Infração, visto que na origem, no caso, no Estado de São Paulo, o Estado da Bahia já recebeu o imposto devido e está encerrada qualquer tributação posterior.

Diz, também, que itens com omissão de entradas com a devida emissão de Notas Fiscais de saídas não podem ser considerados, nesse caso, como enquadrados no dispositivo fiscal citado, pois o mesmo refere-se apenas a casos em que há a omissão de entrada sem a devida emissão de nota fiscal de saída, levando prejuízo ao Fisco estadual, sendo que, no caso a Fazenda Pública da Bahia recebeu o seu imposto com a devida emissão da Nota Fiscal.

Assevera que em todos os casos relacionados, constata-se a omissão de entradas e ao mesmo tempo as emissões das Notas Fiscais de saídas respectivas, nas próprias planilhas do Levantamento Quantitativo do Estoque, seja no ano de 2005, seja no ano de 2006, o que no final resulta no recolhimento no ICMS devido e comprova também o erro de sistema ou humano, pois como se trata de um bem com existência física ninguém recebe uma nota fiscal sem o devido bem. Acrescenta que, se houve emissão de Nota Fiscal de saída que acobertou a venda, o ICMS devido foi lançado e pago, não havendo como agora se falar em novo pagamento de tributo já lançado e recolhido, pois seria uma “bitributação” sobre um mesmo fato gerador.

Destaca que na própria “*Auditoria da Margem de Valor Adicionado - MVA de 2005*”(Doc. 13) de 2006 (Doc. 14), se verifica que o próprio autuante reconhece que “*não há indícios de saídas de mercadorias como não tributáveis*”.

Consigna que, para melhor entendimento, realizou a explicação por ano, por tipo de omissão e, finalmente, por item de produto, conforme abaixo:

- exercício de 2005. Diz que os itens selecionados no Auto de Infração que apresentaram omissões de entradas ou de saídas, estão abaixo relacionados, sendo por omissões de entradas 05 e por omissões de saídas 08.

No que concerne às omissões de entradas, assevera que em todos os casos relacionados, constata-se a omissão de entradas e ao mesmo tempo as emissões das Notas Fiscais de saídas respectivas, nas próprias planilhas do “*Levantamento Quantitativo do Estoque - Ano de 2005*,” o que no final resulta no recolhimento no ICMS devido e comprova, também, o erro de sistema ou humano.

Consigna que o produto sob o código 1030-0979-00 - ELEMENTO FILTRANTE apresentou omissão de entrada de uma peça, conforme planilha do Auto de Infração. O produto sob o código 1202-6414-00 - ELEMENTO SEPARADOR DE ÓLEO, apresentou omissão de entrada de 02 peças. O produto sob o código 1621-0546-00 – ELEMENTO, pela planilha do Auto de Infração apresentou omissão de entrada de 02 peças. Já com relação ao produto sob código 8971-8801-37 - COMPR PORT XA-420 SD, diz que pelo valor envolvido, é importante demonstrar a improcedência da penalidade aplicada, que pela planilha do Auto de Infração apresentou omissão de entrada de 01 peça.

Afirma que não procede a informação constante do Auto de Infração de que houve omissão na entrada, haja vista que a entrada desse item foi dada pela Nota Fiscal nº 493890, emitida em 31/10/2005, pela Atlas Copco Brasil Ltda., de Barueri-SP, com CFOP 6912, “*remessa em demonstração*” e que entrou no seu estabelecimento em 01/12/2005, conforme cópia da referida nota fiscal anexada aos autos(Doc. 15) e devidamente registrada no livro Registro de Entradas de 2005, fl. 61 onde consta a nota fiscal lançada (Doc. 16).

Sustenta que, neste caso, está descartada a omissão de entrada pela prova documental anexada, sendo totalmente improcedente a infração tipificada no Auto de Infração para esse item. Acrescenta que, além disso, o saldo inicial e final desse item no ano de 2005 é zero, em razão de ter havido somente essa movimentação de entrada e saída dentro do próprio ano, havendo apenas uma unidade que lhe foi enviada em demonstração e também devolvida, no valor de R\$ 138.210,00 e não para comercialização, conforme consta no Auto de Infração.Salienta que esse equipamento recebido em demonstração foi devolvido ao remetente através da Nota Fiscal nº 2784, que também está anexada (doc. 15), devendo, portanto, ser deduzido do Demonstrativo de Débito o valor de R\$ 138.210,00, na base de cálculo correspondente a essa operação que está correta.Quanto ao produto sob código 8971-8801-37 - XAS 186 MWD, diz que também esse item, pelo valor envolvido, é importante demonstrar a improcedência da penalidade aplicada, que pela planilha do Auto de Infração apresentou omissão de entrada de 01 peça. Diz que pelo valor envolvido vale a pena apresentar a prova documental da lisura dos procedimentos, sendo improcedente a acusação do Auto de Infração de que houve omissão da entrada, haja vista que a entrada desse item foi dada pela Nota Fiscal n. 478853, emitida em 05/08/2005, pela Atlas Copco Brasil Ltda., de Barueri-SP, e que entrou no seu estabelecimento em 19/08/2005, conforme cópia da citada nota fiscal anexada aos autos (Doc. 17) e devidamente registrada no livro Registro de Entradas de 2005, fl. 43(Doc. 18) onde consta a nota fiscal escriturada.

Assevera que, nesse caso, está descartada a omissão de entrada pela prova documental anexada, sendo totalmente improcedente a infração tipificada no Auto de Infração. Acrescenta que, além disso, o saldo inicial e final desse item no ano de 2005 é zero, porque só houve essa movimentação que foi dada entrada e saída dentro do próprio ano, havendo apenas uma unidade que lhe foi enviada em demonstração e também devolvida, no valor de R\$ 63.652,50 e não para comercialização como consta na autuação. Esclarece que esse equipamento recebido em demonstração foi devolvido ao remetente através da Nota Fiscal nº 2541, que também está anexada aos autos(doc. 17), devendo,

portanto, ser deduzido do Demonstrativo de Débito o valor de R\$ 63.652,50, na base de cálculo, correspondente a essa operação que está correta.

Com relação ao exercício de 2006, observa que os itens que no Auto de Infração apresentaram omissões de entradas ou de saídas, foram 17 itens que apresentaram diferença, sendo por omissões de entradas 14 e por omissões de saídas 03.

Afirma que em todos esses casos relacionados, constata-se a omissão de entradas e ao mesmo tempo as emissões das Notas Fiscais de saídas respectivas, nas próprias planilhas do Levantamento Quantitativo do Estoque - Ano de 2006, o que no final resulta no recolhimento no ICMS devido e comprova também o erro de sistema ou humano, pois como se trata de um bem com existência física ninguém recebe uma nota fiscal sem o devido bem.

Consigna que o produto sob o código 1028-6192-50 - ELEMENTO SEPARADOR DE, pela planilha do Auto de Infração apresentou omissão de entrada de 03 peças. O produto sob o código 1028-6538-80 - KIT MONT. PRESSOSOST, apresentou omissão de entrada de 05 peças. O produto 1028-6729-02 - THERMOSTATO, apresentou omissão de entrada de 13 peças. O produto 1030-0979-00 - ELEMENTO FILTRANTE, apresentou omissão de entrada de 03 peças. O produto 1089-0575-51 - SENSOR DE PRESSÃO, apresentou omissão de entrada de 04 peças. O produto 1613-6105-00 - FILTRO DE ÓLEO apresentou omissão de entrada de 50 peças. O produto 1614-9056-00 - ELEMENTO SEPARADOR, apresentou omissão de entrada de 03 peças. O produto 2252-6313-00 - ELEMENTO SEPARADOR DE, apresentou omissão de entrada de 01 peças. O produto 2901-0245-01 - ÓLEO ROTO, pela planilha do Auto de Infração apresentou omissão de entrada de 11 peças, sendo este item sujeito ao regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada. Produto 2901-0522-00 - ÓLEO MINERAL, apresentou omissão de entrada de 23 peças, sendo este item sujeito ao regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação já encerrada. O produto 2901-0566-02 - KIT SEPARADOR DE ÓLEO, apresentou omissão de entrada de 07 peças. O produto 2901-0858-00 - KIT SEPARADOR DE ÓLEO, apresentou omissão de entrada de 01 peça. O produto 9705-0013-80 - KIT DE ROLAMENTOS, apresentou omissão de entrada de 03 peças. O produto 9705-0013-81 - KIT DE ROLAMENTOS, apresentou omissão de entrada de 04 peças.

Rechaça a infração 03, afirmando que não procede nenhuma das ocorrências e infrações citadas, conforme passa a demonstrar:

- data de ocorrência de 30/05/2005 – Diz que se refere a não contabilização da Nota Fiscal n. 462934, cópia em anexo (Doc. 19), emitida pela Atlas Copco Brasil Ltda., de Barueri-SP, em 12/05/05, que passou pela controle de fronteira, mas não se encontra lançada no Registro de Entradas de 2005.

Afirma que esta nota fiscal não entrou na empresa e, consequentemente, não consta no livro Registro de Entradas, sendo que tem grande preocupação no devido registro das notas fiscais de entradas, bastando ver que em todo o ano de 2005, somente essa única nota fiscal aparece como não registrada. Acrescenta que, solicitou cópia autenticada ao fornecedor, no caso, Atlas Copco Brasil Ltda., conforme Doc. 19, e o devido canhoto assinado de comprovação de entrega, contudo, a referida empresa não possui, assim como a Rodoviária 5 Estrelas Ltda. não tem o comprovante de entrega. Assevera que na documentação do Auto de Infração inexiste prova de que a mercadoria tenha lhe sido entregue, contudo, mesmo que tivesse entrado sido registrada, pode-se verificar pelo CFOP 6910, trata-se de “*Remessa Gratuita*” e não compra para comercialização, conforme consta no Auto de Infração, cujo código é 6102 – “*Venda de Produto do Estabelecimento*. ” Diz que, segundo o fornecedor, trata-se de uma remessa gratuita de uma peça que está sendo enviada para mostruário, portanto, não podendo ser vendida.

Reitera que no Auto de Infração está sendo considerada como sendo “*compra para comercialização*” o que não procede, haja vista que uma peça enviada gratuitamente não pode pertencer ao estoque de revenda para ser comercializada.

Sustenta que o enquadramento que está sendo dado no Auto de Infração está sem fundamentação legal para tipificar a infração, o que o torna improcedente e nulo.

Com relação à data de ocorrência 30/04/2006, afirma que não procede a informação de que a Nota Fiscal 520168, de 05/04/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois a mesma encontra-se devidamente lançada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de abril, fl. 17, lançada em 11/04/2006, conforme cópia em anexo(Doc. 21), tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal.

Sustenta que também não procede a informação de que a Nota Fiscal nº 520225, de 05/04/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois a mesma encontra-se devidamente lançada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de abril, fl. 19, lançada em 17/04/2006, conforme cópia em anexo (Doc. 23), tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal.

Quanto à data de ocorrência 30/05/2006, diz que não procede a informação de que a Nota Fiscal 529973, de 23/05/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois esta encontra-se devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de maio, fl. 27, lançada em 30/05/2006, conforme cópia em anexo (Doc. 25), tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal.

No que tange à data de ocorrência de 30/08/2006, assevera que não procede a informação de que a Nota Fiscal 544806, de 08/08/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois a mesma encontra-se devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de agosto, fl. 41, lançada em 18/08/2006, conforme cópia em anexo tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal(doc. 27).

Relativamente à data de ocorrência de 30/10/2006, diz que não procede a informação de que a Nota Fiscal 558876, de 17/10/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois esta se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de outubro, fl. 50, lançada em 23/10/2006, conforme cópia em anexo tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal (Doc. 29).

No tocante à data de ocorrência de 30/12/2006, sustenta que não procede a informação de que a Nota Fiscal 571602, de 20/12/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois esta se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2007, mês de janeiro, fl. 02, lançada em 04/01/2007, conforme cópia em anexo, tanto da Nota Fiscal como do registro(doc. 31).Diz, ainda, que não procede a informação de que a Nota Fiscal 572827, de 28/12/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois esta se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2007, mês de janeiro, fl. 02, lançada em 05/01/2007, conforme cópia em anexo, tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal (doc. 33). Afirma, também, que não procede a informação de que a Nota Fiscal 573040, de 28/12/2006, não está escriturada ou “*deixou de recolher*”, pois esta se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2007, mês de janeiro, fl. 02, lançada em 04/01/2007, conforme cópia em anexo, tanto da Nota Fiscal como do registro(doc. 35).

Sustenta que deve ser deduzido do Demonstrativo de Débito relativo à infração 03 o valor de R\$ 22.628,27, da base de cálculo, pois as operações referentes às datas de ocorrências 07, 08, 09, 10, 11, 12, estão corretas.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, bem como requer a produção de todas as provas em direito permitidas, sem exceção de qualquer uma, por mais especial ou privilegiada que seja, de logo requerendo ou explicitando: Realização de perícia contábil, a fim de que sejam examinados os seus documentos e livros contábeis e fiscais, com elaboração do competente Laudo Pericial, com relação todos os itens constantes no Auto de Infração em lide, levando em consideração os argumentos apresentados na peça impugnatória.

Com relação à produção de prova Pericial Contábil, indica como seu Assistente Técnico o senhor Fernando César Passos Lopo, contador, com escritório na Avenida Estados Unidos nº 137, salas 204 e 206, Comércio - Salvador - Bahia, CEP 40010-020, inscrito no Cadastro das Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda sob o nº 105.246.735-00 e inscrito no CRC-BA sob o número 10.138.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 221/222), consignando que o impugnante sustenta com relação à infração 01, não ser esta cabível, em razão de os DAE's referentes a pagamentos apresentados por ocasião da impugnação. Já com relação à infração 02, diz que o contribuinte

apresentou apenas duas notas fiscais e justifica a não apresentação das demais, em razão do custo das cópias reprográficas e devidas autenticações. Quanto à infração 03, relativa às notas fiscais do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, registra que foram apresentadas cópias do livro Registro de Entradas onde os referidos documentos aparecem escriturados.

Reporta-se sobre o argumento defensivo referente à infração 01, dizendo que acata as ponderações do sujeito passivo, observando, apenas, que a cobrança do imposto no valor de R\$ 232,49 deveu-se ao fato do mesmo ter sido composto de diferenças recolhidas intempestivamente.

No que concerne à infração 02, observa que as notas fiscais apresentadas pelo sujeito passivo na defesa, não foram devidamente registradas no Sistema Eletrônico de Dados e, por conseguinte, não constavam dos arquivos magnéticos encaminhados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, apesar de o contribuinte ter sido intimado, no prazo e forma legais, para regularização das citadas informações, o que não ocorreu, conforme agora constatado em razão das provas e alegações oferecidas pelo próprio sujeito passivo. Salienta que a auditoria se prolongou por mais de 04 meses.

Quanto à infração 03, diz que o contribuinte apresentou cópia de folhas do livro Registro de Entradas onde as notas fiscais citadas encontram-se registradas. Salienta, contudo, que tais registros também não são confirmados nos dados dos arquivos magnéticos encaminhados à Secretaria da Fazenda.

Conclui sua peça informativa, consignando que acata a alegação defensiva referente à infração 01, porém, no tocante às infrações 02 e 03, manifesta o entendimento de que é necessária a revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito e/ou emissão de nova ordem de serviço, haja vista que pelas declarações e provas existentes no processo, oriundas do próprio sujeito passivo, resta patente que os arquivos magnéticos foram encaminhados à Secretaria da Fazenda de modo imprestável à finalidade a que se destina, justificando destarte, lavratura de Auto de Infração para exigência do crédito tributário inerente ao descumprimento de obrigação acessória, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996.

A 1^a JJF, na assentada de julgamento do Auto de Infração, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ATACADO, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado elaborasse novo demonstrativo referente à omissão de entradas do exercício de 2005, excluindo os valores relativos aos produtos sob os códigos 8971-8801128 COMPR PORT XA-420 SD e 8971-8801-37XAS 186 MWD. Foi solicitado, ainda, que o diligenciador intimasse o autuado, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia do novo demonstrativo, informando-o da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

O autuante se pronunciou (fl. 231), consignando que conforme pedido de diligência da 1^a Junta de Julgamento Fiscal de fl. 227 dos autos, foi refeito o demonstrativo fiscal com a inserção das mercadorias - códigos 8971-8801-128 - COMPR PORT XA-420 SD e 8971-8801-37 - XAS 186 MWD constantes das Notas Fiscais de entradas números 493890 e 478853, passando o levantamento a apresentar o valor de R\$ 4.784,20 para o exercício de 2005, portanto, reduzindo o valor exigido que era de R\$ 29.046,61, conforme novos demonstrativos anexados.

Salientou que, considerando a “*confissão implícita*” do contribuinte de que a entrega do arquivo eletrônico ocorreu sem o nível de detalhamento exigido na legislação, o que foi confirmado na diligência, haja vista que, pelo menos, notas fiscais de valores significativos, conforme o próprio sujeito passivo, não constaram dos registros magnéticos que foram encaminhados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fica o contribuinte sujeito a aplicação da multa constante do inciso XIII – A, alínea “j” do artigo 42 da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, implicando na cobrança de R\$ 1.380,00 para o período de agosto de 2005 e mais 1.380,00 para o período de dezembro de 2005 cumulativamente com a multa de 1% do valor das saídas do exercício de 2005 no equivalente a R\$ 42.486,84, justificando, destarte, o encaminhamento do processo para fins de emissão de nova Ordem de Serviço com o fito

da lavratura de novo Auto de Infração com o acréscimo dos novos valores e redução da cobrança referente à infração de número 02.

O autuado se manifestou (fls. 257 a 272), registrando sua discordância contra a deliberação desta 1ª JJF, em converter o processo em diligência, afirmando que após ter sido comprovada a inexistência de omissão de entrada pelo órgão julgador, conforme a infração 02 deveria considerar este item nulo e determinar o seu arquivamento.

Tece diversas considerações sobre o comportamento desta Junta de Julgamento Fiscal, para afirmar que foi cometida grave ilegalidade, pois diligências possuem o objetivo de esclarecer fatos duvidosos ou omissos e não corrigir Auto de Infração já lavrado e em fase de julgamento, demonstrando uma parcialidade e ainda por cima cerceando o seu direito defesa, por não ter sido esclarecido em que se baseou a análise e discussão para determinar a diligência.

Salienta que mesmo com essa parcialidade está apresentando a defesa dos itens sobre os quais está sendo acusado de omissão de saídas, no caso, as mercadorias sob os códigos nºs 1028653880 – KIT MONT PRESSOST; 102867902 – THERMOSTATO JUMO; 16113610500 – FILTRO DE ÓLEO; 2252631300 – ELEMENTO SEPARADOR DE ÓLEO; 2901034300 – KIT DE SERVIÇO SEPARADOR DE ÓLEO; 2901043200 – KIT SEPARADOR DE ÓLEO; 2901052200 – ÓLEO MINERAL ROTO INJECT FLUID; 2908-8501-01 – ROTO Z BD 20 LTS.

Presta esclarecimentos adicionais em relação às Notas Fiscais nºs 478853 e 493890, afirmando que estas se encontram registradas no arquivo magnético enviado à Secretaria da Fazenda. Ressalta, ainda, que ambas as notas fiscais acima referidas dizem respeito à operação de “DEMONSTRAÇÃO” e não “COMPRA E VENDA”.

Apresenta as suas conclusões e, ao final, diz que espera que esta Junta de Julgamento Fiscal faça justiça.

O autuante se pronunciou (fl. 332), salientando que mais uma vez o autuado rechaça os valores encontrados no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias que realizou. Transcreve trechos das argumentações defensivas, a exemplo de: “*Esse item no Registro de Inventário de 2005 está realmente apresentando como Estoque Final 00, entretanto isso ocorreu por um erro de digitação, que abaixo demonstramos, pois na verdade o Estoque Final de 2005 é 09 em razão do seguinte:*” (p. 260 deste processo) e; “*Neste item não há uma omissão de saída, mas um erro de contagem física ou movimentação de item, pois é bastante provável que em uma movimentação de 1800 peças de apenas um item no ano de 2005, ocorra uma diferença infinitesimal como essa de apenas 03 peças e cujo valor é bastante baixo, custando os 3 apenas R\$ 110,79 e o ICMS somente R\$ 18,83*” (fl. 262).

Diz que noutra situação, o autuado se refere ao produto de código 1028653880 que na sequência de folhas das cópias do livro Registro de Inventário (fls. 23/ 24 dos autos) tal produto por ocasião da auditoria não se encontrava especificado.

Observa que diante de tais fatos opina pelo envio de providencias no sentido de que seja emitida nova Ordem de Serviço para “refiscalização” dos exercícios indicados no Auto de Infração em epígrafe.

À fl. 335 consta informação do autuante no sentido de que estava anexando Termo de Início e Encerramento de Fiscalização pertinente Auto de Infração resultante da revisão fiscal.

VOTO

Verso o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que, relativamente à infração 01- *Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS-*, o autuado elide totalmente a acusação fiscal ao apresentar elementos de provas que confirmam a sua alegação de que não procede a exigência, haja

vista que todos os valores apontados no Auto de Infração, como imposto devido, foram recolhidos em momento anterior ao início da ação fiscal, conforme comprovantes de recolhimentos acostados aos autos pelo impugnante. Relevante registrar que o próprio autuante acatou as razões defensivas.

Diante disto, a infração 01 é insubstancial.

No que concerne à infração 02 - *Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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 tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas* -, cabe-me registrar, inicialmente, que não houve qualquer ilegalidade incorrida por esta Junta de Julgamento Fiscal ao converter o processo em diligência, a fim de que o autuante fizesse as correções e ajustes apontados, conforme suscitado pelo impugnante em sua manifestação.

Isto porque, conforme a acusação fiscal acima reproduzida foi constatada no levantamento quantitativo de estoques levado a efeito pelo autuante, a existência de diferenças de omissão tanto de entradas como de saídas mercadorias, tendo sido exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária, no presente caso, a das operações de entrada.

Ocorre que, conforme estabelece o art. 13 da Portaria nº 445/989, havendo omissão de saídas, mas tendo em vista ser o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, e considerando que a exigência do tributo é feita neste caso em função do valor da presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, a verificação da omissão de saídas deve ser também consignada, expressamente, tanto no Auto de Infração como no Termo de Encerramento de Fiscalização, fazendo-se juntada dos papéis de trabalho a ela correspondentes, demonstrando as quantidades, os preços e a apuração do valor da omissão de saídas, para que sirvam como elementos de prova.

Já o art. 14 da Portaria acima referida, determina que feita a exigência do ICMS com base na presunção legal de omissão de receitas relativas a operações tributáveis, caso o sujeito passivo venha a comprovar a improcedência daquela presunção, porém subsistindo a omissão de saídas, prevalecerá o débito a estas correspondentes.

Portanto, a deliberação desta 1ª JJF foi feita de forma correta, haja vista que em conformidade com a legislação do ICMS. Vale acrescentar que na solicitação da diligência foi determinado que se concedesse ao autuado prazo de 30 (trinta) dias, a fim de preservar o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Ultrapassada esta questão, verifico que o próprio autuante ao prestar a informação fiscal, consignou que nenhuma das notas fiscais, apresentadas pelo sujeito passivo na defesa, foram devidamente registradas no Sistema Eletrônico de Dados e, por conseguinte, não constavam dos arquivos magnéticos encaminhados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, apesar de o contribuinte ter sido intimado, no prazo e forma legais, para regularização das citadas informações, o que não ocorreu, conforme agora constatado em razão das provas e alegações oferecidas pelo próprio sujeito passivo.

Disse ainda o autuante que “é necessária a revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito e/ou emissão de nova ordem de serviço, haja vista que pelas declarações e provas existentes no processo, oriundas do próprio sujeito passivo, resta patente que os arquivos magnéticos foram encaminhados à Secretaria da Fazenda de modo imprestável à finalidade a que se destina, justificando destarte, lavratura de Auto de Infração para exigência do crédito tributário inerente ao descumprimento de obrigação acessória, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996.”

Ora, no momento em que o próprio autuante admite e manifesta o entendimento acima reproduzido de que é necessária a revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito e/ou emissão de nova ordem de

serviço, haja vista que pelas declarações e provas existentes no processo, oriundas do próprio sujeito passivo, resta patente que os arquivos magnéticos foram encaminhados à Secretaria da Fazenda de modo imprestável à finalidade a que se destina, justificando destarte, lavratura de Auto de Infração para exigência do crédito tributário inerente ao descumprimento de obrigação acessória, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, não há como prosperar esta infração nos moldes como se encontra.

Ademais, ao se pronunciar em momento posterior à informação fiscal, o autuante opinou pelo envio de providências no sentido de que fosse emitida nova Ordem de Serviço para “refiscalização” dos exercícios indicados no Auto de Infração em epígrafe, constando à fl. 335 dos autos, informação do autuante no sentido de que estava anexando Termo de Início e Encerramento de Fiscalização pertinente Auto de Infração resultante da revisão fiscal, no caso, o Auto de Infração nº 206825.0065/11-8, cuja cópia se encontra acostada aos autos às fls. 334 a 346, sendo a autuação referente ao mesmo período abrangido pelo Auto de Infração em exame.

Desta forma, considerando a incerteza quanto à acusação fiscal, fato que resultou em nova “refiscalização”, conforme solicitado pelo próprio autuante à repartição fazendária, considero nula esta infração, com fulcro no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto à infração 03 - *Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios* -, constato que assiste razão ao impugnante quando sustenta que não procede nenhuma das ocorrências apontadas no Auto de Infração, conforme elementos e razões que sustenta.

Assim é que, na data de ocorrência de 30/05/2005, concordo com o impugnante quando diz que a Nota Fiscal nº 462934, cuja cópia encontra-se anexada aos autos(fl. 185), emitida pela Atlas Copco Brasil Ltda., de Barueri-SP, em 12/05/05, contudo, trata-se de CFOP 6910 - “Remessa Grátis” e não compra para comercialização, conforme consta no Auto de Infração, cujo código é 6102 – “Venda de Produto do Estabelecimento.” Ou seja, trata-se de uma remessa gratuita de uma peça que está sendo enviada para mostruário, portanto, não podendo ser vendida.

Com relação à data de ocorrência 30/04/2006, a Nota Fiscal 520168, de 05/04/2006, encontra-se devidamente lançada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de abril, fl. 17, lançada em 11/04/2006, conforme cópia em anexo(fls. 187 e 189) tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal.

Também a Nota Fiscal nº 520225, de 05/04/2006, encontra-se devidamente lançada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de abril, fl. 19, lançada em 17/04/2006, conforme cópia em anexo (fls. 191 e 193), tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal.

Quanto à data de ocorrência 30/05/2006, a Nota Fiscal 529973, de 23/05/2006, encontra-se devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de maio, fl. 27, lançada em 30/05/2006, conforme cópia em anexo (fls. 195 e 197), tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal.

No que tange à data de ocorrência de 30/08/2006, a Nota Fiscal 544806, de 08/08/2006, encontra-se devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de agosto, fl. 41, lançada em 18/08/2006, conforme cópia em anexo tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal (fls. 199 e 201).

Relativamente à data de ocorrência de 30/10/2006, a Nota Fiscal 558876, de 17/10/2006, se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2006, mês de outubro, fl. 50, lançada em 23/10/2006, conforme cópia em anexo tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal (fls. 203 e 205).

No tocante à data de ocorrência de 30/12/2006, a Nota Fiscal 571602, de 20/12/2006, se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2007, mês de janeiro, fl. 02, lançada em 04/01/2007, conforme cópia em anexo, tanto da Nota Fiscal como do registro (fls. 207 e 209). Também a Nota Fiscal 572827, de 28/12/2006, se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2007, mês de janeiro, fl. 02, lançada em 05/01/2007, conforme cópia em anexo, tanto da Nota Fiscal como do registro fiscal (fls. 211 e 213). Da mesma forma a Nota Fiscal 573040, de 28/12/2006, se encontra devidamente escriturada no livro Registro de Entradas de 2007, mês de

janeiro, fl. 02, lançada em 04/01/2007, conforme cópia em anexo, tanto da Nota Fiscal como do registro(fls. 215 e 217).

Assim sendo, restando comprovado os argumentos defensivos, esta infração é totalmente insubstancial.

Diante do exposto, as infrações 01 e 03 são insubstanciais e a infração 02 nula.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206825.0051/10-9**, lavrado contra **AIRLET EQUIPAMENTOS DE AR COMPRIMIDO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA