

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0009/07-1
RECORRENTE - COMPRESIL COMÉRCIO & ATACADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0419-01/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 22/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0034-12/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Infrações elididas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Após diligência realizada houve a diminuição do valor do débito originalmente exigido. Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 419-01/08) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$ 110.768,60, em decorrência do cometimento de cinco irregularidades à norma tributária do Estado. No entanto, somente fazem parte do Recurso Voluntário as seguintes infrações:

Infração 1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.752,43, acrescido da multa de 50%;

Infração 2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 232,22, acrescido da multa de 60%;

Infração 5. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2002 e 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 91.168,43, acrescido da multa de 70%.

O autuado, em sua defesa inicial impugna as infrações 3 e 5. Após manifestação das partes envolvidas na lide, de diligência saneadora em relação à infração 5, cujo resultado não foi contestado pela empresa, a 1ª JF pronuncia a seguinte Decisão em relação às infrações 1, 2 e 5, motivadoras do Recurso Voluntário.

“Voto

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de 05 infrações, dentre as quais este impugna apenas as infrações 03 e 05, silenciando quanto às infrações 01, 02 e 04.

(...)

No respeitante à infração 05, convém consignar que o autuado na peça de defesa se insurgiu apenas contra o levantamento referente às mercadorias Grampo Darma Preto 5 – Código. 084 e Folha de Alumínio-Código 402, apontando a existência de divergências que provocaram a conversão do processo em diligência por esta 1ª

Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado verificasse as alegações defensivas e procedesse as devidas retificações, elaborando novos demonstrativos.

Observo que o próprio autuante cumpriu a diligência, acatando as razões defensivas quanto às mercadorias Grampo Darma Preto 5 – Código. 084 e Folha de Alumínio-Código 402, apresentando como resultado da revisão fiscal realizada, novos demonstrativos acostados aos autos, com a redução do ICMS devido no exercício de 2002 para o valor de R\$ 46.403,70 e no exercício de 2003 para R\$ 31.521,04. Infração mantida parcialmente.

Relativamente às infrações 01, 02 e 04, vejo que o autuado as reconhece tacitamente, haja vista que em nenhum momento impugnou a acusação fiscal referente a estes itens da autuação. Certamente, caberia ao autuado exercer o seu direito de ampla defesa, trazendo na peça impugnatória os argumentos e elementos hábeis de prova capazes de elidir a autuação, conforme determina o art. 123 do RPAF/99, abaixo reproduzido:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.”

O artigo 140, do mesmo Diploma regulamentar acima referido, aponta para a indispensabilidade de comprovação das alegações e dos fatos, não podendo prosperar a simples negativa, conforme se vê da transcrição abaixo do referido dispositivo regulamentar:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Relevante registrar que a autuação relativa a estas infrações, está em conformidade com a legislação do ICMS, bem como, com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Infrações mantidas integralmente.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 04 são integralmente subsistentes, e as infrações 03 e 05, parcialmente subsistentes.”

Após tomar ciência da Decisão prolatada pela 1ª Instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 887/893).

Afirma que quando discordou do levantamento quantitativo dos estoques – infração 05, apenas exemplificou as divergências constatadas com as mercadorias Grampo Darma Preto 5 – Cod. 084 e Folha de Alumínio – Cod. 402. Entretanto, existem outras mercadorias que necessitam de retificações, cujas notas fiscais foram entregues ao autuante quando intimado para fazê-lo à época da diligência requerida pela JJF. Diz que o autuante apenas utilizou, nesta ocasião, as informações constantes nos seus livros fiscais para elaborar o levantamento quantitativo dos estoques, cuja forma de auditoria a descreveu. Neste momento, colaciona a planilha de fls. 894/895, indicando todas as inconsistências que apurou no levantamento fiscal. Para robustecer sua alegação, anexa cópias das notas fiscais, que disse não consideradas no referido levantamento fiscal e cópia do livro Registro de Inventário de 2002 e 2003.

Continuando com sua argumentação, afirma que o art. 123, do RPAF “*não leva a concluir que a DEFESA é regulamentada como resultado da conjunção da “Impugnação aduzida por escrito” e das “provas”, ou seja: DEFESA = “impugnação aduzida por escrito” + “provas”. Dessa forma, a apresentação de provas junto com a impugnação demonstra a intenção que o contribuinte tem de se defender. De sorte que as provas apresentadas junto com a impugnação não apreciadas pela autoridade de primeira instância devem ser apreciadas pela autoridade julgadora de segunda instância para que o contribuinte não veja cerceado o seu direito constitucional de defesa*”. Neste momento, transcrevendo as determinações do art. 123, §§ 5º, II e 7º, do RPAF/BA, solicita que sejam retificadas as divergências, conforme indica na planilha que apensou aos autos (estoque inicial maior do que o escriturado e saídas de mercadorias com notas fiscais não computadas no levantamento fiscal).

Ressalta, em seguida, que sobre as notas fiscais emitidas recolheu o imposto devido, o que desaguava na sua extinção, conforme comando do art. 156, do CTN.

Abrindo o que chamou de “*rápido parêntese, para deixar registrado*” entende que o fato de, anteriormente, ter silenciado sobre as matérias do lançamento fiscal, tal fato não caracteriza,

necessariamente, que o mesmo seja líquido e certo, “*após a constituição definitiva*”. Neste sentido explica que, por doença grave de sua esposa, no período de 2006 a 2008, não pôde se defender com precisão, apenas apresentando provas, conforme intimado pelo fiscal autuante.

Informa, em relação às infrações 1 e 2, que, após deferimento do Processo nº 171304/2001-4, quando a Secretaria de Fazenda, em 16/12/2002, reconheceu ser devido crédito fiscal a ser compensado, realizou tal compensação em janeiro de 2003, conforme consta fixado no Livro de Ocorrências (fl. 33) e livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS. Assim, ao ser alegado de que não recolheu em 09/02/2003 o valor de R\$1.752,43, referente a ICMS escriturado no livro fiscal no prazo regulamentar, é porque a fiscalização deixou de verificar a observação constante no RAICMS (fls. 33/34) onde fez a menção da extinção do ICMS devido no valor de R\$1.752,43 mediante o crédito fiscal de R\$2.744,04, reconhecido pela SEFAZ em dezembro de 2002, conforme Processo nº 171304/20014. Inclusive, após tal compensação, houve um saldo remanescente que foi utilizado no mês de fevereiro de 2003, no valor de R\$232,22 conforme fl. 34 do RAICMS.

Por fim, para que não se caracterizasse a bitributação, requereu que fossem excluídas da base de cálculo do lançamento fiscal as notas fiscais emitidas (cópias anexadas) e a extinção das infrações 1 e 2, já que ao “*compensar o crédito fiscal reconhecido, extinguíram-se os créditos ora lançada de ofício, conforme fls. 2 do relatório do acórdão da JJF*”.

Encaminhados os autos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, este órgão jurídico (fl. 1.102), após análise, sugere a essa Câmara de Julgamento Fiscal a conversão do feito em diligência à ASTEC para análise acerca das demais mercadorias objeto da planilha elaborada às fls. 894/895, em cotejo com o levantamento efetuado pelo autuante. E, acaso comprovadas as alegações recursais, que fosse elaborado novo demonstrativo de débito.

Em atenção ao solicitado, esta 2ª CJF encaminha os autos ao fiscal autuante (fl. 1.105) para que ele, com base as cópias das notas fiscais apresentadas pelo recorrente e do livro Registro de Inventário, analisasse se, de fato, existiam inconsistências no quantitativo elaborado e referente às mercadorias constantes da planilha de fls. 894/895 do processo. Detectando inconsistências, apontá-las e elaborar novo demonstrativo de débito.

O autuante intima a empresa a apresentar os arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 2002 e 2003, “*preferencialmente com o Registro 74, com o registro das notas fiscais anexadas em cópia ao Recurso Voluntário*” (fl. 1109).

À fl. 1.112 consta a solicitação do recorrente para a dilação de prazo de 60 dias para entrega dos arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 2002 e 2003.

À fl. 1.117, o recorrente dirige-se a este CONSEF informando que no exercício de 2002 e 2003 não estava obrigado a apresentar arquivos magnéticos, o que o impossibilitava de entregá-los. Em assim sendo, insistia que as provas apresentadas fossem levadas em consideração. Esta manifestação foi encaminhada à SAT/DAT/METRO/CGRED/PAF VERMELHO (fl. 1123).

O autuante (fls. 1.124/1.126), após relatar sucintamente as peças processuais, informa que a documentação acostada aos autos com o Recurso Voluntário (fls. 912/1096) se trata de parte de cópias de notas fiscais já apresentadas e analisadas conforme fls. 466/868. Quanto ao demonstrativo apresentado, embora não entregue quando da diligência requerida pela JJF, nenhuma modificação causou ao “novo levantamento”, que culminou com a redução do valor exigido. Assim, pelo fato de nada de novo ter sido apresentado, intimou a empresa a apresentar novo arquivo magnético para que fosse confrontado com aquele inicialmente apresentado e feito batimento com os livros fiscais.

Em seguida, informa que em 10/11/2010 a empresa requereu prorrogação de prazo (60 dias) para apresentação dos arquivos magnéticos. Posteriormente, em 10/11/2010, declara que não estava obrigada a apresentá-los. Transcrevendo as determinações do art. 685 e 686, do RICMS/BA, manteve os termos da modificação do débito apresentado na anterior diligência requerida pela JJF.

Em manifestação (fls. 1.133/1.135) o recorrente relata os acontecimentos da época da diligência e informa que, como obteve outra prorrogação de prazo por mais trinta dias para apresentação dos arquivos magnéticos (2ª Intimação expedida pelo autuante e datada de 16/11/2010 – fl. 1.137), transmitiu seus arquivos magnéticos como comprovavam os protocolos de transmissão (fls. 1.139/1.162). No entanto, em 20/12/2010 recebeu intimação da Coordenação de Cobrança – CGRED/PAF informando que a diligência foi concluída em 22/11/2010, logo após o recebimento da 2ª Intimação para apresentação dos arquivos magnéticos. Assim, com base nas determinações do art. 123, art. 150, do RPAF/BA e art. 30 do Regimento Interno deste CONSEF, solicitava a reabertura da diligência para que fossem analisadas as informações transmitidas através dos arquivos magnéticos.

Esta manifestação foi encaminhada à SAT/DAT/METRO/CGRED/PAF VERMELHO (fl. 1174).

Mais uma vez o autuante intimou a empresa para apresentar arquivos contendo relatório de mercadorias selecionadas para que fosse informado o estoque de acordo com o código constante nos arquivos magnéticos transmitidos em 15/12/2010 (fl. 1184).

Consta à fl. 1.177 manifestação da empresa solicitando outra prorrogação de prazo para a entrega desta informação, pois somente possuía uma funcionária e ela se encontrava doente, por ter sido submetida a uma cesariana. Embora a mesma tenha feito enorme esforço, não conseguiu concluir os trabalhos.

O autuante concedeu nova prorrogação de prazo e mais uma vez retificou o levantamento fiscal, apresentando ICMS a ser exigido no exercício de 2002 na ordem de R\$8.735,72 e no exercício de 2003 de R\$5.489,73 (fls. 1.184/1.185).

Em 10/08/2011 o recorrente tomou ciência do resultado da diligência realizada (fl. 1199).

Em 23/08/2011 tendo em vista a não manifestação do contribuinte no prazo regulamentar, o processo foi encaminhado a este CONSEF para julgamento.

Em 24/08/2011, o recorrente manifesta-se (fls. 1.201/1.203). Concorde com as quantidades apresentadas pelo autuante quando de sua última manifestação. Porém, discorda dos preços unitários, afirmando que o critério para tomá-los como verdadeiro não está, com clareza, demonstrado, estando eles majorados. Assim, novamente, requer diligência para que o autuante proceda a uma revisão dos mesmos, objetivando a redução do imposto exigido.

Em Parecer conclusivo (fls. 1212/1213), a PGE/PROFIS manifestando-se em relação à infração 5, já que entende que o Recurso Voluntário a ela se refere, após descrever, com brevidade, as peças processuais, entende que os documentos apresentados foram suficientes para modificar em parte o levantamento fiscal. Assim, opina pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso interposto.

A procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA ratifica o Parecer exarado e encaminha os autos a este CONSEF para julgamento (fl. 1.214).

VOTO

Preliminarmente é necessário se adentrar em algumas considerações a respeito do presente processo, visando que no futuro não possa ser alegado cerceamento de defesa, como inclusive, de forma indireta, trouxe o recorrente.

Diz ele que, quando de sua defesa inicial e relativamente à infração 5, somente se referiu às mercadorias “Grampo Darma Preto 5 – cod 084” e “folha de alumínio – cod 402”, por amostragem, pois diversas outras mercadorias encontravam-se com seu quantitativo equivocado. Tal afirmativa não espelha a realidade ao se analisar a defesa apresentada e constante das fls. 412/413 dos autos. Estas foram as únicas mercadorias contestadas. Se outras assim estivessem, na ocasião deveriam ter sido declinadas.

Afirma o recorrente que à época da diligência requerida pela JJF apensou ao PAF cópias de inúmeras notas fiscais para demonstrar tais inconsistências, porém elas não foram consideradas nem pelo autuante nem pela JJF. Neste sentido, dar uma interpretação pessoal sobre as determinações do art. 123, do RPAF/BA, que entendo completamente equivocada, para concluir que, se havia apresentado cópias de documentos fiscais quando foi intimado pelo autuante na ocasião da diligência, ele deveria ter realizado toda a revisão do lançamento fiscal, mesmo que este não tivesse sido o seu pedir. Afirma que a intenção é a que deve prevalecer.

Na legislação estadual, normatizada pelo RPAF/BA (surgido no mundo jurídico através do Decreto nº 7.628/96), *instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e os sujeitos passivos tributários quando da apresentação da defesa, **por escrito**, impugnando o lançamento de crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração ou, quando da apresentação de petição escrita, pelo contribuinte ou responsável, impugnando qualquer medida ou exigência fiscal imposta.* Estas são as determinações constantes do art. 121, I e II da norma regulamentar. Friso as palavras “por escrito” para que se perceba que qualquer impugnação deve ser formalmente requerida, já que o julgador não pode perceber, ou mesmo “adivinhar”, o que pretende o litigante.

Em vista destas determinações, o art. 123 da referida norma assegura *ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida **por escrito e acompanhada das provas que tiver**, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.*

Ou seja, toda a defesa deve ser feita por escrito. Os documentos que o sujeito passivo tributário possui são provas do que for aduzido. No caso em concreto, cópias de notas fiscais trazidas, inclusive após defesa, à época da diligência requerida, sem qualquer indicação de sua finalidade, nada acrescentam, pois a fase de fiscalização já foi encerrada, estando o Auto de Infração, lançamento do crédito tributário, em fase de contestação. Além do mais, quando intimado para tomar ciência da diligência levada a efeito, o contribuinte manteve-se silente. E, para corroborar tal posição, assim dispõe os parágrafos 1º, 3º 5º e 6º:

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

§ 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.

Por tudo exposto, não encontro motivo para levar em consideração as alegações apresentadas pelo recorrente. Em qualquer momento neste processo foi desconsiderado o princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo perfeita a Decisão de 1º Grau no estágio em que se encontrava a lide.

Entretanto, também prevê o art. 123, no seu § 7º que *caso já tenha sido proferida a Decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto Recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.* Em assim sendo, toda a documentação anteriormente apresentada, reapresentadas e, neste momento recursal aduzida por escrito, foi motivo de exaustivas diligências.

Por fim, em relação à última manifestação do recorrente, de fls. 1.201/1.203, foi ela interposta intempestivamente. A empresa tomou ciência da diligência levado a efeito em 10/08/2011 (quarta

feira) com prazo de dez (10) dias para, querendo, se manifestar. Teria até o dia 19/08/2011 (sexta-feira) para fazê-lo. Somente se manifesta em 24/08/2011. Porém, como o seu pedido se relaciona diretamente com a análise das peças processuais, mesmo não podendo ser considerada, estaria ela, ao final, passando pelo desfecho da lide. Assim, e para que não reste mais qualquer dúvida a respeito da matéria em questão, a acolho, ressaltando que o pedido de diligência formulado é indeferido, com base nas determinações do art. 147, I, “a”, do RPAF/BA.

Quanto às infrações 1 e 2, em qualquer momento, ao longo da impugnação apresentada houve qualquer menção às mesmas, inclusive o recorrente confessa tal fato no seu Recurso Voluntário, aduzindo que não o fez por motivo de grave doença de sua esposa, apenas apresentando provas, quando intimado pelo fiscal autuante. Afora que este fato consta no relatório do Acórdão da JJF – fl. 2.

Em primeiro, a norma tributária não pode estar à mercê dos interesses ou questões particulares dos seus contribuintes. Em segundo, doença grave da esposa do recorrente, embora merecedora de atenção, não implicou na impossibilidade da empresa de tomar a Decisão de obedecer às determinações legais, inclusive, se defendendo. Em terceiro, as provas documentais somente foram apresentadas no período recursal. Em quarto, no relatório do Acórdão da JJF em nenhum momento consta alguma menção a qualquer prova trazida a respeito destas infrações. Ao contrário, segue sempre a linha da não impugnação, sendo fiel às peças processuais.

Porém ao analisar a prova trazida pela empresa, juntamente com o levantamento fiscal e da cópia do livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS apensado aos autos pelo próprio autuante, entendo que mesmo que se possa alegar preclusão de defesa, não se pode deixar no esquecimento o princípio base que norteia um processo administrativo fiscal, ou seja, o princípio da verdade material, além dos princípios do informalismo e da garantia de ampla defesa, como determina o art. 2º, do RPAF/BA:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

§ 2º Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.

Em assim sendo, conheço a defesa apresentada em sede recursal e passo a apreciá-la.

A infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2003. Foi exigido o imposto no valor de R\$1.752,43. O levantamento realizado pela fiscalização (fl. 09) dar conta, corretamente, da irregularidade tida como cometida pela empresa. Afora que, diante da acusação, entende-se que o imposto encontra-se escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, porém não recolhido.

No entanto, ao analisar as cópias do RAICMS (fls. 384/385 dos autos) trazidas pelo próprio autuante este valor em qualquer momento encontra-se escriturado. Nem mesmo no livro Registro de Saídas (fl. 346), onde poderia haver uma divergência entre as duas escriturações - RAICMS e LRS. Os valores escriturados nos dois livros são os mesmos.

O que consta no RAICMS é imposto a ser recolhido no valor de R\$3.271,21 com crédito de entradas do mês no valor de R\$759,39. Também consta como “outros créditos” o valor de R\$2.744,04, concedido através do processo nº 171304/2001-4, que foi anexado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências.

O recorrente trouxe aos autos a prova da restituição de indébito realizada pela Secretaria da Fazenda, através do Inspetor Fazendário da INFAZ Bonoco e do processo acima citado (fls. 896/897). Esta restituição foi realizada na forma de crédito fiscal e se deu em 31/12/2002. Assim, a empresa poderia utilizá-lo já no mês de janeiro de 2003, como o fez.

Somando o valor dos créditos fiscais do mês e do crédito fiscal concedido através do processo de restituição se tem um total de R\$3.503,46. Como o imposto a ser recolhido no mês de janeiro de 2003 foi da ordem de R\$3.271,21, além de não haver imposto a ser recolhido, o recorrente ainda possuía crédito, para o mês seguinte, no valor de R\$232,22.

E este valor de R\$232,22 foi o que constituiu a infração 2, ou seja, recolhimento a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro de 2003. O autuante, indevidamente, glosando tal crédito fiscal, entendeu que o imposto foi recolhido a menos nesse mês.

Diante de tudo ora exposto, razão assiste ao recorrente em suas alegações, sendo improcedente a exigência do tributo contido nas infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração.

A infração 5 diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2002 e 2003.

Após duas diligências saneadoras, uma solicitada pela JJF e outra por esta CJF, diligência esta onde foram prorrogados todos os prazos regulamentares por solicitação do recorrente, que desaguou em um período de duração de 2009 a 2011, o imposto originalmente exigido no valor de R\$91.168,43, passou para R\$77.924,74, conforme decidido pela instância de 1º Grau e, após novo saneamento, a pedido desta Câmara, o autuante, após analisar toda a documentação trazida pelo recorrente, reconhece que o valor do imposto a ser exigido é da ordem de R\$14.225,45 (R\$8.735,72 referente ao exercício de 2002 e R\$5.489,73 em relação ao exercício de 2003).

O recorrente reconhece que as quantidades das mercadorias apuradas estão corretas, mas, após cinco anos (desde que recebeu os levantamentos fiscais) e de inúmeras intervenções no processo, afirma não saber como foram encontrados os preços médios unitários, solicitando revisão do lançamento, pois, no seu entender, tais preços estavam acima da realidade à época, o que majorava o imposto exigido.

Entendo que tais argumentos possuem, apenas, cunho procrastinatório. Os levantamentos dos preços médios unitários desde a época da fiscalização foram entregues ao recorrente, que passou mais de cinco anos sem contestá-los. O saneamento do processo foi unicamente relativo às quantidades das mercadorias, inclusive tendo a empresa prazos extremamente elásticos para modificá-los.

Afora tais considerações, mesmo quando traz o seu pedido, em qualquer momento, apresenta prova do alegado. Afirmar que para os anos de 2002 e 2003, os preços estão fora da realidade, aqui nada acrescenta. Para corroborar tal posição, além de lembrar ao recorrente as determinações do art. 123, do RPAF/BA, dispõe o art. 8º, III e IV da referida norma regulamentar que as petições deverão conter o pedido e seus fundamentos, expostos com clareza e precisão, acompanhadas dos meios de prova para demonstrar a verdade das alegações apresentadas. E, por fim, “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*” (art. 143, do RPAF/BA).

E, a respeito do entendimento da empresa de que sobre as notas fiscais emitidas recolheu o imposto devido, este é fato que aqui não tem qualquer pertinência. Todas as notas fiscais emitidas foram consideradas no levantamento fiscal, sendo exigido o imposto, apenas, sobre as saídas de mercadorias sem notas fiscais, conseqüentemente, sem o recolhimento do tributo em análise.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para julgar IMPROCEDENTE as infrações 1 e 2 do presente Auto de Infração e PROCEDENTE EM PARTE a infração 5 para exigir o ICMS no valor de R\$14.225,45 (R\$8.735,72, referente ao exercício de 2002 e R\$5.489,73 em relação ao exercício de 2003).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 207093.0009/07-1, lavrado contra **COMPRESIL COMÉRCIO & ATACADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.540,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.314,99 e 70% sobre R\$14.225,45, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS