

A.I. N° - 206958.0032/08-4
AUTUADO - CASA DO JAPONES MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
AUTUANTES - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFACITABUNA
INTERNET - 31.08.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0191-02/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Não acolhidos os argumentos defensivos quanto à denúncia espontânea e quanto à inexistência de prejuízo aos cofres públicos do Estado. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. As correções indicadas na peça defensiva resultaram em elevação das omissões de entradas. Mantida a exigência em seu valor original. Infração subsistente. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Após os ajustes resultantes da impugnação, prevaleceram as omissões de entradas (maiores do que as saídas). A mudança da exigência para omissão de entrada, amparada na presunção de omissão de saídas, deve ser mantida, pois já prevista na imputação original, em discordância, portanto, com o entendimento do autuante e do autuado. Sanada a causa da nulidade do Acórdão JJF N° 0180-02/10, concernente à decisão da 1^a CJF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/12/2008, traz a exigência do ICMS no valor total de R\$30.888,75, conforme infrações que seguem:

Infração 01 – recolheu a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto a recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. ICMS no valor de R\$10.794,14 de ICMS, multa de 60%;

Infração 2 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão montaria – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito

passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no R\$13.390,92, multa de 70%;

Infração 03 – falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 6.763,69, multa de 70%;

O autuado, às fls. 187 a 193, apresenta a defesa, referindo-se apenas a uma parte do exigido. Em relação à infração 01, alega que a existência de recolhimento não computado no valor de R\$3.898,69, realizado a partir de denúncia espontânea, afirmando que recolheu o remanescente que entendeu devido com seus acréscimos e multas.

Aduz que, com relação à omissão de saídas, o Auditor Fiscal não considerou as Notas Fiscais de saída com CFOP 5.926 devidamente apresentadas à época.

Sustenta que, com relação às supostas omissões de entrada (erradamente denominadas de omissões de saída no auto), não houve tal infração uma vez que o auditor fiscal se equivocou no demonstrativo de levantamento de estoque dos itens códigos 1922 e 1923, quando colocou 9 e 1 unidades, quando deveriam constar os valores 13 e 19 unidades respectivamente, conforme a relação de compras por produto em 2005 - fonte: AM SINTEGRA, acarretando assim omissões de entradas improcedentes, conforme cópia do auto em anexo, fls. 2.412 a 2.417.

Afirma que, além disso, houve equívoco na escrituração de uma nota fiscal, de número 625202, lançado com CFOP 6.102 (de acordo com a relação de vendas por produto em 2005 fonte: AM SINTEGRA, de acordo com cópia em anexo, fls. 2.426 a 2.496, quando deveria ter sido lançado com CFOP 2.102, gerando aparente omissão de entrada (equivocadamente chamada de omissão de saída no auto) indevida do produto relacionado no SINTEGRA com código 8352, conforme cópia em anexo, fls. 192.

Com relação à omissão de entradas/saídas referidas na infração 2, com data de ocorrência do dia 31/12/2007, afirma que não houve nem omissão de entradas e nem omissão de saídas. As referidas divergências foram geradas em razão de uma alteração nos códigos dos produtos pelo fato do contribuinte ter mudado o sistema responsável por administrar as compras e vendas da empresa.

Aduz que esta alteração dos códigos foi motivada pelo fato do novo programa administrativo (de nome SOFCON) gerenciar os produtos com códigos de 7 (sete) dígitos, diferentemente do programa anterior (LOGOS), que gerenciava os produtos com códigos de 4 (quatro) dígitos, podendo ser claramente identificado na confrontação do inventário inicial 2007 - fonte: AM do auto, conforme fls. anexas 2.418 a 2.425, onde os produtos estão listados com quatro dígitos, com as amostras de espelho de notas fiscais geradas e enviadas pelo SINTEGRA no período de fevereiro a dezembro de 2007, fls. 2.522 a 2.571, constantes em anexo, e lista de códigos gerada pela autuada, fls. 2.267 a 2.409 do anexo, que estão com 7 dígitos.

Procura fundamentar a alegação anterior através das cópias de as notas dos produtos que constam no auto, conforme fls. 505 a 2.266 do anexo.

Salienta que, além do supramencionado, existem divergências entre as informações do demonstrativo do levantamento do estoque exercício fechado - 2007 do auto, anexo fls., 2.500 a 2.505 e a relação de vendas por produto 2007 - fonte: AM SINTEGRA do auto, fls. 2.506 a 2.510 do anexo, conforme detalhamento seguinte: Produto 1021 - o campo Saídas do demonstrativo do levantamento de estoque exercício fechado - 2007 está diferente da relação de vendas por produto 2007 - FONTE: AM SINTEGRA; Produto 1189 - o campo Saídas do demonstrativo do levantamento do estoque exercício fechado - 2007 está diferente da relação de vendas por produto 2007 - FONTE: AM SINTEGRA; Produto 4227 - o campo Inventário do demonstrativo do levantamento do estoque

exercício fechado - 2007 está diferente do inventário final 2007 - FONTE: AM do auto, (constante no anexo fls. 2.511 a 2.514); Produto 5018 - o campo Saídas do demonstrativo do levantamento do estoque exercício fechado - 2007 está diferente da relação de vendas por produto 2007 - fonte: AM SINTEGRA; Produto 1465 - o campo Saídas do DEMONSTRATIVO do levantamento de estoque exercício fechado - 2007 está diferente da relação de vendas por produto 2007 - fonte: AM SINTEGRA; Produto 7915 - o campo Saídas do demonstrativo do levantamento 00 estoque exercício fechado - 2007 está diferente da relação de vendas por produto 2007 - fonte: AM SINTEGRA; Produto 8164 - o campo Saídas do demonstrativo do levantamento 00 estoque exercício fechado - 2007 está diferente da relação de vendas por produto 2007 - fonte: AM SINTEGRA.

Quanto a Infração 3, afirma que as supostas omissões citadas na infração 3 de data de ocorrência do dia 31/12/2006, são indevidas.

Com relação à omissão de saídas, afirma que o Auditor Fiscal não considerou as Notas Fiscais de saída com CFOP 5.926 devidamente apresentadas à época.

Apresenta o anexo, fls. 193 a 504, para demonstrar seus argumentos, com a conclusão de que as omissões de saída são improcedentes.

Ressalva, além do já alinhado, um equívoco referente às notas fiscais: NF 209220, ref. ao produto 8352, e NF 209216, ref. ao produto 4761 (vide cópia das notas fiscais em anexo fls. 196 a 199), pois, segundo ele, as mesmas são notas fiscais canceladas e estão constando como notas fiscais de venda, conforme relação de vendas por produto em 2006 - fonte: AM SINTEGRA (fls. 2.516 a 2.520). Já a NF 9483, referente ao produto 3998, afirma que está na relação de vendas com CFOP 6.102, quando deveria estar com CFOP 2.102, gerando omissão de entrada indevida, conforme fls. em anexo, 194 e 195.

Desse modo, entende ter demonstrado a improcedência parcial do auto de infração, com sua fundamentação nas cópias das notas fiscais e demonstrativos em anexo, fls. 2 a 2.572, e também o recolhimento das omissões que reconhece conforme suas razões de defesa apresentando demonstrativo de reconhecimento de dívida em valor histórico, fls. 2.573, constante em anexo, com acréscimos e multas calculados pelo sistema da SEF AZ na INFRAZ Itabuna, totalizando um valor histórico de R\$7.824,31 (sete mil oitocentos e vinte e quatro reais e trinta e um centavos) e perfazendo o valor total acrescido de multa e juros de R\$11.235,93 (onze mil duzentos e trinta e cinco reais e noventa e três centavos), conforme anexo do comprovante de pagamento fls. 2.410 a 2.412.

O autuante, às fls. 2786 a 2792, apresenta a informação fiscal afirmando que, em relação à primeira infração, a Denúncia Espontânea protocolada sob número 600000.8534/06-6, no valor de R\$ 3.898,69 referiu-se à infração 02.01.01 – Falta de Recolhimento / Operações com Mercadorias / Empresa Normal, posicionada no dia 31.12.2004, conforme cópia anexa do extrato do SIGAT, portanto referindo-se ao mês de competência de dezembro/2004, enquanto a acusação aponta o saldo devedor de R\$ 3.657,30 somente em março de 2005. Assim, mantém a exigência integral.

Em relação à segunda infração, quanto ao item CFOPs 5926 (2005), afirma que os anexos da defesa – fls. 2 a 187 – foram renomeados como anexos do PAF: fls. 198 a 384.

Relativamente a esta contestação específica afirmam que: a) as saídas sob o CFOP, acima realmente influem no estoque, pois são saídas reais, para formação de kits, no caso, montagem de equipamento completo, para venda sob outro código; b) Refez o demonstrativo, lançando tanto as saídas sob o CFOP 5926 quanto às entradas pelo CFOP 1926, dos mesmos produtos arrolados no 1º demonstrativo; Vide Novo Demonstrativo do Estoque Fechado em 2005; c) Embora tenham surgido vários zeramentos de omissões, códigos de produto, conforme relatório anexo, exemplificativo, surgiram, também, nos demais produtos, novas quantidades omissas, tanto de entradas quanto de saídas; d) as omissões de entradas continuaram maiores que as de saídas, e também mais vultosas que as que serviram à cobrança original:

OMISSÃO	DEMONST. DO AI	NOVO DEMONST.
ENTRADAS	R\$ 36.822,12	R\$ 53.203,33
SAÍDAS	R\$ 9.575,52	R\$ 4.483,83

Sustenta que mesmo tendo havido o zeramento das omissões de alguns itens, entende que não pode efetuar subtração deles da cobrança original, da mesma forma que não pode fazer a adição dos novos valores encontrados, no mesmo Auto de Infração.

Conclui por reconhecer os zeramentos específicos daqueles itens, conforme relatório, mas mantém a exigência no valor original, em decorrência das novas quantidades de omissão de entrada surgidas após a inclusão das entradas/saídas sob os CFOPs exigidos na Contestsão.

Omissões de Entradas maiores que as Omissões de Saídas – Estoque Fechado 2005.

Quanto aos produtos, de Códigos 1922 e 1923, afirma que, em verdade, estes dois produtos tiveram suas omissões zeradas ao serem lançadas as saídas do CFOP 5926, porém, o resultado da infração está concluído no subitem 6, anterior.

Aduz que a Nota Fiscal 625202 (fls. 388 do processo) refere-se à compra de 02 motosserras, do produto de código 8352, que deveriam estar lançadas sob o CFOP 2102. Afirma ter efetuado o ajuste devido, lançando-a como entrada e a quantidade omissa apenas diminuiu, conforme novo demonstrativo.

Omissões de Entradas maiores que as Omissões de Saídas – Estoque Fechado – 2007:

Produto 1021 – rejeita a alegação do autuado. Afirma que o produto 1021 não foi arrolado no levantamento de 2007 (fl. 155); portanto, não deve ser levada em conta qualquer quantidade citada em outra listagem.

Produto 1189 – rejeita a alegação do autuado. Sustenta que o somatório da quantidade vendida é realmente 5. Assegura que, no Relatório de Vendas, fls. 175, a impressão da linha que cita a NF 230.297 não saiu, por motivo ignorado. Apresenta tabela a seguir, para se verificar a transcrição correta:

NOTA FISCAL	UF	CFOP	ALIQ	COD PROD	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	QTD
229.965	BA	5102	17,00	1189	TRITUR.TRF- 70 1,5CV MON.TRAPP	1,00
229.779	BA	5102	17,00	1189	TRITUR.TRF- 70 1,5CV MON.TRAPP	1,00
230.298	BA	5102	17,00	1189	TRITUR.TRF- 70 1,5CV MON.TRAPP	1,00
227.942	BA	5102	17,00	1189	TRITUR.TRF- 70 1,5CV MON.TRAPP	1,00
230.297	BA	5102	17,00	1189	TRITUR.TRF- 70 1,5CV MON.TRAPP	1,00
				1189 Total		5,00

Produto 4227 – rejeita a alegação do autuado. Argumenta que tanto na coluna Saldo Final do Demonstrativo do Estoque Fechado 2007 (fl. 157) quanto no Inventário Final (fl. 166) constam 9 unidades.

Produto 5018 – rejeita a alegação do autuado: Aduz que o somatório da quantidade vendida é realmente 5. Sustenta que o que ocorreu foi que no Relatório de Vendas, fls. 175, a impressão da linha que cita a NF 229.107 não saiu, por motivo que também ignorou. Indica abaixo a transcrição correta:

DATA	NOTA FISCAL	UF	CFOP	ALIQ	COD PROD	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	QTD
05/01/2007	228.256	BA	5102	17,00	5018	CARC.TRANSM.FS220 280 160	1,00
26/01/2007	230.008	BA	5102	17,00	5018	CARC.TRANSM.FS220 280 160	1,00
16/01/2007	229.107	BA	5102	17,00	5018	CARC.TRANSM.FS220 280 160	1,00
05/01/2007	228.227	BA	5102	17,00	5018	CARC.TRANSM.FS220 280 160	1,00
22/01/2007	229.492	BA	5102	17,00	5018	CARC.TRANSM.FS220 280 160	1,00
					5018 Total		5,00

Produto 1465 – rejeita a alegação do autuado. Assegura que o produto 1465 não foi arrolado no levantamento de 2007 (fl. 155); portanto, não deve ser levada em conta qualquer quantidade citada em outra listagem.

Produto 7915 – rejeita a alegação do autuado. Entende que o somatório da quantidade vendida é realmente 5. Sustenta que o ocorrido foi que no Relatório de Vendas, fls. 175, a impressão da linha que cita a NF 228.335 não saiu, por motivo que também ignorado. Indica abaixo a transcrição correta:

DATA	NOTA FISCAL	UF	CFOP	ALIQ	COD PROD	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	QTD
05/01/2007	228.253	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
20/01/2007	229.440	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	4,00
13/01/2007	228.858	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
17/01/2007	229.145	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
29/01/2007	230.165	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
19/01/2007	229.332	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
27/01/2007	230.052	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
31/01/2007	230.333	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
12/01/2007	228.781	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	2,00
24/01/2007	229.784	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
23/01/2007	229.650	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
06/01/2007	228.338	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
22/01/2007	229.531	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
26/01/2007	229.999	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
10/01/2007	228.613	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
06/01/2007	228.335	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	1,00
24/01/2007	229.718	BA	5102	17,00	7915	GAZEBO FANTASY 3X3 (AZUL)	5,00
					7915 Total		25,00

Produto 8164 – rejeita a alegação do autuado. Afirma que o somatório da quantidade vendida é realmente 5. Sustenta que o que ocorreu foi que no Relatório de Vendas, fls. 175, a impressão da linha que cita a NF 228.245 não saiu, por motivo que também ignorou. Indica abaixo a transcrição correta:

DATA	NOTA FISCAL	UF	CFOP	ALIQ	COD PROD	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	QTD
05/01/2007	228.245	BA	5102	17,00	0000000008164	CORT.GR MASTER 700L 220V TRAPP	1,00
31/01/2007	230.434	BA	5102	17,00	0000000008164	CORT.GR MASTER 700L 220V TRAPP	1,00
					8164 Total		2,00

Considera a 3^a infração parcialmente procedente, conforme as informações prestadas que seguem:

CFOPs 5926 – Assegura que, da mesma forma como na Infração 02, o reexame das saídas em 2006 sob o CFOP 5926 revelou que estas não foram consideradas no levantamento. Sua inserção resultou no zeramento das omissões de saídas em vários produtos, remanescendo pequenas quantidades, conforme Novo Demonstrativo do Estoque Fechado em 2006, anexado a esta Informação Fiscal.

Notas Fiscais Canceladas: NF 209216 e NF 209220 – Informa que, apesar de estar correta a alegação da Defesa, zerando as omissões de entradas destes produtos, de códigos 4761 e 8352, respectivamente, que eram ambas de 1 unidade, a exigência do ICMS não se altera em razão de que nesta infração foram cobradas “omissões de saída” apenas, por serem de maior valor que as omissões de entradas.

Nota Fiscal 9483 – Aduz que, neste caso, a Empresa confessa o equívoco cometido internamente ao lançar a NF acima com o CFOP 6102 no sistema de gestão, sendo 2102 o CFOP correto. Assim, ao

corrigir o lançamento, retirando-a das saídas e inserindo-a nas entradas, obteve nova conformação de resultados, zerando a omissão.

Consigna que, após todas estas alterações, a exigência relativa à 3^a Infração ganhou Novo Demonstrativo, anexo, com novos valores, a saber: Omissões de Entradas - R\$3.264,46 > Omissões de Saídas – R\$1.476,33

Entende que, neste caso, uma vez que a infração apontada no Auto de Infração lastreou-se na ocorrência de omissões de saídas em montante maior que as omissões de entrada, não se pode mais continuar a sustentar a infração lançada, salvo melhor juízo, vez que agora encontrou as mesmas ocorrências simultâneas, mas em situação inversa: as omissões de saída menores. Assim sendo, e considerando a vedação de nova imputação no Auto de Infração já registrado, opto por reconhecê-la sem mérito.

Conclui pelos novos valores do Auto de Infração em apreço, conforme segue:

INFRAÇÃO Nº	CÓDIGO	AUTUADA	RECONHECIDO	MANTIDA NA INF FISCAL
1	03.01.01	10.794,14	VER FL. 2819	12.923,76
2	04.05.05	13.390,92	NADA	13.390,92
3	04.05.02	6.703,69	NADA	-
TOTAIS		30.888,75	7.824,31	26.315,68

Consigna, por derradeiro, que diante do recolhimento parcial realizado pela empresa, tal como apontado no documento que indicou, pede que seja o presente auto de infração julgado procedente em parte, até o valor exigido de R\$26.315,68 de ICMS, cabendo à empresa o recolhimento do remanescente.

O autuado, às fls. 2817 a 2823, se manifesta alegando que, em relação à infração 01, conforme DAEs anexos, às fls. 27 a 30, efetuava o pagamento da antecipação parcial de ICMS, cujo pagamento normal tem por vencimento o dia 25 do mês para o dia 9 do mês, fazendo gozo antecipado do crédito tributário já pago.

Alega, em relação à infração 02, surpresa com a informação fiscal, pedido relatório discriminativo detalhado por produto e quantitativo físico e de valor que sustentem as novas informações surgidas em contra prova do examinado.

Em relação à infração 03, concorda o autuado ao afirmar que recebe a infração 03 sem mérito.

A 2^a JJF, à fls. 2862, considerando que o autuado, em relação à primeira infração, em sua manifestação, às fls. 2818 e 2819, (ocorrências de 09/05/2005, 09/06/2005 e 09/12/2006), alega que os procedimentos, por ele adotados, relativos ao pagamento da antecipação parcial no dia 09 do mês de aquisição e não no dia 25 do mês subsequente, utilizando, por conseguinte, o respectivo crédito no mês do pagamento, não gerou prejuízo ao erário do Estado;

considerando, em relação à infração 02, que o autuado alega não ter recebido o relatório detalhado por produto e quantitativos físicos que sustentam os ajustes efetuados pelo autuante:

deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado: 1 – analisasse a documentação apresentada pelo autuado para concluir, em relação à primeira infração, se os procedimentos alegados ocorreram efetivamente e se houve falta de recolhimento do ICMS devido, observando que essa arguição só foi trazida aos autos na segunda manifestação do autuado; 2 - fornecesse ao autuado, em relação à infração 02, as planilhas do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias alvo dos ajustes constantes da informação fiscal, bem como o 'NOVO DEMONSTRATIVO DO LEVANTAMENTO DO ESTOQUE AJUSTADO'; 3 – Apresentasse novos demonstrativos com os ajustes pertinentes, em relação à infração 01, se necessário.

Atendendo ao pedido de diligência o autua, ora diligente, apresenta parecer, à fl. 2866, afirmando que em 2004 houve apenas erros aritméticos na apuração do saldo devedor dos meses apontados, setembro a dezembro de 2004, já em 2005 o autuado utilizou os créditos antecipado não recolhidos

nem pagos anteriormente. Afirma que por diversos meses seguidos o autuado apurou o ICMS à título de antecipação parcial e, sem pagar, o inseriu, erradamente, como crédito na apuração mês. Afirma que o autuado depois do período que utilizou os créditos, passou a pagar parceladamente os valores devidos, sob o código 2175 – Antecipação Parcial, a partir de janeiro de 2005 e até março de 2005, quando culminou a infração, vide fls. 11 dos autos.

Entende que, dessa forma, não é necessário produzir novos levantamentos, pois continua intacta a exigência fiscal deste item, vez que o autuado não anexou a Denúncia Espontânea 600000.8534/06-6, por ele citada. Aduz que o documento à fl. 2832 dos autos foi por ele anexado e não pelo autuado, para demonstrar que não tem nada a ver com a presente exigência.

Afirma que o documento solicitado pela diligencia está à fl. 2812 dos autos, contendo clara referencia às folhas do texto principal da informação fiscal e de todos os seus anexos (fls. 2786 a 2810), cuja certeza de entrega é data pela indicação, “junto segue cópias das mesmas”, ratificando que foram entregues ao sócio da empresa autuada.

Sustente que a simples negativa da empresa não pode ser suficiente para elidir a exigência.

Quanto ao item 03 da diligência, entende prejudicado em razão do disposto no item 1.

Consta, às fls. 2914 a 2918 dos autos, decisão da 1ª CJF, Acórdão número 0279-11/11 anulando decisão de primeira instância, Acórdão da 2ª JJF número 0180-02/10.

Atendendo a decisão da 1ª CJF, a 2ª JJF, considerando que o presente Auto de Infração foi alvo de julgamento na segunda instância deste CONSEF/BA, através de sua 1ª Câmara de Julgamento Fiscal- CJF;

considerando que foi julgada nula a decisão proferida no Acórdão da 2ª JJF, número 0180-02/10, através do Acórdão número 00279-11/11, da 1ª CJF, conforme parte do voto, ora reproduzindo: “*Do exame das peças processuais, verifico que o recorrente alegou o cerceamento do direito de defesa, arguindo a falta de acesso aos novos documentos promovidos pelo autuante, em sua última informação fiscal, suscitando, em decorrência, a nulidade da Decisão hostilizada, principalmente quanto à infração 2.*

Com efeito, analisando a procedimentalidade, inclusive o Parecer da PGE/PROFIS de fls. 2911/2912, constato a ausência de manifestação do agora recorrente, embora constasse expressamente do pedido de diligência promovido pela Junta que, após o seu cumprimento, deveria ser notificado o contribuinte para tomar ciência do resultado, acompanhado de abertura de prazo para, querendo, manifestar-se (fl. 2862).

Ocorre que tal providência não se consumou, sendo os autos inclusos, diretamente, em pauta de julgamento, daí resultando o acórdão ora hostilizado.

Nesse contexto, confirmo que, à fl. 2866 do feito, efetivamente, o autuante sugeriu ao Inspetor o exame do caso, para que decidisse, se assim entendesse necessário, a nova entrega de anexos ao sujeito passivo, não se encontrando no processo qualquer evidência de manifestação do Inspetor, muito menos de ter sido dado conhecimento do resultado diligencial ao contribuinte.

Não é possível se admitir, quer em procedimentos administrativos, quer em processos judiciais, a prolação de decisões, com preterição do direito de defesa, art. 18, II, do RPAF/BA.

Assim, a decretação da nulidade é a consequência imposta, por lei, às decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação ou com preterição ao direito de defesa constitucionalmente assegurado.

Ressalto que, apesar de representar um atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, vislumbro que tal posicionamento pode, futuramente, representar uma economia para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Dessa forma, comungo integralmente com o opinativo da PGE/PROFIS de fls. 2911/2913, no sentido de que a Decisão recorrida foi proferida sem a observância do devido processo legal e com a violação ao princípio do contraditório.

Em suma, voto pela decretação da NULIDADE da Decisão guerreada e, consequentemente, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo o processo retornar à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.”

A 2ª JJF, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de Origem, para que seja entregue ao autuado, mediante recibo, cópia da informação fiscal, à fl. 2866 dos autos, reabrindo o prazo de defesa em 30 dias, para, querendo, se manifestar nos autos.

Conforme consta, às fls. 2931 e 2932 dos autos, o sujeito passivo foi cientificado da aludida informação fiscal.

Consta, às fls. 2934 a 2936, nova manifestação do autuado alegando que volta a requerer os direitos assegurando pelo órgão julgador, para ter pleno acesso aos dados levantados pela fiscalização, permitindo assim, a sua incontestável defesa. Afirma que o período examinado encontra-se prescrito, exercícios de 2004 e 2005. Quanto a exercício de 2007, aduz que não houve recolhimento a menos e sim houve excesso de arrecadação em todos os meses.

Por fim, pede arquivamento do processo.

O autuante, às fl. 2949 dos autos, aduz que o sujeito passivo insiste em relembrar que o CONSEF proclamou a nulidade do auto de infração, ignorando todas as ocorrências posteriores a esse fato, sobretudo a anulação desse julgamento. Afiram que depois invoca infundadamente a prescrição dos fatos, já vista encontrarem-se todos *sui judice*, circunstância teimosamente descuidada pela empresa.

Aduz finalmente que o autuado pede o arquivamento do auto de infração.

VOTO

O lançamento de ofício ora impugnado, traz a exigência tributária relativa a 03 infrações, conforme seguem: Infração 01 – recolheu a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto a recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração; Infração 2 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício; Infração 03 – falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Cabe consignar que consta, às fls. 2914 a 2918 dos autos, decisão da 1ª CJF, Acórdão número 0279-11/11 anulando decisão de primeira instância, relativo ao presente PAF, Acórdão da 2ª JJF número 0180-02/10, em razão de não ter sido entregue ao autuado a informação fiscal prestada à fls 2866 dos autos. Tal providência foi cumprida, conforme consta, às fls. 2931 e 2932 dos autos, o sujeito passivo foi cientificado da aludida informação fiscal, com reabertura do prazo de defesa e manifestação do autuado, que volta a requerer os considerados direitos assegurados pelo “CONFAZ”, já alinhados em manifestação anterior.

Quanto ao argumento de cerceamento de defesa, conforme informa o autuante, consta do recibo à fl. 2812, a comprovação da entrega da informação fiscal e dos documentos por ela gerados, às fls. 2786 a 2810, visto que no aludido recibo consta a clara indicação “*para tomar conhecimento e querendo se manifestar, sobre a informação fiscal de fls. 2786 a 2810. Junto segue cópia das mesmas.*”, documentos esses, entregues ao sócio da empresa autuada. Após a nulidade da primeira decisão, conforme já alinhado, foi determinada nova diligência para entregar ao autuado a informação fiscal prestada à fls 2866. Assim, a entrega de tais documentos e demonstrativos, conforme indica o recibo à fl. 2812, com o detalhamento constante dos ajustes efetuados na Informação Fiscal, documentos às fls. 2786 a 2810, bem como a entrega ao autuado da última informação fiscal, conforme recibo, às fls. 2931 e 2933, afastam a arguição de nulidade pretendida.

A arguições de prescrição dos fatos geradores de 2004 e 2005, não tem amparo, pois tal prazo só poderia ocorrer a partir da decisão definitiva na esfera administrativa, o que efetivamente não aconteceu ainda. Caso o autuado tenha pretendido se referir à decadência, o disposto no art. 107-

A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. As demais arguições da nova manifestação fiscal, após a entrega da informação fiscal, não trazem qualquer elemento probatório para elidir a infração, inclusive em relação ao exercício de 2007, pois as afirmações de que houve excesso de arrecadação não elidem a exigência amparada no levantamento quantitativo.

Assim, os fatos geradores, ocorridos no exercício de 2004 e 2005, só seriam atingidos pela decadência, respectivamente, a partir de primeiro de janeiro de 2010 e janeiro de 2011 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2008, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública em reclamar o crédito tributário.

Verifico, quanto à primeira infração, que em 2004, conforme informação do autuante, ocorreram erros aritméticos na apuração do saldo devedor dos meses apontados, setembro a dezembro de 2004. Em 2005, contudo, o autuado utilizou os créditos da antecipação parcial não recolhidos nem pagos antecipadamente. Ainda que o autuado muito depois do período que utilizou os créditos, tenha passado a pagar parceladamente os valores devidos, sob o código 2175 – Antecipação Parcial, a partir de janeiro de 2005 e até março de 2005, quando culminou a infração, vide fls. 11 dos autos, conforme afirma o autuante, tal pagamento não elide a infração imputada, pois o crédito da antecipação parcial é concedido, conforme art. 93, I-A do RICMS/BA, em razão do imposto parcial antecipadamente recolhido. Se não há recolhimento antecipado não há como utilizar os créditos.

Havendo utilização do crédito e não havendo o respectivo recolhimento dentro do prazo previsto, sem dúvidas a utilização é indevida dos créditos alvo da antecipação parcial, contribuindo para que fosse apurado o recolhimento a menos. Caso o autuado, conforme ocorreu, não efetue o pagamento da antecipação parcial dentro do prazo e utilize os créditos relativos ao imposto devido dessa antecipação, além dos valores não ingressarem antecipadamente nos cofres do Estado, o autuado reduz incorretamente o pagamento do imposto devido mensalmente. Não há, portanto, como acolher a inexistência de prejuízo aos cofres públicos do Estado.

Quanto à Denúncia Espontânea, cabe acolhimento às razões alinhadas pelo autuante, pois protocolada sob número 600000.8534/06-6, no valor de R\$3.898,69, se trata de Falta de Recolhimento / Operações com Mercadorias / Empresa Normal, no dia 31.12.2004, conforme cópia anexa do extrato do SIGAT. Assim, tal denúncia se referiu ao mês de competência de dezembro/2004, enquanto os fatos geradores, ora em questão, são decorrentes do saldo devedor apurado somente em março de 2005. Cabe, por conseguinte, a manutenção da presente exigência fiscal, na medida em que tal denúncia não se refere à exigência em questão.

Quanto à segunda infração, concernente ao item CFOPs 5926 (2005), as saídas sob o CFOP, realmente são saídas reais, para formação de kits, no caso, montagem de equipamento completo, para venda sob outro código, conforme alinha o autuante. Corretamente o autuante refez os demonstrativos, lançando tanto as saídas sob o CFOP 5926 quanto às entradas pelo CFOP 1926, dos mesmos produtos arrolados no 1º demonstrativo, portanto, compõem a presente exigência.

Quanto aos produtos, de Códigos 1922 e 1923, ficou demonstrado que estes dois produtos tiveram suas omissões zeradas ao serem lançadas as saídas do CFOP 5926, porém, o resultado da infração está concluído no sub-item 6, anterior. Quanto à Nota Fiscal 625202 (fls. 388 do processo) refere-se à compra de 02 motosserras, do produto de código 8352, que deveriam estar lançadas sob o CFOP 2102, foi efetuado o ajuste devido, lançando-a como entrada e a quantidade omissa apenas diminuiu, conforme novo demonstrativo.

Após os ajustes efetuados pelo autuante, em relação ao exercício de 2005, as novas omissões de entradas apuradas foram maiores do que as originalmente exigidas (Total original = R\$36.822,12 - Total após os ajustes R\$ 53.203,33). Assim, fica mantida a exigência original do exercício de 2005,

infração 02, pois a diferença apurada a mais deve ser alvo de nova ação fiscal, constituindo-se em um novo lançamento de ofício, visto que tal diferença constitui-se em um crédito tributário não reclamado no presente Auto de Infração.

Quanto ao exercício de 2007, o autuante rebate, conforme já relatado, as argüições pertinentes aos itens: Produto 1021, Produto 1189, Produto 4227, Produto 5018, Produto 1465, Produto 7915, Produto 8164, indicando para cada um as razões do não acolhimento das argüições de defesa, ora acolhidas por esse relator, na medida em que envolvem erros de impressão, produtos não arrolados na presente exigência, confirmação de quantidades constantes do inventário.

Fica, por conseguinte, mantida a exigência do exercício de 2007, relativa à infração 02.

Quanto à infração 03, após os ajustes efetuados pelo autuante, tendo em vista o acolhimento de parte das argüições do autuado, a exigência passou de “Omissão de saídas” para “Presunção de omissões de saídas (Omissões de Entradas - R\$ 3.264,46 > Omissões de Saídas – R\$ 1.476,33). Verifico, inicialmente, a correção dos ajustes efetuados pelo autuante, conforme já relatado, em relação à qual, quanto às quantidades ajustadas na informação fiscal, não houve discordância específica do autuado.

Ocorre, que desde o início os levantamentos demonstram a ocorrência de omissões de entradas e saídas, inclusive a imputação indica que levou-se “*em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis*”. Assim, a mudança da exigência para omissão de entrada, amparada na presunção de omissão de saídas constante do §4º do art. 4º da Lei 7014/96, deve ser mantida, pois já prevista na imputação original, em discordância, portanto, quanto ao entendimento do autuante e do autuado.

Concluo, da mesma forma que na primeira decisão, pelos novos valores a serem exigidos no do Auto de Infração em apreço, conforme segue, restando mentidas os valores exigidos nas infrações 01 e 02, e reduzida a infração 03:

INFRAÇÃO Nº	CÓDIGO	VALOR DEVIDO
1	03.01.01	(MANTIDA) 10.794,14
2	04.05.05	(MANTIDA) 13.390,92
3	04.05.02	(CORRIGIDA) 3.264,46
TOTAIS		27.449,52

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206958.0032/08-4, lavrado contra **CASA DO JAPONES MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.449,52**, acrescido da multa de 60% sobre R\$10.794,14, e de 70% sobre R\$16.655,38, previstas no art. 42, incisos II, “b” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR.