

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0032/08-4
RECORRENTE - CASA DO JAPONÊS MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0191-02/12
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 12/06/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0152-12/13

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 Nº 0180-02/10, concernente à Decisão da 1ª CJF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, exigindo do recorrente imposto no valor total de R\$27.449,52, acrescido das multas de 60% e 70%, previstas no art. 42, II, “b” e III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 16/12/2008, decorre de 03 infrações, todas objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, cujas acusações são as seguintes:

Infração 01 – recolheu a menos em decorrência de desconhecimento 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%;

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 2ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é procedente em parte a autuação, como segue:

VOTO

(...)

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 o 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 arguições 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 arguições 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 arguições 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	CODIGO	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.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 2971 a 2977, o contribuinte retorna aos autos e, de início, alega que a exigência fiscal não resiste a uma análise mais profunda do direito, o que, no seu entender, implicará na “revisitação” do julgado de primeiro grau.

Aduz o recorrente que seus sólidos argumentos e provas não foram considerados no julgamento de piso, no qual, os julgadores incorreram nos mesmos equívocos do autuante, tudo porque não foram considerados os seus reclames no que pertine a itens de saídas e entradas não considerados no trabalho fiscal, que poderiam produzir efeitos distintos daquele encontrado no Auto de Infração e na Decisão recorrida.

Referindo-se à infração 1, diz que foi fulminado o princípio da estrita legalidade, pois, apesar de terem sido considerados créditos antes do pagamento nos exercícios de 2005 e 2006, a formalização de tais créditos apenas veio a ocorrer por ocasião da lavratura do Auto de Infração, em 2008, quando todos os valores de ICMS devidos por antecipação parcial já estavam recolhidos e todas as apurações mensais já se encontravam consolidadas. Nessa esteira, transcrevendo o art. 42, VII, da Lei nº 7.015/96, pondera que “se os fatos ligados à temporalidade dos créditos já eram todos pretéritos, não caberia ao preposto a “remoção” de período apenas para provocar a visão de créditos indevidos, pois aqui a lei tributária recomenda apenas a aplicação da multa simples mais a exigência do estorno respectivo”.

Diz que da forma como lançado o crédito tributário, lhe será imposto sério prejuízo, pois, “em razão do Auto de Infração, um novo recolhimento se impera, para em seguida, se fazer jus novamente ao uso dos valores agora pagos”, o que tem clara forma de injustiça e ilegalidade, além de ter passado ao largo da apreciação dos julgadores de piso.

Discorre rapidamente derredor da conduta da Administração Tributária, dizendo que “a finalidade precípua (...) deve ser a orientação do contribuinte no correto procedimento para o cumprimento de suas obrigações, acessórias e principais, e não, de pronto, constituir inúmeros Autos de Infração, procedimento este que deveria ser ato último de uma fiscalização”.

Assevera que deve ser rechaçada a infração 1 em sua totalidade.

Em relação à segunda e à terceira infrações, diz que insiste-se na reanálise dos argumentos da peça de defesa. Registrando que labora com muito cuidado no registro de suas operações e que

as divergências porventura encontradas nos seus arquivos magnéticos decorreram do ato de geração dos mesmos, ante a mudança de software, pelo que assevera que um minucioso exame demonstraria que as diferenças apontadas se “*casam*”, pois, tratam de omissões de entradas e de saídas devidamente justificadas na peça inicial.

Concluindo, pugna pela improcedência do Auto de Infração, ao tempo em que pede que a sua defesa seja novamente trazida a debate.

Não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JFJ deste CONSEF, acórdão 0191-02/12, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se aprecia cinge-se às três infrações que compõem o Auto de Infração e que acusam o Sujeito Passivo de haver recolhido ICMS a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto a recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração; de 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 de 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.

O recorrente se insurge contra a infração 1 aduzindo, em apertada síntese, que seus argumentos não foram analisados em primeiro grau de julgamento e que houve ofensa ao princípio da legalidade estrita.

Quanto ao primeiro argumento recursal, vejo que não tem qualquer fundamento. Analisando o quanto dito pelo i. Relator de primo grau, vê-se claramente que a autuação foi devidamente analisada, bem como os argumentos de defesa também o foram. Nesse sentido, resta patente que o Sujeito Passivo utilizou créditos de ICMS sem que houvesse procedido, a seu tempo, o recolhimento correspondente do imposto, o que demonstra o recolhimento a menos do ICMS que se exige.

Quanto à aludida ofensa ao princípio da legalidade estrita, de plano vejo que o argumento no qual busca esteio o recorrente, não sustenta a sua tese. O fato é que o recorrente busca no art. 42, VII, da Lei nº 7.014/96 o alicerce da sua tese, enquanto que a acusação fiscal em nada se relaciona com estorno de crédito de ICMS. Em verdade, como dito no Auto de Infração, o que se busca é o imposto recolhido a menos, em razão do desencontro entre os valores do tributo recolhido e o escriturado, secundária, portanto, a origem de tal diferença, que poderia ser de outras operações distintas das que originaram a exigência do crédito fiscal.

Isto posto, afastadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, mantenho a Decisão de primeiro grau para a infração 1.

Para as infrações 2 e 3, o recorrente requer que sejam analisadas as suas razões e argumentos trazidos na peça de defesa. Devo registrar que esta Segunda Câmara, que julga Recursos contra decisões proferidas em primeiro grau de julgamento, não tem, por dever de ofício, a reapreciação pura e simples de impugnação que já fora apreciada pela primeira instância de julgamento, sem que sejam trazidos elementos específicos contra a autuação ou contra o *decisum* combatido.

Entretanto, em nome dos princípios de direito que regem o Processo Administrativo, sobretudo, *in casu*, o da informalidade, atenderei ao pedido do recorrente no que pertine à reanálise das infrações 2 e 3.

Quanto à infração 2, a tese de defesa aduz que não houve qualquer omissão, quer de saída, quer de entrada. Diz que as diferenças apuradas derivam de alteração nos códigos dos produtos pelo fato de ter mudado de sistema informatizado que administra as suas compras e vendas, além do fato de que existem diferenças no demonstrativo do levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, apontando os produtos 1021, 1189, 4227, 5018, 1465, 7915 e 8164.

Para a infração 3, diz que o autuante deixou de considerar as notas fiscais de saída com CFOP 5926. Aponta equívoco do autuante que considerou como notas fiscais de vendas as notas 209220 e 209216 que foram canceladas.

Pois bem, ditas as razões de defesa, aqui consideradas como as recursais, vejo que o julgador de piso cuidou de abordar todos os pontos trazidos à discussão pelo Sujeito Passivo. Referentemente aos fatos motivadores da exação e aos argumentos de defesa, vê-se claramente nos autos que as razões de defesa motivaram ajustes procedidos pelo próprio fiscal Autuante, cuja conclusão é de que o valor exigido, após os ajustes, seria maior que o originário em razão do mesmo fato impositivo, qual seja, a falta de recolhimento de ICMS. No particular, as razões recursais foram acolhidas, contudo, não produziram efeitos que pudessem elidir, ainda que parcialmente, a acusação fiscal.

De outra banda, na infração 3, as razões recursais tiveram o condão de promover a revisão da exação pelo próprio autuante de modo que o valor originário foi reduzido. Para o caso, não se discutiu as quantidades, restringindo-se a querela apenas ao fato de que haveria distorções no lançamento atinentes a descon sideração de notas fiscais e consideração de notas fiscais canceladas. As razões de defesa implicaram no refazimento do demonstrativo fiscal de maneira que a inicial omissão de saída converteu-se em omissão de entradas, amparada na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, justamente após a consideração dos argumentos de defesa.

Pelo exposto, entendendo que as razões de defesa foram atentamente abordadas pelo julgamento de primo grau e que os elementos trazidos pelo Sujeito Passivo foram analisados, tendo, inclusive, provocado a revisão do lançamento com redução do valor inicialmente exigido. Dito isto, entendo que não merece acolhimento as razões recursais, motivo pelo qual voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo-se integralmente a Decisão vergastada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.449,52**, acrescido da multa de 60% sobre R\$10.794,14 e 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, 22 de maio de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS