

PROCESSO - A. I. Nº 102148.0005/13-1
RECORRENTE - HSJ COMERCIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0070-06/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0058-11/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Restou comprovado que não houve omissão das mercadorias após revisão através de diligência fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Após análise dos elementos contidos nos autos apoiados pela documentação, constata-se que não há omissões de entradas com base as mercadorias selecionadas. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. **c) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. DIFERENÇA DE SAÍDAS MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS ENTRADAS.** Com base nos dados retificados e apresentados pelo contribuinte em sede recursal, foi realizado o novo Levantamento Quantitativo de Estoque. Refeito o cálculo do imposto após realização de nova diligência. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS.** É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. A simples negativa de cometimento não tem o condão de elidir a autuação, em sede recursal o recorrente não apresentou fatos para alterar neste item a decisão de piso. Mantida a Decisão recorrida. **3. CRÉDITO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. BEM DO ATIVO IMOBILIZADO.** Fato demonstrado nos autos. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 19/09/13, para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$249.867,87, pelas seguintes infrações:

3 -Falta de recolhimento de ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias efetuadas sem a emissão de

documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008). ICMS: R\$1.530,43. Multa: 70%.

4 -Falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2009). ICMS R\$9.659,96. Multa: 70%.

5 - Recolheu a menos o ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de janeiro de 2008 a agosto de 2009. ICMS: R\$4.280,66. Multa: 60%.

6 -Falta de recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2010), levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS: R\$214.627,36. Multa: 100%.

7 – Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de outubro a dezembro de 2010. ICMS: R\$168,34. Multa: 60%.

Após a devida instrução processual, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte, por unanimidade, com base nos seguintes argumentos abaixo transcritos:

VOTO

Inicialmente, observo que em vários momentos de sua defesa, o autuado solicita a realização de diligência visando comprovar a veracidade de seus argumentos. Especificamente, quanto às infrações 3, 4 e 6, apresenta uma amostragem de equívocos cometidos pelo autuante e, com base nessa amostragem, requer a realização de diligência para apurar a ocorrência de mais equívocos.

Nos termos do art. 123 do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de trinta dias. Prevê esse mesmo artigo que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-la em outro momento processual, a menos que a sua apresentação tenha sido impossibilitada por força maior, se refira a fato superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

É certo que essas limitações regulamentares à apresentação de prova documental devem ser consideradas em conjunto com o princípio da busca da verdade material, dentre outros. Contudo, deve o julgador ter o cuidado para que o apreço a esse citado princípio não chegue a tornar letra morta as balizas previstas para a apresentação de prova documental, especialmente quando a prova documental está obrigatoriamente em poder do contribuinte.

Dessa forma, alinho-me ao entendimento defendido por alguns membros deste Conselho de Fazenda, segundo o qual a prova apresentada por amostragem deve ser vista com muito cuidado, de forma que não se termine “revogando” disposições contidas no art. 123 do RPAF/99. Corroborando esse entendimento, peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Dr. Valtércio Serpa Júnior no Acórdão CJF 0349-12/13, quando ao abordar idêntica matéria foi unanimemente acompanhado pelos seus pares:

[...]

No que concerne à alegação recursal do recorrente de ter acostado ao feito, por amostragem, os projetos em desenvolvimento, que o são em número vultoso, não a posso acolher.

Isso por que, muito embora a Carta Magna estabeleça em seu artigo 5º, ao abordar os direitos e garantias individuais, no inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e Recursos a ela inerentes”, neste dispositivo, evidentemente, encontra-se embutida a possibilidade de apresentação de prova.

Se é certo que, por exemplo, em direito penal, cabe sem qualquer reserva a “prova por amostragem”, à vista, inclusive de diversas decisões de Tribunais Superiores, em direito tributário tal conceito não pode ser adotado de forma ampla, como vemos no exemplo do AgRg no REsp 659521/SP, no qual o relator, ministro Francisco Falcão, exarou a seguinte Decisão:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS.

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido entendeu que no mandado de segurança, mesmo que preventivo, a necessidade de prova documental pré-constituída impede a aceitação de amostragens ou eventuais levantamentos elaborados unilateralmente pela impetrante e, 'in casu', nem isto foi apresentado, restando inadequada a via do mandado de segurança, instrumento constitucional que serve também para evitar lesão futura, mas desde que a direito decorrente de relação jurídica certa e determinada. (grifos do relator)

A propósito, Paulo Bonilha, em seu livro *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*, às fls. 69, após conceituar prova como “a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário”, afirma na p. 78 que “o poder de instrução das instâncias de julgamento administrativo não pode implicar invasão ou substituição do dever das partes de carrear prova aos autos”, o que significa dizer que cabe apenas e tão somente à Recorrente trazer tais provas que diz possuir, relativa aos demais projetos, contudo, não estão presentes nos autos.

Também é sabido que no caso da acusação fiscal, a simples apresentação dos documentos relativos aos projetos da empresa, os quais são apenas mencionados na sua peça recursal, seriam a única forma de comprovar a improcedência da acusação fiscal, após as verificações necessárias para o deslinde da questão.

Isso por que no contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar de todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente a este a responsabilidade da apresentação de elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário que, por sinal, oferecendo, assim, maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, de tal sorte que as provas produzidas sejam realizadas em toda sua extensão e amplitude, assegurando amplas prerrogativas e garantias de defesa ao contribuinte, para que o mesmo não seja onerado além do expressamente previsto na lei tributária.

A lei tributária não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o caso em tela. Todavia, a norma legal não conferiu ao sujeito passivo o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista na legislação tributária.

No presente caso, não se pode aventar eventual aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil, que, sabidamente é aplicado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal de Estado da Bahia, na forma de previsão legal, sendo o ônus desta prova especificamente, do sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração, documentação e arquivos.

Contrariamente ao alegado na peça recursal, de igual modo, não se está aqui, negando a aplicação do princípio da não cumulatividade do ICMS, pois a legitimidade do uso do crédito, encontra-se condicionada à apresentação dos projetos industriais de ampliação da planta do recorrente, o que, reitere-se, não aconteceu em sua totalidade, única e exclusivamente por inércia da empresa, que não acostou aos autos os documentos pertinentes.

Dessa forma, não fazendo a produção da prova necessária, incorreu o recorrente na regra do artigo 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela qual não posso admitir a sua argumentação recursal quanto a estes itens da autuação, sequer aceitar que a prova seja produzida por amostragem.

Com fulcro no art. 147, I, RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes no processo são suficientes para a formação de juízo sobre as questões envolvidas na presente lide, assim como entendo que a amostragem apresentada pelo autuado quanto às infrações 3, 4 e 6 não justifica a realização da diligência pleiteada.

Ultrapassada a questão da diligência, observo que em relação às infrações 1, 8 e 9, o autuado não se defendeu. Interpreto esse silêncio como um reconhecimento, tácito, do acerto da ação fiscal. Dessa forma, em relação a esses itens do lançamento não há lide e, portanto, essas infrações subsistem em sua totalidade.

Conforme a descrição dos fatos e o demonstrativo correspondente, a infração 2 trata de utilização antecipada de crédito fiscal de ICMS referente a transferência de saldo credor entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Ao tratar da compensação de saldos credores ou devedores entre estabelecimentos de uma mesma empresa, o art. 114-A, §1º, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, assim dispõe:

Art. 114-A. Poderão ser compensados os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado.

§ 1º A transferência do saldo credor ou devedor será feita mediante a emissão de Nota Fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: "Transferência de Saldo Credor" ou "Transferência de Saldo Devedor", conforme o caso.

A legislação tributária estadual prevê a hipótese de transferência de saldo credor, porém não determina que essa transferência seja efetuada até o último dia do período de apuração. Apesar de apurado até o último dia do mês, o ICMS é recolhido pelos contribuintes do regime normal até o dia 9 do mês subsequente, nos termos no art. 124, I, "a", do RICMS-BA/97. Assim, a emissão da nota fiscal no primeiro dia útil subsequente ao final da apuração, porém sempre antes do dia 9, respeita o período de apuração, é razoável e não chega a caracterizar uma utilização antecipada de crédito fiscal. Dessa forma, a infração 2 não subsiste.

A infração 3 cuida de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques. Em sua defesa, o autuado se limitou a afirmar que havia equívocos no levantamento quantitativo, sem precisar quais eram esses supostos equívocos e também sem trazer aos autos qualquer demonstrativo ou elemento probante.

Após examinar os demonstrativos que embasam a infração em comento, inclusive as informações referentes aos estoques iniciais e finais, acostados ao processo mediante relatórios gerados pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, não verifico a existência de equívoco no levantamento quantitativo de estoque.

Dessa forma, as diferenças de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, constitui comprovação suficiente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Em consequência, a infração em comento subsiste integralmente.

A infração 4 trata de omissão de operações de entradas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques. Também em relação a essa infração o autuado alega a existência de erros no levantamento, porém não indica quais seriam esses erros e nem traz demonstrativo ou prova de seu argumento.

Por falta de prova e de precisão na indicação dos supostos erros, o argumento defensivo não merece acolhimento. Dessa forma, resta demonstrado no levantamento quantitativo de estoques a ocorrência de omissão de operações de entradas de mercadorias tributáveis, o que autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos decorrentes de operações anteriores também não contabilizadas. A infração em comento é subsistente.

Trata a infração 5 de recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial.

Sustenta o autuado que o ICMS devido por antecipação parcial foi corretamente apurado e recolhido, bem como afirma que incluiu o valor do IPI na base de cálculo do tributo.

A simples alegação defensiva de que o imposto foi devidamente apurado e recolhido não possui o condão de elidir a infração imputada ao sujeito passivo. O demonstrativo elaborado pelo autuante, do qual o autuado recebeu cópia, evidencia o recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação. Por seu turno, o valor do IPI destacado no documento fiscal de aquisição deve integrar o valor da base de cálculo da antecipação parcial, como acertadamente fez o autuante. Dessa forma, a infração em comento subsiste em sua totalidade.

Quanto à infração 6- omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques -, o autuado afirma que o levantamento quantitativo contém equívocos nas quantidades dos estoques inicial e final e na quantificação das entradas e das saídas. Como prova desse argumento, cita nove produtos que tiveram equívocos na quantificação das entradas e das saídas.

Com relação aos estoques inicial e final, o autuado não apontou os erros que entendia presentes na auditoria fiscal. Os estoques inicial e final considerados pelo autuante estão de acordo com as informações dos relatórios gerados pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.

No que tange aos erros apontados na defesa, na informação fiscal o autuante, de forma acertada, acolheu o argumento defensivo e fez a apuração do imposto devido na infração em comento, incluindo as operações que não tinham sido originalmente consideradas, o que reduziu o valor devido para R\$212.482,61.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado se limitou a repetir os termos da defesa inicial.

Acato o resultado da informação fiscal, uma vez que os equívocos apontados na defesa foram sanados pelo autuante.

Dessa forma, restou comprovada a ocorrência de omissões de operações de saídas e de entradas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, devendo, portanto, ser exigido ICMS sobre a diferença de maior expressão monetária - a da omissão de saídas. Assim, a infração 6 subsiste parcialmente no valor de R\$212.482,61, conforme apurado na informação fiscal.

A infração 7 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a bem destinado ao ativo

imobilizado.

Os demonstrativos e extratos de recolhimentos efetuados pelo autuado deixam patente que os valores pagos a título de diferença de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo (código 0791) foram apropriados, como créditos fiscais, de uma só vez, sem observar o limite mensal de 1/48.

A alegação defensiva de que os bens foram empregados na confecção e vitrines e que, posteriormente, foram devolvidos ao remente não elide a autuação, pois tal fato não restou comprovado nos autos.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 Procedentes, a infração 6 Procedentes em Parte, e a infração 2 Improcedente.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão exarada, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente, relata o acerto na improcedência da infração 2 e quanto às infrações 3, 4 e 6, critica o posicionamento adotado pelos julgadores de primeiro grau que se limitaram a dizer que não houve precisão por parte do Recorrente em apontar quais foram os equívocos cometidos pelo autuante e que não houve a apresentação de provas para tal.

Contudo, o Recorrente afirma que informou na impugnação que o equívoco no lançamento ocorreu porque em alguns casos foi desconsiderado o estoque inicial e em outras situações não foram consideradas as saídas.

Assim, informa que em razão do extenso volume de documentos e de sua complexidade foram apresentadas referências escolhidas aleatoriamente em conformidade com O RELATÓRIO DA AUDITORIA DE ESTOQUES – DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DE OMISSÕES, elaborado pelo i. fiscal autuante, para comprovar tais equívocos no lançamento, o que inclusive foi verificado e retificado pelo autuante.

Ressalta que a apresentação por amostragem foi feita única e exclusivamente por não ser possível a apresentação de todos os documentos em razão da grande quantidade de referências apontadas pela fiscalização. Desse modo, em atendimento ao princípio da Verdade Material, solicitou-se a realização de diligência fiscal para que tais equívocos fossem sanados.

Entende que a negativa de diligência por parte da Junta de Julgamento Fiscal não pode subsistir, visto que na relação por amostragem apresentada pelo Recorrente foram verificados equívocos por parte do autuante, levando a crer que realmente haveria indícios suficientes para ensejar a diligência fiscal com o objetivo de esclarecer todas as operações descritas no Auto de Infração, as quais não foram mencionadas na amostragem apenas por uma questão de extensividade.

Embora a Fiscalização tenha embasado todo seu trabalho nos demonstrativos que serviram de base para a infração, bem como no Sistema Público de Escrituração Digital, na prática, verifica o Recorrente que o levantamento realizado deixou de levar em consideração documentos fiscais os quais ilidiriam, indubitavelmente, o Auto de Infração, motivo pelo qual renova o pedido de diligência, consoante o art. 145 do RPAF.

Rechaça o entendimento da Junta em relação à infração 5, uma vez que afirma que não houve recolhimento a menor do ICMS antecipado, tendo o Recorrente levado em consideração o procedimento descrito na Lei, não se justificando, portanto, a alegação de que o contribuinte tentou elidir a infração imputada.

Além disso, observa ainda que a empresa remetente é contribuinte do IPI, na medida em que se trata de indústria, mas o adquirente das mercadorias, empresa ora Recorrente, não é contribuinte do IPI, pois exerce exclusivamente o comércio varejista, motivo pelo qual o IPI integra o custo da mercadoria.

Assevera que está obrigado a Antecipação Parcial do ICMS o adquirente no Estado da Bahia, independente do regime de apuração e da condição, e que a Base de Cálculo é composta do Valor Total da Operação constante no documento, incluindo o IPI quando houver a incidência na operação.

Esclarece que a base de cálculo da antecipação parcial é composta de todos os itens que compõem o custo da mercadoria, o que representa o campo da nota fiscal denominado "Valor Total da Nota". Dessa forma, o valor do IPI comporá a base de cálculo da antecipação parcial apenas quando constar do documento fiscal de aquisição.

Quanto à infração 7, alega que a operação trata de saída de ativo fixo do Rio de Janeiro, com posterior devolução, e, portanto, observa a legislação do RICMS do Estado do Rio de Janeiro, não havendo tributação, nos termos do art. 47, inciso XIV do RICMS/RJ.

Informa que os produtos destinavam-se à elaboração de vitrines, que permaneceram montadas por certo período de tempo, de acordo com a coleção ou em razão de alguma data comercial específica. E que realizou o pagamento do ICMS na entrada e posteriormente creditou-se do valor integral para anular o custo financeiro sobre a operação, pois houve a retenção de tais produtos na barreira fiscal do Estado da Bahia, em virtude de um descredenciamento do Contribuinte em certo período, e diante da necessidade de rápida montagem para atender ao cronograma nacional optou por esse tipo de operação.

Assim, entende que não houve qualquer infração à legislação, visto que não houve a entrada de bem do ativo imobilizado, mas sim uma saída de ativo fixo de outro estabelecimento do Recorrente em outro estado.

Por fim, reitera o pedido de diligência e pugna seja o presente recurso recebido e conhecido para o fim de julgar improcedente o Auto de Infração, com exceção da Infração 2, para a qual já houve reconhecimento da improcedência do lançamento.

Ademais, caso esse não seja o entendimento requer a aplicação à infração 7 da disposição contida no art. 915, § 6º, do RICMS, a qual possibilita a redução ou cancelamento das penalidades pelo órgão julgador administrativo, uma vez comprovadas que as infrações não foram praticadas com dolo, fraude ou simulação e que também não implicaram em falta de recolhimento de tributo.

O processo foi distribuído para um dos representantes da PGE/PROFIS para análise e emissão de parecer ao Recurso Voluntário apresentado.

Quanto aos documentos apresentados por amostragem referentes às infrações 3, 4 e 6, informa a i. Procuradora Dra. Maria Helena Mendonça Cruz que, em que pese corroborar com o relator de primeira instância administrativa no sentido de que a documentação apresentada por amostragem deve ser vista criteriosamente, mesmo porque não se pode transferir ao Fisco a responsabilidade pela prova a ser constituída pelo autuado, de igual maneira coaduna-se com as razões apresentadas em sede recursal de que os documentos apresentados por amostragem foram acatados pelo autuante, o que demonstra a priori o indício de possíveis equívocos ainda subsistentes no lançamento. Ademais, em muitos casos a extensão da documentação fiscal justifica a impossibilidade de sua anexação aos autos.

Deste modo, com base no princípio da busca pela verdade material, sugere a e. Câmara de Julgamento Fiscal a conversão do feito em diligência, visando proceder a revisão fiscal do lançamento no que tange às infrações 3, 4 e 6, devendo os autos retornarem para manifestação conclusiva após a realização dos trabalhos.

Deste modo, em Sessão de Pauta Suplementar realizada em 29/09/2015, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à INFAZ DE ORIGEM para que o autuante:

1. Intimasse a empresa para demonstrar e apontar todas as inconsistências, itens e referências não computadas e/ou que entende existentes nas infrações 3, 4 e 6, disponibilizando essas informações por meio eletrônico, em PDF e planilha Excel (em arquivo editável);
2. Com base nos apontamentos trazidos pelo contribuinte, analisasse se as inconsistências apontadas foram ou não consideradas nos levantamentos fiscais das referidas infrações;
3. Caso houvesse alguma divergência, refizesse os demonstrativos fiscais, sem os supostos erros apontados.

Em cumprimento ao quanto solicitado, o Recorrente apresentou planilhas e esclareceu o que segue (fls. 1320 a 1322):

No que concerne ao ano de 2010, informa que à época dos fatos o sistema utilizado pela empresa para envio dos arquivos no SPED gerava um número como prefixo de suas referências, que indicava o tipo de mercadoria/produto, conforme telas anexadas. Assim, ao marcar a opção “considerar o indicador no código do item”, o arquivo do SPED era gerado da forma apresentada junto à fl. 1321.

Assim, a empresa pode gerar os arquivos sem a opção acima mencionada, o que vem sendo feito desde então, não ocasionando mais a “confusão” relativa às movimentações de seu estoque no que se refere a tais referências.

Conclui que tais referências gerou uma incongruência dentro da análise de movimentação de entrada e saída efetuada pelo i. fiscal.

Deste modo, solicita a abertura do sistema de transmissão do SPED para que a autuada possa retificar o ocorrido e, seja elaborado novo relatório de referência após a alteração, além de prorrogação de prazo para apresentação da extensa gama documental.

Posteriormente, foi anexado pelo Recorrente cópia das notas referentes a infração (2008) e cópias das páginas dos livros de Inventários (2009).

Em informação fiscal (fls. 1430 a 1440), após tecer um breve histórico, o autuante conclui que, em relação ao exercício de 2008:

Para o exercício de 2008, com base nos elementos acima analisados por mercadoria, concluímos que:

- a) no que tange a mercadoria de Referência: **IPE2QT1**, não houve omissão;*
- b) sobre a mercadoria de Referência: **A3A13413**, também não houve omissão;*
- c) para a mercadoria **AH90125 (Anel de Homem)**, chegamos à conclusão que não houve omissão de saídas;*
- d) e, finalmente para a mercadoria **IPE3A8891 (Pendente Ouro Branco 4.81 18)**, entendemos que não houve omissão alguma, inclusive, já no próprio Auto de Infração essa conclusão já tinha sido observada.*

E para consubstanciar essas conclusões, anexamos, conforme abaixo, os novos relatórios a este PAF e informamos que passou de R\$ 1.530,43 para R\$ 693,53.

- a) Infração 04.05.01 - Demonstrativo das Saídas de mercadorias tributadas, em duas folhas;*
- b) Demonstrativo de Cálculo das Omissões, em duas folhas;*
- c) Levantamento Quantitativo das Entradas, em três folhas;*
- d) Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio das Entradas, em três folhas;*
- e) Levantamento Quantitativo das Saídas, em uma folha;*
- f) Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio das Saídas, em uma folha;*
- g) Demonstrativo de Cálculo do Preço Médio a Partir de Valores do Inventário, em uma folha;*
- h) Relatório das Mercadorias Selecionadas, em duas folhas.*

Sobre o exercício de 2009, conclui que: *após analisarmos os elementos contidos na defesa, apoiados pela documentação já acima citada, foi possível constatar que não há omissões de entradas no exercício de 2009, tomando-se como base as mercadorias selecionadas. Assim, a infração 04, que foi autuada no valor de R\$9.659,96, tornou-se igual a zero.*

Já em relação ao período de 2010, atesta que:

O contribuinte apresentou as Escriturações Fiscais Digitais (EFDs) retificadas, às quais foram trabalhadas nesta Diligência através do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal (SIAF). Observe-se que o sistema utilizado (quando da fiscalização propriamente dita, lá no 3º trimestre de 2013), foi o Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada (SAFA_e).

Às fls. 1320 a 1322, o defendente apresentou as justificativas dos erros contidos nas EFDs transmitidas mensalmente, neste caso, conforme previsto no art. 897-D, §2, do RICMS-BA, Decreto 6.284, de 14/03/97 e suas atualizações.

Com base nas EFDs retificadas foi realizado o novo Levantamento Quantitativo de Estoque, cujas omissões de saídas apontaram um valor de débito na ordem de R\$ 37.817,86. Assim, houve uma redução na infração 06 do PAF em lide da ordem de R\$ 174.664,75, já que o valor autuado foi de R\$ 214.627,36.

Os seguintes papéis de trabalho, que tratam da omissão de saídas, foram anexados ao PAF:

- a) *Resumo Geral das Infrações Apuradas (em uma folha);*
- b) *Lista geral de omissões; (em 30 - trinta - folhas);*
- c) *Lista de omissões (em 27 - vinte e sete - folhas);*
- d) *Lista de notas fiscais de entrada (em 27 - vinte e sete - folhas);*
- e) *Lista de notas fiscais de saída (em 13 - treze - folhas);*
- f) *Lista preços médios (resumo) (em 34 - trinta e quatro - folhas);*
- g) *Preços médios das omissões de saída (lista notas de saída) (em 6 - seis - folhas);*
- h) *Preços médios das omissões de saída (lista notas de inventário) (em 20 - vinte - folhas);*
- i) *Preços médios das omissões de saída (lista notas de entrada) (em 11 - onze - folhas).*

Por fim, após realização dos trabalhos apresentados, a autuação passou a ter os seguintes valores:

Infração	Auto de Infração (A)	Informação Fiscal de 03 de dezembro de 2013 (B)	Informação Fiscal de 18 de abril de 2016 (C)	Diferença (C) - (B)
<i>Infração 01 - 02.01.01</i>	2,18	2,18	2,18	0,00
<i>Infração 02 - 01.01.02</i>	19.132,55	19.132,55	19.132,55	0,00
<i>Infração 03 - 04.05.01</i>	1.530,43	1.530,43	693,53	836,90
<i>Infração 04 - 04.05.04</i>	9.659,96	9.659,96	0,00	9.659,96
<i>Infração 05 - 07.15.02</i>	4.280,66	4.280,66	4.280,66	0,00
<i>Infração 06 - 04.05.02</i>	214.627,36	212.482,61	37.817,86	174.664,75
<i>Infração 07 - 01.03.12</i>	168,34	168,34	168,34	0,00
<i>Infração 08 - 01.02.74</i>	6,39	6,39	6,39	0,00
<i>Infração 09 - 16.04.08</i>	460,00	460,00	460,00	0,00
Total	249.867,87	247.723,12	62.561,51	185.161,61

Após a conclusão dos trabalhos, a empresa Recorrente manifestou-se (fls. 1638 a 1645), alegando que:

Em relação à infração 2, a mesma foi considerada improcedente pela Junta de Julgamento Fiscal, não devendo ser mantida no quadro apresentado pela autuação no valor de R\$19.132,55.

Ademais, em relação à infração 6, em que pese a redução ocorrida, não há que subsistir tal lançamento, uma vez que no exercício de 2010 o sistema utilizado pelo Recorrente era o MASTERSAF para envio dos arquivos no SPED, o qual gerava um número como prefixo de suas referencias, que indicava o tipo de mercadoria/produto, conforme telas apresentadas na manifestação.

Assim, aduz que, como já dito anteriormente, em relação à inconsistência quanto as escriturações fiscais digitais, o mesmo aconteceu em relação ao livro de Registro de Inventário apresentado em fevereiro/2011 para que a autuada possa retificar o ocorrido e, seja elaborado novo relatório de referencias após a alteração.

Deste modo, requer a reabertura do sistema de transmissão do SPED do ano de 2011 para que autuada possa retificar o ocorrido e, seja elaborado novo relatório de referência após a alteração. Eventualmente, requer a prorrogação de prazo quanto à apresentação de documentos no que concerne à suposta infração no período de 2010.

A PGE/PROFIS, em manifestação conclusiva, afirma que: considerando que o objeto do Recurso Voluntário apresentado foram as infrações 3, 4 e 6, entendemos que devem ser acatados os novos valores apurados na diligência efetuada pelo autuante e, portanto, o débito deve ser reduzido nos moldes do novo demonstrativo elaborado à fl. 1440, tão somente em face das infrações questionadas.

Assim, opina pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto, adotando-se os valores do demonstrativo de débito de fl. 1440 em relação às infrações 3, 4 e 6.

Em Despacho, a Procuradora Assistente Dra. Rosana Maciel acolheu o pronunciamento da lavra da Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, o qual objetiva a reapreciação da Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, o qual imputou ao contribuinte 09 (nove) infrações.

As infrações 1, 8 e 9 não foram confrontadas pelo Recorrente, não havendo objeto de questionamento destas imputações que ensejem análise, uma vez reconhecidas tacitamente pelo recorrente.

Ademais, quanto à infração 2, a mesma foi considerada improcedente pela Junta de Julgamento Fiscal, não devendo ser mantida no quadro apresentado pela autuação no valor de R\$19.132,55.

Quanto ao pedido de diligência suscitado, o mesmo foi acatado pela 1ª CJF após opinativo da PGE/PROFIS no sentido de conversão do feito em diligência ao autuante para que este procedesse com a revisão fiscal das infrações 3, 4 e 6, uma vez que a documentação trazida por amostragem demonstrou que haviam alterações a serem consideradas.

Assim, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência, momento em que solicitou a documentação completa à recorrente para que o autuante pudesse proceder com a devida correção.

Foram apresentadas Planilhas de levantamento de estoque dos períodos de 2008, 2009 e 2010, bem como cópias das notas referentes a infração (2008) e cópias das páginas dos livros de Inventários (2009).

Ademais, apontou o Recorrente que gerou o SPED inadequadamente, já que digitou um "número como prefixo de suas referências, que indicava o tipo de mercadoria/produto", solicitando a abertura do sistema de transmissão do SPED para que a Autuada pudesse retificar o ocorrido e elaborar novo relatório de referências após a alteração.

Informou o autuante que: *Para que o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) fosse liberado, houve uma série de dificuldades burocráticas, uma vez que a Ordem de Serviço para a Diligência se tornou inviável, e depois de idas e vindas, no dia 24/02/2016, foi finalmente concedida pela Gerência de Automação Fiscal (GEAFI). A partir desta data foi concedido 30 (trinta) dias para que o contribuinte encaminhasse os arquivos.*

De posse da documentação solicitada, o autuante concluiu que houve redução do período de 2008, uma vez que restou comprovado que não houve omissão das mercadorias de referência **1PE2QT1, A3A13413, AH90125 (Anel de Homem), 1PE3A8891 (Pendente Ouro Branco 4.81 18)**, alterando o valor da infração 3 de R\$1.530,43 para R\$693,53.

Em relação ao exercício de 2009 (infração 4), afirma que *após analisarmos os elementos contidos na defesa, apoiados pela documentação já acima citada, foi possível constatar que não há omissões de entradas no exercício de 2009, tomando-se como base as mercadorias selecionadas. Assim, a infração 4, que foi autuada no valor de R\$ 9.659,96, tornou-se igual a zero.*

Já em relação à infração 6 (exercício de 2010), com base nas EFDs retificadas e apresentadas pelo contribuinte, foi realizado o novo Levantamento Quantitativo de Estoque, cujas omissões de saídas apontaram um valor de débito na ordem de R\$37.817,86.

Assim, o autuante apresentou quadro com os novos valores da autuação (grifo nosso). Vejamos:

Infração	Auto de Infração (A)	Informação Fiscal de 03 de dezembro de 2013 (B)	Informação Fiscal de 18 de abril de 2016 (C)	Diferença (C) - (B)
Infração 01 - 02.01.01	2,18	2,18	2,18	0,00
Infração 02 - 01.01.02	19.132,55	19.132,55	19.132,55	0,00
Infração 03 - 04.05.01	1.530,43	1.530,43	693,53	836,90
Infração 04 - 04.05.04	9.659,96	9.659,96	0,00	9.659,96
Infração 05 - 07.15.02	4.280,66	4.280,66	4.280,66	0,00
Infração 06 - 04.05.02	214.627,36	212.482,61	37.817,86	174.664,75
Infração 07 - 01.03.12	168,34	168,34	168,34	0,00
Infração 08 - 01.02.74	6,39	6,39	6,39	0,00
Infração 09 - 16.04.08	460,00	460,00	460,00	0,00

Total	249.867,87	247.723,12	62.561,51	185.161,61
--------------	-------------------	-------------------	------------------	-------------------

Em Parecer Conclusivo, a PGE/PROFIS acatou as alterações realizadas pelo fiscal diligente, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, o qual foi acolhido pela Procuradora Assistente em Despacho proferido à fl. 1.653.

Quanto às infrações 3 e 4, o Recorrente, em manifestação à diligência realizada (fls. 1638 a 1645) insurgiu-se tão somente contra a manutenção da infração 6, acatando as alterações realizadas nas infrações 3 e 4.

Deste modo, tais infrações devem ser mantidas nos moldes da diligência realizada.

No pertinente à infração 6, a qual foi reconhecida parcialmente pela autuação, sendo mantida em R\$37.817,86, o Recorrente solicitou a reabertura do sistema SPED do ano de 2011 para que a autuada pudesse retificar a incongruência gerada na movimentação de entrada e saída do estoque da autuada.

Informa o Recorrente que, em razão de ter apresentado as escriturações fiscais digitais retificadas, visto que à época utilizava o sistema MASTERSAF para envio dos arquivos no SPED, gerava um número com o prefixo de suas referências, que indicava o tipo de mercadoria/produto. Assim, em razão dos prefixos apresentados nas referências correspondentes ao ano de 2010, ocorreram as incongruências citadas.

Eventualmente, solicitou a prorrogação de prazo para apresentação de documentos, em razão da complexidade da matéria e do elevado número de referências elencadas (27 páginas relatadas).

Saliento que a petição de solicitação foi realizada em 13/05/2016, sendo que a empresa teve todo esse período para apresentar a documentação a qual solicitou prorrogação de prazo. Ademais, no momento em que foi solicitada mediante diligência a documentação para a revisão fiscal das infrações, o Recorrente não trouxe a questão à baila, deixando para momento posterior à realização da diligência a interposição de tais alegações, as quais poderiam ter sido informadas na primeira solicitação.

Assim, conforme entendimento do art. 123 do RPAF/99, estaria precluso o direito do contribuinte em relação a nova solicitação de diligência para apuração de fatos já existentes no processo e não suscitados no momento oportuno. Vejamos o que dispõe a norma:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§ 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.**

Saliento que, caso o contribuinte consiga produzir provas contundentes do não cometimento da infração, cabe o Controle de Legalidade junto à PGE/PROFIS, com base no art. 113, §5º, “a” do RPAF/99.

No pertinente às infrações 5 e 7, assim como o julgador de piso, entendo que a simples negativa de cometimento das infrações sem a devida comprovação em contrário não tem o condão de elidir a autuação, não tendo o recorrente apresentado fatos novos em sede recursal que pudessem alterar o entendimento expedido pela Junta de Julgamento Fiscal.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reconhecendo como devido os valores apresentados em sede diligencial, passando o Auto de Infração para o valor de R\$43.458,96, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA	RESULTADO
1	2,18	2,18	2,18	50%	RECONHECIDA
2	19.132,55	0,00	0,00	60%	IMPROCEDENTE
3	1.530,43	1.530,43	693,53	70%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE

4	9.659,96	9.659,96	0,00	70%	PROVIDO/IMPROCEDENTE
5	4.280,66	4.280,66	4.280,66	60%	N.PROVIDO/PROCEDENTE
6	214.627,36	212.482,61	37.817,86	100%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
7	168,34	168,34	168,34	60%	N.PROVIDO/PROCEDENTE
8	6,39	6,39	6,39	60%	RECONHECIDA
9	460,00	460,00	460,00	-----	RECONHECIDA
Total	249.867,87	228.590,57	43.428,96		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **102148.0005/13-1**, lavrado contra **HSJ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.968,96**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2,18, 60% sobre R\$4.455,39, 70% sobre R\$693,53 e 100% sobre R\$37.817,86, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “d”, “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, “d”, do mesmo artigo e lei supracitados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS