

A. I. N º - 298962.0004/05-3
AUTUADO - SOLPLAST DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - EGIDIO SILVA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 20. 12. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0465-04/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível. Foram refeitos os cálculos para correção dos equívocos da autuação com a incorporação das notas fiscais incluídas na infração 4. b) MATÉRIA PRIMA. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO FORA DO ESTADO. ACUSAÇÃO IMPRECISA. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão a infração argüida. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração não elidida. 3. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte comprova a improcedência da presunção. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/05/2005, acusa 04 infrações, a saber:

- Infração 01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, períodos de 2001, 2003, 2004 e 2005, no valor de R\$ 192.551,79.
- Infração 02: Falta de escrituração do Livro Caixa, exercícios de 2001 a 2004, aplicação da multa no valor de R\$ 460,00.
- Infração 03: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, período de 2004, na quantia de R\$ 699.432,80.
- Infração 04: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, com valor de R\$ 3.675,63.

O autuado apresenta defesa tempestiva, às folhas 376 a 404, inicialmente cita alguns princípios de direito, em seguida, solicita a nulidade da autuação sob alegação de cerceamento do direito de defesa, falta de descrição clara e precisa da acusação, e da adoção do roteiro de auditoria

inapropriado, falta de clareza e explicação acerca do conteúdo existente em demonstrativo fiscal e inexistência de pressuposto básico para cálculo do ICMS pelo regime normal em lugar do regime simplificado.

No mérito, em relação a infração 01, argumenta que a portaria 445/98 dispõe que a apuração de débitos de ICMS mediante esse tipo de auditoria requer criterioso rigor na quantificação das mercadorias, por isso, pode-se perceber que cada item das mercadorias deve ser considerado isoladamente, por espécie. A despeito disso, o autuante agrupou os produtos por gênero, ao invés de por espécie.

No tocante à infração 03, ressalta que o produto PROLIPROPILENO não faz parte do rol das mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo. O produto representa apenas uma matéria prima, a partir da qual se pode elaborar, em processo de industrialização, mercadorias que serão de fato comercializadas. É exatamente pelo fato de não comercializar o POLIPROPILENO que o autuante utilizou como documentos para embasar seu levantamento apenas notas fiscais de entradas de remessa simbólica.

Segundo o impugnante, a transação comercial realizada diz respeito a remessa do produto de um fornecedor localizado no Rio Grande do Sul(YPIRANGA PETROQUÍMICA S/A) para estabelecimento industrial localizado em São Paulo, o qual providenciaria os necessários processos de industrialização, e nessa triangulação comercial, o autuante se apegou as notas emitidas pela Ypiranga, a título de remessa simbólica e destinadas ao autuado. Nenhuma circulação física, portanto, se deu no estabelecimento do sujeito passivo, em outras palavras, não houve ocorrência de fato gerador do imposto no estado da Bahia.

Continua a sua defesa questionando o fato do preposto fiscal ter utilizado no demonstrativo fiscal o período de 01/08/2004 a 27/11/2004 apesar de ter dito no Auto de Infração que a auditoria se referia a exercício fechado além do que o fisco sequer tinha em mãos dados relacionados ao estoque inicial e final do período. E prova disto é que o autuante acabou adotando-os com zero.

Quanto à infração 02, aduz que o preposto fiscal não fez prova da infração. A descrição da infração 02 por si só evidencia não ter lógica a acusação já que deixa implícito que manuseou o Livro Caixa.

Na infração 04, afirma que na infração 01 o autuante fez o levantamento quantitativo de estoques, oportunidade em que se baseou nas notas fiscais do exercício de 2004. Em procedimento subsequente, utilizou novamente de mesmo documento já usado como objeto do levantamento fiscal da infração 01, para mais uma vez, agora na infração 04 exigir imposto sob o mesmo título. Está-se falando da nota fiscal nº 3400. No tocante às outras duas notas fiscais de entradas, as de nº 004168 e 004349, o autuante de forma equivocada e prejudicial ao autuado não as incluiu no levantamento das entradas na apuração da infração 01.

Conclui a sua peça defensiva salientando a natureza confiscatória da multa aplicada e requerendo a nulidade do lançamento tributário ou sua improcedência.

Na informação fiscal, às folhas 411 a 419, o autuante ressalta que, em relação as preliminares de nulidade, o PAF não possui vícios insanáveis ou incorreções como alegadas, tendo em vista que na folha nº 370 do processo consta que o autuado recebeu todas as cópias dos documentos colhidos de fontes externas e todos os demonstrativos e planilhas elaboradas.

Quanto à 2ª preliminar de nulidade, conclui que as alegações do defendente não tem sentido, vez que o exercício de 2004 já era exercício findo, teve que ser desdobrado em dois levantamentos por uma questão de sistemas utilizados pela SEFAZ. Quanto aos estoques, se o estoque inicial inexistia em 01/01/2004 o mesmo ocorreria com o estoque final, portanto deve ser igual a zero. Vide páginas 260 a 267 a data de inicio 01/08/2004 e a data final 26/11/2004 para a última nota fiscal

de venda e 27/11/2004 para a nota fiscal de remessa, a data anterior fora o período da emissão da 1^a nota fiscal pela Ypiranga assim como as últimas datas foram para as últimas emissões.

Acrescenta que como não houvera estoques constantes do registro de inventário, utilizou-se do período em que ocorreu o ilícito 01/08/2004 a 27/11/2004, este um exercício fechado por estar findo o ano civil, consequentemente o ano comercial.

Na 3^a preliminar de nulidade defendida pela autuada diz que no período de 01/08/2004 a 27/11/2004 existe o demonstrativo do cálculo do preço médio das entradas, em virtude de não haver saídas efetivas, estas foram omitidas.

Quanto à 4^a preliminar de nulidade, informa que o autuado não atentou para o crédito de 8% que lhe fora atribuído pela condição de SIMBAHIA nas infrações 01, 03, e 04, tendo inteiro desconhecimento das normas que norteiam a fiscalização das empresas do SIMBAHIA.

No mérito, sobre a infração 01, o autuante ressalta que o procedimento adotado foi em virtude das saídas, por falta da descrição completa dos artigos vendidos. Muitas vezes existiram apenas a descrição “saco plástico” ou “sacola plástica”. Fora preciso arrebanhar num item só para que o levantamento tivesse consistência.

Deve-se observar que não fora juntado saco com sacola, que são coisas de espécies e gêneros diferentes. O levantamento deve ser feito de maneira justa e compreensível, mesmo que se tenha maior dificuldade. Existem descrições confusas nas notas fiscais de entradas e principalmente nas de saídas, por isso, foi aquela a melhor maneira de se fazer o levantamento físico sem prejudicar a empresa e o Erário.

Na infração 03, assevera que há verdadeiro desconhecimento da autuada no tocante a fato gerador, que é a transferência de titularidade. A Ypiranga ao vender o produto à Solplast transferiu a titularidade das mercadorias. Em seguida recebe ordens da compradora para que a vendedora faça a remessa para outra empresa em São Paulo, sob o título “remessa para industrialização”, posteriormente a Solplast desaparece com os produtos, pois, não transferiu a sua titularidade para ninguém de forma legal e não escriturou no inventário.

Quanto a infração 02, ressalta que o impugnante não fez prova de que escriturou o livro caixa, deixando de observar o documento por ela fornecido e anexo à folha 13 dos autos.

Acrescenta que realmente a nota fiscal nº 003400 está lançada em duas infrações 01 e 04 e será retirado da infração 04, por ter sido considerada no levantamento físico de 2004, assim o demonstrativo de débito será refeito. Diz que não há porque considerar a inclusão das notas fiscais nº 004168 e 004349, vez que elas foram omitidas pela autuada e capturadas do CFAMT. Seria beneficiar o infrator.

Ao final, solicita julgar o Auto de Infração procedente.

Conforme pág. 470, o processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência fiscal ao autuante, para que fossem atendidas as seguintes solicitações:

1 – Refazer os cálculos da infração 03, tomando-se por base como início do período 01/01/2004 e final 31/12/2004.

2 – Inclusão das notas fiscais nº 4167 e 4349 no levantamento de estoque referente ao exercício de 2004.

3 – Entrega ao impugnante das cópias do novo demonstrativo e reabertura do prazo de defesa em 30 dias, para se manifestar, querendo.

O autuante cumpriu a diligência fiscal e salientou que o Auto de Infração foi alterado para maior, pelos seguintes motivos:

- A inclusão das notas fiscais 4349 e 4168 na infração 01, que tiveram quer ser adicionado o MVA.
- Na infração 03, foi verificado que a nota fiscal nº 373.505 não continha o IPI anteriormente, o que influenciou no custo médio do produto.
- Com a inserção das notas fiscais 4349 e 4168 a contagem física das mercadorias foi alterada para maior.

Em virtude das variações sofridas, a base de cálculo aumentou, considerando que nela está inclusa a MVA cujo elemento não fazia parte da infração 04, agora incorporada a infração 01, ficando um valor de débito reclamado de R\$ 899.776,22.

O impugnante foi intimado para tomar ciência de novo demonstrativo anexo ao processo pelo autuante, sendo concedido o prazo de 30 dias para se manifestar, o que não aconteceu.

VOTO

Inicialmente rejeito a 1^a preliminar de nulidade suscitada, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, sendo que o autuado recebeu cópias de todos os demonstrativos utilizados como prova das infrações apresentadas, conforme pág. 370 do PAF.

Em relação a 2^a e 3^a preliminares de nulidade, referem-se à infração 03 e neste caso, entendo que cumpre razão ao autuado, uma vez que o procedimento fiscal utilizado não condiz com a infração apresentada, pois, o autuado adquiriu matéria prima dos seus produtos da empresa Ypiranga, localizada no Rio Grande do Sul, remetendo estes produtos para industrialização em São Paulo, com posterior retorno à Solplast na Bahia. Acontece que estas mercadorias teriam um prazo de retorno de 180 dias, prorrogáveis uma vez por igual período, conforme art. 615 § 3º do RICMS/BA, cabendo ressaltar que a data de ocorrência do fato gerador, constante na infração é de 27/11/2004 quando as mercadorias estariam amparadas pela suspensão do ICMS. Dessa forma, entendo que a infração argüida esta imprecisa e não caberia o levantamento quantitativo do estoque no presente caso, por isso deve ser declarada nula, devendo a repartição fiscal, analisar a necessidade de renovação do procedimento fiscal.

Quanto à 4^a preliminar de nulidade, ressalto que o impugnante não atentou para o art. 408-S do RICMS/BA que diz que “ Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Saliento que foi concedido o crédito de 8% pelo fato da empresa estar enquadrada como SIMBAHIA.

Não acato o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito formulado pelo autuado tendo em vista que os elementos constantes do processo são suficientes para formar a minha convicção conforme disposto no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, da análise dos elementos constitutivos do PAF, chego às seguintes conclusões:

Em relação a infração 01, o procedimento adotado pelo autuante está correto, tendo em vista que diversas notas fiscais de saídas não estavam com seus produtos discriminados por espécie e o autuante teve o cuidado de classificá-las por mercadorias do mesmo gênero. Quanto ao exercício de 2004, o valor do imposto reclamado foi alterado para maior na revisão fiscal em virtude da inclusão das mercadorias constantes das notas fiscais nºs 4349 e 4168 no levantamento quantitativo de estoque no período e calculadas pelo preço médio das últimas saídas. Assim, concluo que a infração 01 é procedente.

Na infração 02, o próprio contribuinte declara nos autos que não escriturou o livro caixa nos anos de 2001 a 2004, conforme folha 13 do presente processo. Em virtude disso, a infração deve ser mantida.

Após a diligência fiscal, o autuante incorporou a infração 04 na infração 01 ao incluir no levantamento quantitativo de estoque as notas fiscais 4168 e 4349, deixando de subsistir a infração 04.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração nos seguintes valores:

INFRAÇÃO 01	R\$ 199.169,53
INFRAÇÃO 02	R\$ 460,00
INFRAÇÃO 03	0,00
INFRAÇÃO 04	0,00
TOTAL	R\$ 199.629,53

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298962.0004/05-3, lavrado contra **SOLPLAST DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 199.169,53**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$460,00**, previstas no art. 42, inciso XV, alínea “i” da mesma lei.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA