

A. I. N ° - 207140.0019/04-3
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFEP/DAT-METRO
INTERNET - 29. 03. 2006

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0077-04/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. c) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tais diferenças constituem comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, contudo, foram refeitos os levantamentos de estoques por diligência da ASTEC para retificar os equívocos cometidos, reduzindo-se os débitos originalmente apontados. Infrações parcialmente caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. b) ENÉRGIA ELÉTRICA. c) ATIVO PERMANENTE EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. d) MATERIAL DE USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infrações caracterizadas. Este órgão julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação tributária baiana. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/01/2005, exige ICMS e aplica multa no valor total de R\$243.687,05, em razão das seguintes irregularidades:

1 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$155.255,95, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, referente omissão de saídas de cimento.

2 - Falta de retenção e o consequente recolhimento do imposto, no valor de R\$31.051,19, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, referente omissão de saídas de cimento.

3 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$32.238,92, relativo às 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 proveniente de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 9.561,45, relativo a aquisição de Serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias.

5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.980,96, relativo a aquisição de energia elétrica utilizado na comercialização de mercadorias.

6- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 12.488,85, relativo a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, em montante superior ao permitido pela legislação, ou seja, 1/48 do ICMS destacado no documento fiscal, respectivo, por mês, a partir da entrada, até o quadragésimo oitavo mês, conforme previsto no art. 93, § 17, incisos I a VII, do RICMS/97.

7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 109,73, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente a peças de uniformes e materiais de segurança do trabalho.

O autuado, fls. 277/296, impugnou o lançamento tributário, inicialmente alegando que o levantamento quantitativo que serviu de suporte ao lançamento não guarda conformidade com os elementos da escrita fiscal da defendant e resulta, para efeito de exigibilidade do imposto amparada em presunção legal, que em seu entendimento não passa de arbitrariedade, requerendo a nulidade da autuação.

Prosseguindo, diz que é estabelecida com atividade comercial equiparada a industrial, encriturando todas as notas fiscais, não existindo saídas sem nota.

Em relação as infrações 01 e 02, aduz que a cobrança dos valores acima relacionados decorre de diversos equívocos a saber:

A - Levantamento de notas fiscais com cimento em sacos de 25 Kg:

1. No mês de julho/2001, por uma falha no Sistema de escrituração, quando da transmissão dos dados para o arquivo SINTEGRA, a quantidade das mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas foram divididas por 10, induzindo a equívoco o autuante;
2. O autuante deixou de considerar a Nota Fiscal de Saída Nº 44080, na quantidade de 1.120 sacos, relativa a devolução de mercadorias;
3. Assevera que a suposta omissão de saída alegada, na quantidade de 3.372,70 sacos, decorre do seguinte: a) 2.252,70 sacos – diferença relativa a falha no Sistema de arrecadação e b) 1.120,00 sacos – referente à devolução.

B- Levantamento de notas fiscais com cimento em sacos de 50 Kg:

1. No mês de julho/2001, por uma falha no Sistema de escrituração, quando da transmissão dos dados para o arquivo SINTEGRA, a quantidade das mercadorias constantes nas notas fiscais de saídas foram divididas por 10, induzindo a equívoco o autuante, conforme demonstrativo que elaborou;
2. As notas Fiscais de Saídas Nºs 39635, 41262, 42901 e 00280, referem-se à devolução de mercadorias, e não de operações de venda como apropriado pelo autuante, resultando numa diferença a maior de 320 sacos;
3. Em relação às Notas Fiscais de Saídas Nºs. 40101, 40102 e 43439, nas quantidades de 300, 1200 e 1700, respectivamente, são notas referentes a faturamento antecipado, que só devem ser apropriadas quando da efetiva remessa da mercadoria para efeito de composição do estoque. Informa que anexa as Notas Fiscais de faturamento antecipado e suas respectivas remessa Nºs 40110, 40278, 40542, 40761, 41062, 41416, 43531, 44112, 44114, 44343, 4448, e 4449, resultando num lançamento a maior por parte do autuante na quantidade de 3.200 sacos;
4. A Nota Fiscal nº 36246, foi considerada pelo autuante como se emitida para acobertar a saída de 1 saco, quando na realidade, a operação foi com 80 sacos, resultando daí uma diferença de 79 sacos.
5. As Notas Fiscais de saídas nº's 01431, 41236, 41353, 41380, 41381, 41383, 41396, 41406, 42256, 42213, 42648, 42664 e 42665, nas quantidades 02, 10, 30, 100, 20, 20, 50, 50, 100, 300, 100 e 15, que totaliza 797 sacos, não foram consideradas pelo autuado.

Quanto a Infração 03, salienta que não comercializa com o produto “PIF3250KG3FOLHAS BRANCO”. No “levantamento Quantitativo das Entradas” elaborado pelo autuante, o mesmo transporta os valores para efeito de cálculo das missões não constam a quantidade de 6.793,00 e nem o valor de R\$21.419,27.

Diz que o levantamento ocorreu de maneira aleatória, tanto que o autuante considerou diversas notas fiscais canceladas, na quantidade total de 3.102. Deixou de considerar diversas notas fiscais de saídas na quantidade de 602 sacos.

No tocante a infração 04, diz que os créditos apropriados referente a serviços de comunicação foi efetuado com amparo na Constituição Federal.

Em relação a infração 05, diz que os créditos apropriados referente a serviços de energia foi efetuado com amparo na Constituição Federal.

Relativamente a infração 06, diz que os créditos apropriados referente a aquisição de ativo permanente foi efetuado com amparo na Constituição Federal, não cabendo falar-se em creditamento fracionado em 1/48.

No que se refere a infração 07, diz que os créditos apropriados referente a aquisição de matéria de consumo foi efetuado com amparo na Constituição Federal.

Às folhas 291/295, tese comentários sobre inconstitucionalidade das multas de 60% e 7%), prevista no Auto de Infração.

Ao finalizar, requer a realização de diligência, nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 420/424, salienta que se verificada a insubsistência da infração quanto à obrigação principal, fica comprovado o entendimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, ou seja, a falha na transmissão dos dados nos arquivos magnéticos, devendo ser aplicada a multa de 5%.

Em seguida, prestou os seguintes esclarecimento:

1-Em relação a Nota Fiscal Nº 44080, referente à devolução de 1120 sacos de cimento de 25Kg, a quantidade não consta, pois não foi apresentada à fiscalização. Ademais, consta no registrado no Sintegra o produto “BRANCO” com o código DD, no lugar do cimento em saco de 25Kg. Assim, entende que, se admitida como regular a emissão da nota, seria cabível a conversão em penalidade.

2-Quanto as Notas Fiscais de saídas nºs. 39635, 41262, 42901 e 00280, diz que razão não assiste ao autuado, pelo fato de que operações de devoluções e operações de vendas devem ter o mesmo tratamento na auditoria de estoque, ou seja, devem ser consideradas operações de saídas. Assim, é de se opor à exclusão daquelas notas fiscais do levantamento.

3-Acata os argumentos em relação às Notas Fiscais de Saídas Nºs 40101, 40102 e 43439, 40110, 40278, 40542, 40761, 41062, 41416, 43531, 44112, 44114, 44343, 4448, e 4449, no total de 3.200 sacos.

4- Às Notas Fiscais 36246, 01431, 41236, 41380, 41381, 41383, 41396, 41406, 42256, 42213, 42648, 42664 e 42665 não acata, pois não consta do arquivo magnético.

5- O produto “PIF3250KG3FOLHAS BRANCO”, consta do arquivo magnético.

6- Que o autuado está confundido levantamento de entradas com saídas.

7- Os cancelamentos foram irregulares, podendo-se observar claramente que diversas notas fiscais têm o carimbo de “ENTREGUES” ou o canhoto assinado pelo destinatário.

8- Às Notas Fiscais nºs 1608, 4244, 19828, 21719, 21857 e 21950, reconhece que não consta no levantamento, porém, foram informadas pelo contribuinte nos arquivos SINTEGRA sem a descrição das mercadorias

No tocante às infrações 04, 05, 06 e 07, reitera que os créditos foram apropriados irregularmente.

O autuando recebeu cópia da informação fiscal, tendo se manifestado às folhas 428 a 431, além de reiterar alguns dos argumentos da defesa anterior, acrescenta que não contesta a obrigatoriedade em transmitir corretamente o arquivo SINTEGRA. No entanto, não há como admitir a aplicação de multa ao contribuinte que declara espontaneamente falha na transmissão dos dados contidos em seu Sistema de escrituração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido:

- “1. Revisar os dados relativos às quantidades de saídas constantes do arquivo SINTEGRA, confrontando com os dados das notas fiscais e o levantamento realizado pelo autuante, considerando as quantidades reais dos documentos fiscais;
- 2. Em relação ao produto “CIMENTO SACO 25 KG”, incluir no levantamento a Nota Fiscal nº 44080 (doc.04, fl. 328);
- 3. Em relação ao produto “CIMENTO SACO 50KG”:
 - 3.1- Excluir do levantamento as Notas Fiscais nºs 40101, 40102 e 43439;
 - 3.2- Incluir no levantamento a Nota Fiscal nº 36246, (doc.25, fl.365), com 80 sacos;
 - 3.3- Incluir no levantamento as Notas Fiscais (Doc. 26 a 38, fls. 366 a 378);
- 4. Elaborar novos demonstrativos de débitos, se necessário.

Cumprida a diligência, a IFEP deverá fornecer cópias, mediante recibo, ao autuado dos novos demonstrativos das omissões e estipular o prazo de dez dias para se pronunciar. Devendo ser dado ciência ao auditor autuante, para no prazo de dez dias se pronunciar.

Após o atendimento, retorno-se para julgamento.”

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO às fls. 440 a 441 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, assim se pronunciou:

1-Os dados do arquivo SINTEGRA realmente estão diferentes dos dados constantes nos documentos fiscais alegados pelo autuado. Os dados do SINTEGRA, no mês de julho de 2001, foram para as notas relacionadas às folhas 443 a 460 divididas as quantidades por 10 (dez), ou seja, para uma nota que consta a quantidade de 100 sacos, foi informada quantidade de 10 sacos. Sendo assim, com base na citada relação e a respectiva conferência com as notas fiscais emitidas, apurei a diferença de 2.252 sacos de cimento de 25 kg para ser incluídos e de 69.356 sacos de cimentos 50 kg (quantidade maior do que indicado na defesa), também para ser incluídos nas saídas do levantamento do autuante.

2- Incluiu, conforme solicitado, 1120 sacos de cimento de 25 kg, relativos à Nota Fiscal 44080.

3- Em relação ao produto “CIMENTO SACO 50 KG”:

3.1- Excluiu do levantamento as Notas Fiscais nºs 40101, 40102 e 43439, totalizando 3200 sacos;

3.2- Incluiu no levantamento a Nota Fiscal nº 36246, (doc. 25, fl. 365), com 80 sacos;

3.3- Incluiu no levantamento as Notas Fiscais (Doc. 26 a 38, fls. 366 a 378), totalizando 792 sacos;

Informa que elaborou, por fim, as planilhas às folhas 441 a 442 dos autos, demonstrando as inclusões e exclusões, assim como a planilha de apuração do levantamento quantitativo.

Concluindo, assevera que atendendo à solicitação do relator, efetuou as inclusões e exclusões, inclusive as referentes ao erro de informações fornecidas ao SINTEGRA. Tendo em vista que as mercadorias alvo do levantamento quantitativo e do ajuste desta diligência, relativa ao exercício de 2001, são de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, calculou o imposto devido pela apuração normal e o devido na condição de substituto tributário. Nota-se que foram mantidas às omissões de saídas, tendo em vista serem maiores do que as omissões de entradas apuradas.

Às folhas 475 a 417, o autuante concorda parcialmente com os valores apresentados na revisão fiscal, entretanto, entende o autuado que as infrações 01 a 03 deveriam ser desdobradas em quatro infrações, totalizando R\$122.131,58.

Em nova manifestação, folhas 486/489, o autuado solicitou prorrogação do prazo por mais 20 dias, para a juntada de novos esclarecimentos e documentos.

No tocante Ao cimento comercializado em sacos de 25 kg, o auditor diligente incluiu, a pedido do Relator, a diferença relativa ao erro no arquivo SINTEGRA. No entanto, apurou uma suposta omissão de saídas na quantidade de 2.241 sacos, a qual entende não existir.

Quanto as entradas de cimento em sacos de 50kg, tipo CPIIF32, durante o exercício de 2001, assevera que recebeu 1.219.636 sacos, e não 1.205.147 encontrado pela revisão, gerando uma diferença de 14.495 sacos de cimento. A diferença consiste nos seguintes fatos:

1- No mês de julho de 2001, em razão de erro no arquivo SINTEGRA foi processado a menos pela fiscalização a quantidade de 5.922 sacos; (césar não apresentou prova).

2- No mês de setembro de 2001, a fiscalização deixou de incluir em seu levantamento os movimentos de entradas dos dias 05 e 08/09/2001. Por essa razão, deixou de ser processada a quantidade de 8.573 sacos. (césar não apresentou prova).

Ao finalizar, requer a dilação do prazo por mais 20 (vinte) dias e realização de nova diligência.

VOTO

Às infrações de 01 a 03 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, baseado nos dados informados pelo autuante mediante arquivos magnéticos (Convênio 57/95), na forma dos artigos 708-A e 708-B.

Em sua defesa o autuado sustentou que houve erros nos dados informados nos referidos arquivos, pois as quantidades de saídas do mês de julho foram divididas por 10. Também, apontou algumas notas fiscais que não foram consideradas ou foram consideradas de forma equivocadas.

Objetivando verificar as inconsistências apontadas pela defesa, o PAF foi convertido em diligência à ASTEC, a qual elaborou o Parecer Técnico às folhas 440 a 441 dos autos, tendo concluído, ao final do trabalho de revisão, que efetuou as inclusões e exclusões, inclusive as referentes ao erro de informações fornecidas ao SINTEGRA. Tendo em vista que as mercadorias alvo do levantamento quantitativo e do ajuste desta diligência, relativa ao exercício de 2001, são de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, calculou o imposto devido pela apuração normal e o devido na condição de substituto tributário. Ressaltou que foram mantidas às omissões de saídas, tendo em vista serem maiores do que as omissões de entradas apuradas.

Acolho o Parecer da ASTEC, uma vez que encontra-se embasado nos levantamentos acostados ao PAF e atendeu ao pedido da diligência. Os argumentos defensivos, em relação ao referido parecer, não podem ser acolhidos, uma vez que não foi acostado nenhum de tipo de prova das alegações. Da mesma forma, não acolho o argumento do auditor autuante, em relação a querer incluir mais uma infração relacionada com o levantamento quantitativo ou a transformação em outro tipo de infração, pois somente poderá ser realizado em outro Auto de Infração, se devido.

Assim, entendo que as infrações 01, 02 e 03, restaram caracterizadas nos valores abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO
1	45.864,77
2	9.663,64
3	32.238,92
TOTAL	87.767,33

Em relação as infrações 04, 05, 06 e 07 é imputado ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de serviço de comunicação (infração 04); aquisição de energia elétrica (infração 05) aquisição de ativo permanente do estabelecimento em montante superior ao permitido pela legislação (infração 06) e aquisição de material de consumo (infração 07).

Em sua defesa o autuado alega que tem direito aos créditos com base na Constituição Federal. Ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

De acordo a Legislação Estadual vigente, somente existe previsão para utilização de crédito decorrente das aquisições dos serviços de comunicação, energia elétrica e material de consumo a partir 01 de janeiro de 2007, conforme os dispositivos abaixo transcritos:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):

(...)

b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir de 1º de janeiro de 2007.

II-A - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento (Lei nº 7710):

b) nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir de 1º de janeiro de 2007.

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) ...

b) a partir de 01/01/07, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§ 11) (Lei Complementar nº 87/96);”

Em relação aos bens destinados ao ativo imobilizado, a legislação somente admite sua utilização correspondente a 1/48 (um quarenta e oito avos):

“Art. 93

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a

*título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:
a) a partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12);
§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7710):*

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;”

Logo, entendo que as infrações 04, 05, 06 e 07 encontram-se caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$112.908,32.

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 207140.0019/04-3, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$112.908,32, acrescido das multas de 60% sobre R\$25.140,99 e de 70% sobre R\$87.767,33, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 21 de março de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR