

A. I. Nº - 207090.0001/06-4
AUTUADO - WORK INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 19. 09. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0261-04/06

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. OPERAÇÕES DESTINADAS À EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Caracterizado que as empresas destinatárias não desenvolvem atividades sujeitas a tributação do ICMS. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) SUBSTITUIÇÕES DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não restou comprovado que as mercadorias “trocadas” já haviam sido tributadas. Mantida a exigência fiscal. b) OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO LANÇADAS SEM TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. c) DIVERGÊNCIA ENTRE O SOMATÓRIO DOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS E OS VALORES ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. Acusação não elidida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Itens terceiro e quinto da autuação não impugnados. Em relação ao item oitavo da autuação, o valor reclamado foi reduzido em face a ocorrência de devoluções de mercadorias. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Acusação não elidida. 5. REMESSA DE BENS PARA CONserto. FALTA DE RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Excluída parte da exigência fiscal. Parcela remanescente reconhecida pelo sujeito passivo. 6. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SERVIÇOS TRANSPORTES – CLÁUSULA CIF. b) IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. c) BENS PARA O ATIVO FIXO. d) MERCADORIAS PARA USO E/OU CONSUMO PRÓPRIO. Infrações reconhecidas. e) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Fato não contestado. 7. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. Aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso/consumo próprio. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item reconhecido. 8. DOCUMENTOS FISCAIS . NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Descumprimento de obrigação acessória. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Infração parcialmente elidida. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Acusação elidida. 9. CONTA CAIXA. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. Presunção legal de operações mercantis não contabilizadas. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte não comprovou a

improcedência da presunção. **10. DEPÓSITO FECHADO. SAÍDAS DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTO DIVERSO DO REMETENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** O contribuinte promoveu o retorno de mercadorias em quantidade inferior as que foram remetidas. Infração subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Incompetência do órgão julgador administrativo para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2006, exige ICMS no valor de R\$ 399.718,28, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS, no montante de R\$ 103.597,04, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Quando efetuou vendas a consumidor final, o contribuinte deixou de incluir o IPI na base de cálculo do ICMS.
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$ 2.549,34.
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Valor de R\$ 1.187,34.
4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$2.549,34. Valor R\$ 134,83.
5. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Valor de R\$ 2.489,28.
6. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Valor de R\$ 936,43.
7. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor de R\$ 6.949,15.
8. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Valor de R\$ 177.743,67.
9. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Valor R\$ 363,97.
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, na condição de destinatário de mercadorias, relativo à frete preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente. R\$ 162,82.
11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no valor de R\$ 812,00.
12. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 7,58, referente à imposto não destacado em documento fiscal.
13. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$44,92, referente à mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento;

14. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 293,45, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
15. Deixou de recolher imposto no valor de R\$ 473,89, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento;
16. Deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$ 26.235,10.
17. Deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$ 413,02.
18. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Mesmo tendo sido intimado a apresentar documentos comprobatórios da origem do recurso de R\$ 48.999,39, constante do seu livro Diário e Razão, contribuinte deixou de apresentar tais esclarecimentos e documentos. Valor R\$ 8.329,89.
19. Saída de mercadoria de depósito fechado para estabelecimento diverso daquele que a tiver remetido para depósito. Contribuinte manteve um depósito fechado e nesse período remeteu mercadorias no valor de R\$ 5.587.712,75, sendo que registrou retorno de R\$ 5.205.387,03 em mercadorias, restando uma diferença de R\$ 382.325,72 que nem se encontra armazenada, nem retornou a origem. Valor R\$ 64.995,37.
20. Contribuinte utilizou crédito fiscal a maior que o devido, infração apurada através do somatório do ICMS referente aos créditos das notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas. Valor R\$ 1.999,19.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 8.653 a 8.687 dos autos argumentou o seguinte:

Infração 01 – Afirma que a autuante cometeu um equívoco em classificar as construtoras, empresas de engenharia e incorporadoras como consumidores finais dos seus produtos fabricados. Entende que a atividade de construção civil é transformadora que conjugando materiais distintos virão a compor novas estruturas, portanto, de nítida atividade industrial. Cita decisões do STJ sobre a matéria.

Ressalta que inclusive não houve a aplicação da substituição tributária por força do regulamento do ICMS, art. 355. Assim, diz que não se pode restringir a norma constitucional que assegura a não inclusão do IPI na hipótese em comento.

Infração 02 – Argumenta que houve a emissão de nota fiscal com a incidência do ICMS, inclusive, com aplicação da substituição tributária, no entanto, houve a devolução de várias mercadorias, como constam das notas fiscais em anexo e cópia do livro Registro de Entradas.

Aduz que o procedimento correto deveria ser o de estornar o débito de ICMS das mercadorias devolvidas para troca. Explica que não efetivou o estorno do débito por não haver como localizar a nota fiscal correspondente à mercadoria em face do volume de produtos vendidos ao destinatário e pela falta de indicação dos números das notas fiscais de origem das mercadorias, mantendo assim a tributação originária e optando por enviar a mercadoria trocada através de nota fiscal sem destaque do imposto. Em seguida, descreve decisões deste CONSEF a respeito do tema.

Infração 07 – Informa que o valor cobrado foi pago através de DAE e de nota fiscal avulsa quando da entrada da mercadoria no estado de Sergipe, cujas cópias estão anexas.

Infração 08 – Esclarece que em seu levantamento, a autuante deixou de considerar notas fiscais de devolução de mercadorias, tanto emitidas pelos destinatários quanto através de notas fiscais de entradas emitidas pelo autuado.

Infração 09 – Informa que não foi considerada a nota fiscal nº 0312 referente à devolução do ENVASE, enquanto que houve pagamento do restante da autuação.

Infração 16 – Salienta que ficaram constatados erros de digitação no nº das notas fiscais, além de se ter encontrado diversos documentos fiscais listados nesta defesa e devidamente registrados. Quanto à nota fiscal nº 102332 emitida pela BASF/SA foi mantido contato com a empresa e a informação é que houve erro na indicação do destinatário, sendo que a mercadoria retornou através da NF nº 842 sem que a autuada tivesse adquirido a mercadoria ou mesmo ingressado em seu estabelecimento, não podendo ser atribuída a responsabilidade pelo não registro do documento na escrita fiscal.

Infração 17 – Afirma que o lançamento é equivocado haja vista que houve registro das notas fiscais nº 4208 e 4114, nas pgs. 85 e 86 do livro registro de entradas 02.

Infração 18 – Assevera que não há elementos para se determinar a infração sem um roteiro regular de auditoria de estoques. Se não fosse assim, qualquer ingresso na conta caixa seria taxado de suprimimento de caixa de origem não comprovada.

Entende que o presente item é nulo, por absoluta falta de auditoria de conta caixa que demonstrasse haver saldo credor uma vez excluído o adiantamento, conseqüentemente houve cerceamento do direito de defesa. Transcreve decisão do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e em seguida descreve sobre a discricionariedade dos agentes do fisco no ato administrativo do lançamento.

Infrações 06 e 19 – Alega que não teve condições de efetivar um levantamento para rebater a acusação fiscal, tendo em vista que sofreu um incêndio em 2004, ocorrência em anexo, onde houve perda de documentos e se desorganizou todo o acervo de documentos, ficando assim, inviável o prazo de 30 dias para localização dos referidos documentos. Pede prorrogação do prazo de defesa.

Infração 20 – Ressalta que houve erro na planilha desta infração. A auditora fiscal considerou como crédito da nota nº 026304, o valor de R\$ 487,62, quando o ICMS real destacado para creditamento é R\$ 2.487,62 conforme documentação anexa.

Ao final, requer a homologação dos valores pagos das seguintes parcelas que não foram objeto de contestação:

Integralmente – Infrações 04; 05; 10; 12; 13; 14; e 15.

Parcialmente – Infração 07: R\$ 6.533,50; Infração 09: R\$ 303,97.

Solicita diligência por fiscal estranho ao feito para constatar o desacerto de diversas infrações, bem como requer seja acolhida a nulidade da infração 18 e a improcedência das parcelas impugnadas.

A autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 9.017 a 9.032, apresentou os seguintes argumentos para contraditar a defesa formulada pelo autuado:

Item 01 - Inicialmente afirma que todas as operações constantes deste item estão sob o CFOP 511/5401 – vendas estaduais da produção do estabelecimento. Em relação às construtoras, diz que todas as que compõem a relação de clientes, neste item, estão inscritas no cadastro estadual na condição de “ESPECIAL”, portanto, não contribuintes do ICMS, entendimento este expresso através dos art. 54, I, juntamente com o art. 543, I e II, art. 546, IV, art. 2º, IX e 142, I do RICMS/BA.

Informa que elaborou uma relação contendo as NF anexadas por ordem alfabética de clientes, acompanhada da mesma relação por ordem numérica das inscrições estaduais destes clientes, seguidas das respectivas fichas cadastrais de cada empresa pesquisada, para que não restem dúvidas sobre a situação, no cadastro estadual, destas empresas.

Item 02 – Esclarece que o próprio autuado confessa na defesa o descontrolo do procedimento, sendo que, o RICMS/BA não oferece aos contribuintes tal opção, conforme arts. 652, 652 e 368. Dessa forma mantêm todos os termos e valores.

Item 06 – Ressalta que na folha 175 deste processo, consta intimação com prazo até 27/03/2006 para que o contribuinte retifique seus arquivos magnéticos, o que ocorreu no prazo concedido, inobstante os documentos estarem fisicamente em poder da fiscalização. Isso ocorreu porque as informações corretas constam do Banco de Dados da empresa, sendo necessários apenas comandos para sua captação e apresentação.

Entende que na realidade os arquivos magnéticos amparados pelas notas fiscais emitidas apresentam valores divergentes dos lançados no livro registro de saídas, conforme resumos constantes das folhas 266, 267 e 268 deste processo, resultando num ICMS a recolher maior que o efetivamente recolhido.

Item 07 – Esclarece que com relação ao valor de R\$ 415,65 de julho de 2004, a NF avulsa, anexada na folha 8.792 deste processo, está lançada no livro Registro de Saídas, conforme folhas 8387 e 8391 e sua soma computa no livro Registro de Apuração, conforme folhas 8635 e 8391. Diz que o contribuinte foi intimado a apresentar todos os DAEs que possuísse, porém, o DAE constante da folha 8795 não foi apresentado. Inobstante tê-lo juntado na defesa, assim como a NF avulsa 489295-4, constata-se que a autuada não pode creditar-se do valor recolhido por AI lavrado no estado de Sergipe e respectivo DAE, pois, a importância não foi recolhida em favor da BAHIA.

Sobre o valor de R\$ 6.533,50, referente a abril de 2004, salienta que embora o contribuinte afirme que foi objeto de Auto de Infração anterior, deixou de informar o número do auto e inclusive tal valor não consta do demonstrativo dos itens parcelados oferecidos pela empresa a esta fiscalização.

Item 08 – Esclarece que após verificação das notas fiscais de devolução, acata parcialmente o argumento defensivo da seguinte forma:

- Ocorrências datadas de 31/12/02; 31/03/03; 31/05/03; 30/06/03 e 30/09/03 deixam de existir saldo de ICMS a recolher.
- Ocorrência datada de 31/01/04 – O ICMS devido fica reduzido para R\$ 5.923,31.
- Ocorrência datada de 31/03/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 16.764,00.
- Ocorrência datada de 31/05/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 5.187,12.
- Ocorrência datada de 31/06/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 10.335,73.
- Ocorrência datada de 31/07/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 8.444,78.
- Ocorrência datada de 31/08/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 13.448,47.
- Ocorrência datada de 31/09/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 12.231,01.
- Ocorrência datada de 31/12/04 – Reduzido o valor do ICMS devido para R\$ 34.725,82.

O débito total de ICMS remanescente desta infração fica no valor de R\$ 166.454,11, conforme demonstrativo anexo.

Item 09. Acata o valor contestado pelo contribuinte de R\$ 60,00, correspondente a ocorrência de 28/02/03 que deixa de existir.

Item 16. Diz que o levantamento fiscal que embasou a autuação foi elaborado conforme lançamentos efetuados pelo contribuinte em seu arquivo magnético e o Auditor Fiscal não é responsável pelos erros de digitação do autuado.

Acata parcialmente a defesa da seguinte forma:

Quanto aos meses de 07/2003; 09/2003; 10/2004 e 12/2004 a multa deixa de existir por estes fatos geradores.

Mês 04/2002 – permanece o débito de R\$ 55,04 pela não escrituração da NF nº 4209.

Mês 05/2002 – permanece o débito de R\$ 60,82 pela não escrituração da NF nº 282.

Mês 06/2002 – permanece o débito de R\$ 4.773,60 pela não escrituração da NF nº 102332.

Mês 11/2004 – permanece o débito de R\$ 60,00 pela não escrituração da NF nº 1261.

O débito total de ICMS remanescente desta infração fica no valor de R\$ 4.949,46, conforme demonstrativo anexo.

Item 17. Acata o argumento defensivo, deixando de existir multa para a infração.

Item 18. Assevera que o contribuinte foi intimado, vide fl. 388, a comprovar a origem do adiantamento por conta de aumento de capital social registrados no seu livro Diário (fl. 398) e Razão (fls. 400 a 407), entretanto, tal suprimento não foi comprovado nem naquele momento e nem na defesa.

Item 19. Ressalta que na folha 175 deste processo, consta intimação com prazo até 27/03/2006 para que o contribuinte retifique seus arquivos magnéticos, o que ocorreu no prazo concedido, inobstante os documentos estarem fisicamente em poder da fiscalização. Isso ocorreu porque as informações corretas constam do Banco de Dados da empresa, sendo necessários apenas comandos para sua captação e apresentação.

Explica que o autuado, entre 03/2001 e 04/2002 remeteu para depósito fechado, em mercadorias, o valor de R\$ 5.587.712,75, registrando apenas um retorno de R\$ 5.205.387,03, restando uma diferença de R\$ 382.325,72 que nem se encontram armazenadas e nem retornaram à origem.

Item 20. Do exame da NF nº 26304, fl. 9.006 e do Livro de Entradas, fl. 15, acata o argumento defensivo do contribuinte.

Finaliza solicitando o julgamento parcialmente procedente do Auto de Infração.

Em nova manifestação, pgs. 9.340 a 9.355, o impugnante apresenta novos argumentos para as seguintes infrações:

Infração 07 – Diz que o valor de R\$ 415,65 foi pago através de DAE quando da entrada da mercadoria no Estado de Sergipe e ao se cobrar a substituição tributária trata-se de operação que será praticada pelo contribuinte destinatário que, neste caso, encontra-se em Sergipe. Entende que cobrar o ICMS referente a substituição tributária cujo fato gerador ocorrerá em estado diverso é tentar dotar a Lei baiana de extraterritorialidade.

Quanto ao valor de R\$ 6.533,50, com data de ocorrência de 30/04/2004, informa que foi objeto de pagamento do presente auto e não de outra ação fiscal como entendeu a autuante.

Infração 08. Reconhece que desconsiderou algumas notas de devolução, mas, diz que outras foram consideradas, entretanto, os prepostos da autuada não encontraram tais notas indicadas no levantamento.

Infração 16. Argumenta que a autuante reconheceu o registro de diversos documentos fiscais, no entanto, não citou as notas fiscais nº 1222 e 1223 que estão registradas na pg. 06 do livro Registro de Entradas nº 7.

Quanto à nota fiscal nº 102332, emitida pela BASF/SA, reitera os argumentos apresentados na defesa e afirma que a diligência poderá constatar o registro da documentação fiscal na contabilidade da BASF/SA.

Reitera os pedidos de diligência, nulidade da infração 18 e improcedência das infrações contestadas.

Em nova informação fiscal, folhas 9.358 a 9.360, a autuante reitera a informação anterior, com especial atenção ao novo demonstrativo de débitos, fls. 9.044 a 9.047 deste PAF.

VOTO

Inicialmente, nego o pedido de diligência suscitado pela defesa, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento de julgador, ao teor do disposto no art. 147, I “a”, II, “b” do RPAF/99.

Em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Ressalto que o autuado reconheceu as infrações: 04, 05, 10, 12, 13, 14 e 15, portanto, não existe lide em relação às mesmas, razão pela qual devem ser mantidas na autuação.

No tocante às infrações 03 e 11, observei que o autuado em sua defesa não opôs qualquer objeção quanto à exigência fiscal. Considero o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito da infração, devendo, por isso mesmo, serem mantidas no Auto de Infração.

Quanto à preliminar de nulidade argüida pela defesa, na infração 18, constatei que, na infração, estão determinados o autuado, o montante do débito tributário, a natureza da infração apurada e não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal. Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto.

O impugnante argumenta que as construtoras, empresas de engenharia e incorporadoras exercem atividade industrial de transformação e por isso não podem ser consideradas como consumidores finais dos seus produtos fabricados. Assim, o produto se destina a industrialização e a operação configura fato gerador dos dois impostos (IPI e ICMS).

Entendo que a interpretação do autuado é equivocada, tendo em vista que apesar de estarem inscrita no Cadastro Estadual do ICMS, na condição de “ESPECIAL” as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS no estado da Bahia, ou seja, não desenvolve com habitualidade operações sujeitas ao imposto. Dessa forma, não haverá outra etapa de tributação para os produtos vendidos pela autuada, sendo devida a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS referente a vendas para não contribuintes deste imposto, conforme determina o art. 54, I, “c” do RICMS/BA. Infração mantida.

Infração 2 – Reclama a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

O contribuinte alega que houve a emissão da nota fiscal com a incidência do ICMS, entretanto, houve a devolução de várias mercadorias e como não foi possível localizar a nota fiscal correspondente, manteve a tributação originária e optou-se por enviar a mercadoria trocada através de nota fiscal sem o destaque do ICMS.

Apesar de justificar que o procedimento adotado em nada gerou de prejuízo aos cofres públicos, não houve comprovação nos autos que os produtos constantes das notas fiscais emitidas para troca já tinham sido tributados e o ICMS devidamente recolhido. Ademais, no caso de devolução e troca de mercadorias sujeitas à substituição tributária o procedimento correto a ser adotado está previsto no art. 368 do RICMS/BA. Dessa forma, entendo que a infração está caracterizada.

Infração 07 – Refere-se ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

O impugnante informa que o valor referente à ocorrência de 31/07/2004, no valor de R\$ 415,65 foi pago através de DAE anexo e o valor de R\$ 6.533,50, com data de ocorrência em 30/04/2004 foi objeto de pagamento do Auto de Infração.

Na defesa e em sua manifestação, pg. 9.347, o autuado reconhece a infração de 30/04/2004 e afirma que já foi objeto de pagamento. Quanto à ocorrência de 31/07/2004, considero devida a glosa do crédito feito pelo autuante. Como pode ser observado à folha nº 270 do PAF, o contribuinte deduziu indevidamente da tabela de amortização referente ao projeto “Desenvolve” a quantia de R\$ 415,65, conforme DAE anexo à pg. 8.795, entretanto, o referido pagamento é relativo a um Auto de Infração lavrado contra o autuante no estado de Sergipe não sendo permitido neste caso o crédito fiscal do imposto. Infração subsistente.

Infração 08 – Esta infração reclama a retenção e recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas.

O contribuinte ressalta que a autuante deixou de considerar diversas notas fiscais de devolução de mercadorias. Por sua vez, a autuante reconhece os equívocos cometidos, efetua as correções e elabora novo demonstrativo de débito para a infração num valor de ICMS reclamado de R\$ 166.454,11, conforme pg. 9.046. Infração parcialmente elidida.

A infração 09 reclama a falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno.

O autuado, em sua defesa, explica que a autuante não considerou a nf. Nº 0312 referente a devolução da “ENVASE”. Quanto as demais notas fiscais notas fiscais informa que já efetuou o pagamento.

A autuante acata o argumento defensivo na informação fiscal. Assim, após análise das provas apresentadas, entendendo que restou um débito parcial para a infração de R\$303,97.

Infração 16 – Nesta infração exige-se o ICMS em função de entrada de mercadorias no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal.

O contribuinte explica que ficaram constatados erros de digitação dos números das notas fiscais, além de se ter encontrado diversos documentos devidamente registrados. A autuante acata o argumento defensivo e elabora novo demonstrativo de débito, com valor de ICMS a recolher de R\$4.949,46, entretanto, ao observar os documentos acostados na peça defensiva (fls. 8.995 a 8.999), entendendo que o argumento do autuado deve ser acolhido, uma vez que ficou comprovado que as mercadorias constantes da nota fiscal nº 102332, emitida pela BASF/SA, não ingressou no seu estabelecimento. Assim, o valor devido da multa para a infração é de R\$ 175,86.

Infração 17 – Esta infração trata da cobrança de multa em razão da entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro fiscal.

A autuante acata a defesa, ao verificar que as notas fiscais encontravam-se devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas do contribuinte. Infração elidida.

Infração 18 – Refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimimento de caixa de origem não comprovada.

O impugnante argumenta que a autuante não realizou uma auditoria da conta caixa para verificar se, excluídos os valores lançados no livro Diário a título de adiantamento, restaria saldo credor.

Ao verificar os documentos referentes à infração e acostados aos autos, observei que consta no livro Diário (fl. 398) e Razão (fls. 400 a 407) adiantamento por conta de aumento de capital social da empresa. O contribuinte foi intimado a comprovar a origem deste recurso, entretanto, silenciou-se quanto a este lançamento contábil.

De acordo com o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de

obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Dessa forma, entendo que a falta de comprovação do suprimento de caixa é suficiente para autorizar a presunção, não sendo necessária a auditoria de caixa. Infração caracterizada.

Infrações 06 e 19 – Em sua defesa, o impugnante alega que não teve condições de efetivar um levantamento para rebater as acusações referentes a estas infrações, tendo em vista que sofreu um incêndio em 2004, provocando perda de documentos e o prazo de 30 dias foi inviável para localização destes documentos.

Na infração 06, exige-se ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. O imposto foi apurado através do somatório dos lançamentos de saídas constante do arquivo magnético em confronto com o imposto apurado nos livros de Saídas e Apuração, conforme documentos anexos.

A infração 19 é referente à saída de mercadoria de depósito fechado para estabelecimento diverso daquele que a tiver remetido. De acordo com o autuante o contribuinte manteve um depósito fechado e nesse período remeteu o valor de R\$ 5.587.712,75 em mercadorias, retornando apenas R\$ 5.205.387,03, restando uma diferença no valor de R\$ 382.325,72.

Nas duas infrações o autuado argumenta que devido a um incêndio no seu estabelecimento e o prazo curto de 30 dias não foi possível localizar os documentos, entretanto, entre o prazo de intimação para apresentação de documentos e arquivos magnéticos (16/01/2006) e o prazo de apresentação da 2ª manifestação do contribuinte (21/06/2006) já foram decorridos mais de 05 meses sem que tenha sido apresentado qualquer documento que pudesse elidir as acusações.

De acordo com o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Dessa forma as infrações 06 e 19 ficam mantidas na autuação.

Infração 20 – Na informação fiscal, a autuante explica que após o exame da NF 26304, apresentada na defesa, pg. 9006 e do livro Registro de Entradas, fl. 15, verifica que assiste razão ao autuado, deixando de existir a infração.

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

INFRAÇÃO	VALOR DO ICMS (R\$)
1	103.597,04
2	2.549,34
3	1.187,34
4	134,83
5	2.489,28
6	936,43
7	6.949,15
8	166.454,11
9	303,97
10	162,82
11	812,00
12	7,58
13	44,92
14	293,45

15	473,89
16	175,86
17	0
18	8.329,89
19	64.995,37
20	0
TOTAL	359.897,27

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 **207090.0001/06-4**, lavrado contra **WORK INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 359.721,41**, acrescido das multas de 60% sobre R\$286.396,15 e 70% sobre R\$73.325,26, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “e”, “f”, VII, ‘a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 175,86**, prevista no inciso IX, do artigo e lei citados, e dos acréscimos moratórios, estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

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, 24 de agosto de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR