

**A. I. N°** - 206969.0002/06-6  
**AUTUADO** - MARLIN INDUSTRIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - IRLENE ERCI LINO  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉS  
**INTERNET** - 18. 12 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0375-04/06

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE BENEFICIADA COM NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. Infração reconhecida. **c)** MERCADORIA BENEFICIADA COM NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. Infração reconhecida. **d)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS DESTINADA A LOCAÇÃO. Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. Foram refeitos os cálculos, para correção dos equívocos da autuação. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. A omissão de saídas por si só configura a ocorrência do fato gerador, pois a saída constitui o elemento temporal da norma jurídica que define o fato tributável. Por outro lado, a falta de contabilização de entradas de mercadorias, conforme presunção autorizada por lei, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriores também não contabilizadas. Refeitos os cálculos com redução do valor inicialmente apurado. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração reconhecida. 4. LIVROS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO. LIVRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. MULTA. Infração reconhecida. **b)** EXTRAVIO. LIVROS DE REGISTROS DE ENTRADAS, REGISTROS DE SAÍDAS E REGISTROS DE APURAÇÃO DO RICMS. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. 6. BASE DE CÁLCULO. ERRO DA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS.

Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2004, para constituir o crédito tributário, no valor de R\$ 62.166,29, em decorrência:

- 1- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 767,48, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.
- 2- Deixou de recolher ICMS, no valor R\$ 5.918,21, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequente beneficiada com não incidência do imposto.
- 3- Deixou de recolher ICMS, no valor R\$ 3.099,96, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto.
- 4- Deixou de recolher ICMS, no valor R\$ 110,25, decorrente da falta do estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias destinadas a locação.
- 5- Deixou de recolher ICMS, no valor R\$ 1.877,68, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização 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 (2001), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas.
- 6- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$46.048,61, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2002 e 2003).
- 7- Multa no valor de R\$ R\$ 140,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômicos-fiscais apresentados através da DMA- Declaração e Apuração Mensal do ICMS, não informando os valores dos estoques iniciais e finais dos exercícios de 2002 e 2003.
- 8- Multa no valor de R\$ R\$ 460,00, por deixar de escriturar livros fiscais, o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, impedindo a realização de alguns roteiros.
- 9- Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$579,79, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.
- 10- Multa no valor de R\$ R\$ 2.760,00, por extraviado de livros fiscais.
- 11- Multa de 1%, no valor de R\$ R\$ 404,31, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado apresentou defesa, fls. 487 a 504, inicialmente, informando que reconhece a procedência das infrações 03, 07, 08 e 11, impugnando as demais infrações.

Em relação a infração 01, aduz que as Notas Fiscais nº 119 e 245968 foram disponibilizadas durante a ação fiscal, ressaltando que o número da nota fiscal constante do Auto de Infração como sendo 245961, na verdade é 245968, não existindo nenhuma irregularidade da utilização do crédito fiscal.

No tocante a infração 02, aduz que os créditos utilizados foram devidos, tendo em vista que se tratam de produtos adquiridos para comercialização, creditado na entrada e debitado na saída. Observe que as Notas Fiscais de nº 324034, 022323, 450054 e 450058, são equipamento do tipo monitor, que não é industrializado pelo autuado. Frisa que não existe a Nota Fiscal nº 004282, sendo indevido o lançamento na planilha de utilização de crédito de ICMS, sendo improcedente a infração.

Relativamente a infração 04, sustenta que foi devida a utilização do crédito, pois o produto adquirido mediante Nota Fiscal nº 94765, foi para o imobilizado, conforme Nota Fiscal nº 86. Argumenta que a autuação encontra-se embasada no art. 100, do RICMS/97, o qual, em seu entendimento é inconstitucional.

Quanto as infrações 05 e 06, inicialmente esclareceu que, atendendo intimação da autuante, encaminhou informações sobre o processo produtivo, informando que não havia uma “linha mestra” para a montagem dos equipamentos. Citou os componentes utilizados na montagem e como poderiam estar dispostos nos equipamentos, afirmando inclusive que não fabrica produtos em série, pois atende a encomendas de licitações de órgãos público, tendo uma infinidade de configurações. Assim, um equipamento UPD (computador) pode conter 1, 2 ou 4 processadores, quantidade de disco Rígido (HD) também imprevisível ou até mesmo equipamento sem nenhum HD, máquinas acompanhadas de até dois monitores etc.

Salienta que, apesar de toda a cautela e atenção do autuado, a autuante confundiu o processo produtivo da empresa, deixando de contabilizar notas fiscais, enfim o Auto de Infração merece uma revisão por auditor estranho ao feito, com o acompanhamento do autuado.

Especificamente em relação a infração 05, argumentou que o fisco entendeu que havia suposta diferença no quantitativo de estoque de várias peças como Disco Rígido, Gabinete, Placa Mãe, processador e Teclado. Ora gerando omissão de entrada, ora omissão de saída.

Ressalta que a autuante deixou de considerar a saída de 04 unidades de servidor constante da Nota Fiscal nº 32, cujo equipamento vem acompanhado de gabinete especial. Em relação a Nota Fiscal nº 25, considerou a saída de 25 unidades, quando em verdade são 100 unidades. Aliás, estas incorreções geram erros nos quantitativos de todos os componentes referenciados na planilha da autuante, como Disco rígido, Gabinete, Placa Mãe, Processador e Teclado, já que a autuante considerou os referidos componentes como integrantes do UPD (computador) e em uma unidade cada. Acrescenta que, de fato no UPD pode conter 1, 2 ou 4 processadores, a depender da especificação do pedido das licitações, portanto, não poderia a autuante considerar que cada computador contivesse um processador. Assim, a infração em tela deve ser julgada improcedente, por não corresponder ao processo produtivo da autuada.

No que tange a infração 06, aduz que o estoque final de Placa Mãe é 17 unidades, porém a autuante considerou 18 unidades. Não foram incluídas nas saídas a quantidade de servidores e Notebooks, inclusive a Nota Fiscal nº 183, que também contém placa mãe. Não foi considerada a Nota Fiscal nº 182, com 40 unidades de Microcomputadores. Diz que o erro gritante da autuante foi quando contabilizou as placas mães utilizando o seu termo *stricto sensu*, ou seja, desconsiderou as placas de circuito integrado EFX – que são placas mães – no seu quantitativo de estoque, gerando uma omissão de entrada irreal de 1085 unidades deste componente, deixando de considerar as Notas Fiscais nºs 32363, 297, 32469, 32535, 31912, 30890, 23363, 30827, 31583, 24398, 31472, 31501, 127, 29886, 31965, 21884, 21895, 68, 10, 30265, 22072, 31757, 31749, 54, 32158, 142 e 32673.

No equipamento denominado servidor demonstra-se da mesma sorte o equívoco da autuante. Todos servidores, exceto os constantes das Notas Fiscais 171, 95 e 103, foram montados pelo autuado, ou seja, utilizou a mesma de componentes como placas de circuito, HD, processadores, gabinetes e micro componentes, para montagem destes equipamentos. Os servidores constantes

das Notas Fiscais de saída nº 180, 200, 109 e 33, foram resultados de industrialização, conforme lançamentos nos livros de registros de saída anexos. Não observou a autuante que a autuada tem como processo produtivo também a montagem de servidores, cujos componentes são parecidos como os dos UPD's, só que muito mais valiosos. Portanto, quanto aos servidores não há que se falar em diferenças, que somente foram encontradas em decorrência do erro técnico levado a efeito pela autuante.

Quanto aos gabinetes, consta do demonstrativo final a quantidade de 1411 nas saídas, quantidade encontrada porque a autuada somou os produtos com a descrição "computador". Ocorre que os servidores também agregam gabinetes, restando, portando, adição de 44 unidade no referido quantitativo.

No equipamento impressora a autuante deixou de considera a Nota Fiscal de saída nº 123, contendo 75 unidades. Constou erroneamente na referida nota "remessa para aluguel", quando na verdade seria para o imobilizado. Observa que as Notas Fiscal nº 122, que é de entrada, refere-se às mesmas impressoras.

No equipamento Notebook deixou a autuante de inserir no levantamento a Nota Fiscal nº 207, contendo uma unidade.

Quanto aos monitores e teclados foram várias as notas fiscais de saída, citando alguns exemplos.

No que consiste a infração 09, aduz que a autuante não observou que o produto vendido Notebook continha licença de uso, ou seja, o órgão exige que venha consignado um produto somente, na Nota Fiscal há a observação que houve a dedução do valor do software, não havendo nenhuma ilegalidade em tal procedimento, já que o software não é tributado pelo ICMS.

Sobre a infração 10, aduz que não houve nenhum extravio de livros, os mesmo foram disponibilizados para a fiscalização em originais, sendo os mesmo constantes de monitoramentos, fiscalização, termos de intimações. Salienta que os livros fiscais se encontram, anexos ao Auto de Infração, devidamente vistados pela fiscal fazendária.

Destaca que a autuante não demonstrou claramente, através de planilha, como encontrou o preço unitário de cada equipamento. Aduz que é obrigação do fisco mencionar todos os elementos utilizados para se chegar à base de cálculo, sob pena de nulidade, transcrevendo trecho do Acórdão CJF nº 0374/99, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Alega que a multa aplica é confiscatória.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração, por cautela a improcedência, redução da multa para 30%.

Na informação fiscal, fls. 575 a 607, o autuante inicialmente fez um resumo das alegações defensivas. Em seguida ressaltou que o autuado reconheceu e pagou as infrações 03, 07, 08 e 11.

Em relação a infração 01, diz que não corresponde a verdade a alegação da defesa de que dos documentos fiscais estavam disponíveis juntamente com os demais apresentado na ação fiscal, uma vez que o autuado foi intimado, folhas 54/57, para apresentar. Em relação à Nota Fiscal nº 119, a defesa anexou cópia da 3ª via, o que não comprova a entrada regular das mercadorias, pois apenas a 1ª via do documento idôneo dá ao contribuinte o direito ao crédito. Quanto à Nota Fiscal nº 245961, a afirmação da defesa de que o autuante não encontrou as notas fiscais porque não teria tido o cuidado de verificar, é totalmente descabida. Enquanto a alegação dos advogados de que "sequer existe a Nota Fiscal nº 245961", comprova o acerto do autuante. Também não procede a alegação da defesa de que o crédito seria correspondente a Nota Fiscal "245968 e não 24961", o número correto informado pela autuante é 245961 na descrição da infração. O autuado

utilizou o crédito correspondente às duas Notas Fiscais: 245968 e 245961, escrituradas nas folhas 22 e 21 do livro Registro de entradas, respectivamente (fls. 282 e 281 do PAF).

Relativamente a infração 02, salienta que a defesa não se manifestou sobre o crédito indevido relativo às notas fiscais de embalagens ocorridas no exercício de 2001 (NF 3132, 3130, 4070, 5167 e 1222), apenas quanto as notas fiscais nºs 324034, 022323, 450054 e 450058, alegando que os produtos forma adquiridos para comercialização, “creditado na entrada e debitado na saída” e são equipamentos do tipo monitor, “que não é industrializado pela autuada”. Para efeitos fiscais, Monitor é geralmente considerado como produto no comércio de produto de informática, entretanto, de acordo com o Decreto nº 4.316/95, o Monitor poderá ser considerado como insumo, se agregado ao produto do contribuinte, tratamento do pelo autuando no exercício de 2001 e a partir de 2002 o autuado deu outro tratamento de insumo, com utilização do benefício de 100% de estorno de débito de ICMS destacado, ou seja, não houve pagamento do ICMS nas saídas.

Quanto a infração 04, salienta que o argumento de inconstitucionalidade da legislação do ICMS não tem cabimento.

No tocante as infrações 05 e 06, revisou os levantamentos considerando os argumentos defensivos, apresentando novos levantamentos e demonstrativos às folhas 608 a 613, opinando pela elevação da infração 05 para R\$ 3.016,79 e redução da infração 06 para R\$ 28.953,30.

No que se refere a infração 09, ressalta que a venda de computador não se confunde com venda de programa para computar, integrando o preço do computador e sua base de cálculo todos os componentes do computador, inclusive os programas nele instalados, se for o caso.

No que tange a infração 10, assevera que o autuado apresentou os livros Registro de Entradas, Registros de saídas e registro de apuração do ICMS relativos ao exercício de 2002, encadernados juntos, em 18/01/2006 (fl. 483). Entretanto, a autuante observou que o contador havia imprimido encadernado livros novos, pelas características físicas do papel, da encadernação, da ausência de visto fiscal nos livros, além de não estarem no livro RAICMS as folhas correspondente aos meses de fevereiro e março de 2002.

Ao final, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

O autuado recebeu cópia da informação e dos novos demonstrativos, tendo se pronunciado de que não concordava com os novos valores apresentados.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, tendo a ASTEC mantido os valores indicados na informação fiscal.

O autuado foi notificado do resultado da diligência folhas 637 a 639.

Em nova manifestação à folha 641, acostou o DAE de pagamento, informando que resolveu fazer jus aos benefícios da anistia previsto na Lei 10.328/2006 e quitou o restante do auto de Infração, reconhecendo o débito, ressaltando que o fisco acatou alguns pontos da defesa.

## **VOTO**

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constata-se que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 11 (onze) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu inicialmente as infrações 03, 07, 08 e 11, posteriormente, após informação fiscal do autuante que acatou alguns itens da defesa, o autuado resolveu utilizar os benefícios da anistia previsto na Lei 10.328/2006, e quitou integralmente as infrações 01, 02, 04, 05 e 09. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às infrações 06 e 10, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Na infração 06, é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2002 e 2003).

Em sua defesa o autuado apontou diversos equívocos no autuante. Na informação fiscal, o autuante acatou diversas alegações do autuante reduzindo o débito total da infração de R\$46.048,61, para R\$ 28.953,30, mantendo integralmente o valor relativo ao exercício de 2002 (R\$8.582,71) e reduzindo o valor referente ao exercício 2003 para R\$ 20.370,59, valores que foram confirmados pela diligência da ASTEC, com os quais concordo. Assim, a infração 06 restou parcialmente caracterizada no valor de:

| DATA OCORRÊNCIA | ICMS DEVIDO |
|-----------------|-------------|
| 31/12/2002      | 8.582,71    |
| 31/12/2003      | 20.370,59   |
| TOTAL           | 28.953,30   |

Na infração 10, extraviado de livros fiscais sendo aplica a multa respectiva. O autuado nega o extravio de livros, informando que os mesmo foram disponibilizados para a fiscalização em originais, sendo os mesmo constantes de monitoramentos, fiscalização, termos de intimações. Salienta que os livros fiscais se encontram, anexos ao Auto de Infração, devidamente vistos pela fiscal fazendária. O autuante ressaltou que os livros emitidos por processamento eletrônico de dados, o contribuinte tem o prazo de 60 dias após encerrado o exercício pára imprimir e encadernar os livros, ou seja, em março de 2003 os livros fiscais relativos a 2002 já deveriam esta impressos e encadernados.

Conforme constato dos autos a ação fiscal em lide se iniciou em 06/01/2006, ou seja, quase 03 (três) anos após o prazo que o autuado teria para encadernar os livros, entretanto, foi necessário que o autuante realizasse diversas intimações e pedidos de esclarecimento, até finalmente receber os livros, os demonstram sinais que foram emitidos recentemente, não constando os vistos de operações anteriores realizadas mediante roteiro de Monitoramento por outro auditor, falta de folhas referente a alguns meses, fato que demonstram que os livros originais foram extraviados e após ser intimado, o autuado emitiu novos livros. Assim, entendo que a infração em lide restou caracterizada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido:

| INFRAÇÕES | ICMS DEVIDO | CONCLUSÃO           |
|-----------|-------------|---------------------|
| 1         | 767,48      | PROCEDENTE          |
| 2         | 5.918,21    | PROCEDENTE          |
| 3         | 3.099,96    | PROCEDENTE          |
| 4         | 110,25      | PROCEDENTE          |
| 5         | 1.877,68    | PROCEDENTE          |
| 6         | 28.953,30   | PROCEDENTE EM PARTE |
| 7         | 140,00      | PROCEDENTE          |
| 8         | 460,00      | PROCEDENTE          |
| 9         | 579,79      | PROCEDENTE          |
| 10        | 2.760,00    | PROCEDENTE          |
| 11        | 404,31      | PROCEDENTE          |
| TOTAL     | 45.070,98   |                     |

## 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 **206969.0002/06-6**, lavrado contra **MARLIN INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.306,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.475,69 e 70% sobre R\$30.830,98, previstas no art. 42, II, “a”, VII “a “b”, “f” e III, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$3.764,31**, previstas nos incisos XI, XIV XV, “d”, XVIII, “c”, do artigo e lei citado, e dos acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR