

A. I. N.^º - 269141.0003/06-1
AUTUADO - NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 27/03/07

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0081-03/07

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infração comprovada. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado reconheceu procedência da infração. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) BENS DE CONSUMO. b) BENS DO ATIVO. Infrações

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

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2006, reclama ICMS no valor de R\$423.430,45, com aplicação das multas de 60% e 70%, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01- Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte manteve nestas condições obrigações referentes a negócios realizados junto aos fornecedores Cia de Cimentos do Brasil e Cia de Cimentos Atol. (Exercícios de 2002, 2003 e 2004). Total do débito: R\$250.533,29, com aplicação da multa de 70%.

Infração 02- Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- o 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 (Exercício de 2005). Total do débito: R\$50.402,88, com aplicação da multa de 70%.

Infração 03- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado. Total do débito: R\$20.404,79, com aplicação da multa de 70%.

Infração 04- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Total do débito: R\$4.080,98, com aplicação da multa de 60%.

Infração 05- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Total do débito: R\$24.142,94, com aplicação da multa de 60%.

Infração 06- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Total do débito: R\$1.495,82, com aplicação da multa de 60%.

Infração 07- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Total do débito: R\$72.369,77, com aplicação da multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 290/364, através de advogado legalmente constituído, conforme procuração à folha 372. Argüi que o autuado desenvolve suas atividades comerciais de compra e venda de materiais de construção desde 1990, e que sempre cumpriu suas obrigações fiscais. Salienta que o cimento é a sua principal mercadoria, e que por sua alta rotatividade de estoque a margem de lucro é bastante reduzida, que se trata de mercadoria incluída no regime da substituição tributária e qualquer autuação sobre terceiros relativamente a saída desta mercadoria irá caracterizar bitributação. Sustenta que a fábrica de cimento ao efetuar suas vendas, retém

obrigatoriamente o valor do ICMS incidente nas operações subsequentes. Discorre sobre o referido instituto, afirmando que o cimento está incluído na substituição tributária objetiva. Diz que houve o aumento da concorrência na comercialização de cimento e que o preço do aludido produto caiu consideravelmente, e que para aproveitar esta conjuntura econômica algumas construtoras adquiriram em 2002 e 2003, quantidades expressivas de cimento junto ao autuado, todavia, não fariam uso do produto de imediato, por isso, efetuaram compras para entrega futura, sendo a entrega feita de acordo com a conveniência das referidas empresas, circunstância em que foram emitidas notas de venda para entrega futura (simples remessa). Diz que reconhece as infrações 05, 06 e 07 e solicitou compensação destes itens junto à SEFAZ, através do processo administrativo de nº 106368/2006-2 (fl. 380). Quanto às infrações 01 a 04, entende equivocadas, salientando quanto à infração 01, que a sua redação é bastante contraditória dificultando a defesa, pois o autuante faz referência às saídas de mercadorias tributáveis, e em seguida, menciona Cia de Cimentos do Brasil e Cia de Cimento Atol que são fornecedores de cimento do autuado, cujo ICMS originário das transações é retido na fonte, na aquisição. Argüi que inexiste razão lógica que justifique a suposta prática desta infração, uma vez que o ICMS já havia sido recolhido na fonte. Alega que para aproveitar o baixo preço do cimento, a ENSA ENGENHARIA E SANEAMENTO LTDA, comprou em 27/06/2002, 44.000 sacos de cimento para serem entregues em 48 meses, oportunidade em que pagou à vista a quantia de R\$484.000,00, conforme atesta o pedido acostado ao processo à folha 388, e nota fiscal para entrega futura de nº 21.328 (fl. 390). Diz que parte das compras foi entregue conforme atestam as notas fiscais de simples remessa de nºs 025.627 e 025.629 (fls. 392 e 393). Declara que da mesma forma, ocorreu com a JERA CONSTRUÇÕES LTDA, que comprou em 05/03/2003, 47.900 sacos de cimento para serem entregues em 44 meses, oportunidade em que pagou à vista R\$651.440,00, conforme pedido de nº 002326, e nota fiscal de venda para entrega futura de nº 026620, e que destas compras foi entregue parte das mercadorias, conforme notas fiscais de simples remessa de nº 004446 e 004451, emitidas em 01/03/2005 (fls. 395, 397, 399 e 400). Ressalta que em razão dos documentos fiscais retromencionados de nºs 21.328 e 26.620, terem sido emitidos como vendas para entrega futura, e consequentemente, não possuíam implicações tributárias em termos de recolhimento de tributo, a sua contabilidade, por erro de interpretação, acabou por não efetuar os registros contábeis relativos aos citados documentos. Entende que tal fato não gera nenhuma obrigação tributária principal, tendo em vista, em primeiro plano, se tratarem de mercadorias com imposto pago por substituição, como também se referirem a vendas para entrega futura, cuja tributação se dá em momento posterior. Reconhece que o erro na escrituração traz consequências para o saldo de caixa dos exercícios de 2002, 2003 e 2004, entretanto não pode ser entendido como omissão de saída, e nem pode ser imputada presunção de passivo fictício, já que a operação futura existiu, está documentada e não foi considerada pelo autuante. Complementa, dizendo que por mais um equívoco, a contabilidade esqueceu de incluir no saldo de caixa os valores correspondentes a vendas de veículos ocorridas no decorrer do exercício de 2002, conforme atestam Documentos Únicos de Transferência (fls. 402/412). Acosta ao processo planilhas às folhas 299 e 300, refazendo o demonstrativo de caixa dos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Salienta que as duplicatas consideradas pelo fisco para aplicação da exigência fiscal foram devidamente quitadas nos respectivos vencimentos, conforme documentos acostados ao processo às folhas 414/484. Aduz que cotejando as planilhas de conciliação de fornecedor correspondentes as períodos de 2002, 2003, 2004, (fls. 301/346), com as planilhas elaboradas pelo autuante (fls. 17/49), constata que ambas levantam o mesmo passivo, ou seja, em 2002 o montante de R\$274.463,53 em 2002, R\$76.717,56 em 2003 e R\$80.286,35 em 2004, valores que foram pagos nas suas respectivas datas e reconhecidas pelo autuante conforme demonstrativo à folha 16, inexistindo, portanto, controvérsias. Salienta que os recursos utilizados para o pagamento das citadas duplicatas foram provenientes das vendas de veículos que totalizou o montante de R\$531.000,00, e das vendas para entrega futura no valor de R\$1.135.440,00. Diz que parte do suposto passivo fictício foram valores transferidos do ano de 2001, equivalente a R\$474.673,49, conforme atesta a cópia do Balanço

Patrimonial do exercício de 2001 (fl. 486), do qual foi pago em janeiro de 2002, o valor de R\$86.979,03, e os demais valores foram pagos dentro do próprio exercício de 2001. Declara que de fato ocorreram erros na escrituração do autuado, circunstância em que as duplicatas existentes na planilha não foram registradas como quitadas, entretanto, diz que se tratou de um mero lapso contábil, pois no caixa do autuado existia saldo suficiente para o pagamento das referidas duplicatas, e elabora demonstrativo às folhas 340/346, para fortalecer suas alegações. Entende que caso seja imputada alguma penalidade deve ser de caráter acessório e requer a dispensa por equidade da multa por infração da obrigação principal na forma prevista no artigo 59 do RPAF. Com relação à infração 02, diz que o autuante utilizou arquivo magnético do SINTEGRA para fazer levantamento quantitativo do estoque de telha constante das folhas 172/789, porém, como a empresa tem rigoroso controle de estoque, seria muito difícil a diferença imputada. Salienta que as cópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 488/587), foram escrituradas de forma incorreta , tendo em vista que as referidas notas se referiam a Vendas Para Entrega Futura, situação em que as mercadorias não saem do estoque da empresa, entretanto foram lançadas como vendas normais, e que este fato fez gerar a falsa impressão de saída do estoque da empresa de 30.680 telhas, quando na verdade, inexistiu a saída física dos produtos (fls. 349/350). Aduz que o autuante não levou em consideração as retificações realizadas pelo autuado através de cartas de correção, o que fez gerar cobrança indevida, e informa que está acostando ao processo provas da inexistência da infração (fls. 488/587). Diz que, também por equívoco, as notas fiscais especificadas na planilha juntadas aos autos às folhas 351/352, foram escrituradas de forma incorreta, uma vez que foram canceladas, e foram lançadas como vendas normais, consequentemente fez gerar a falsa impressão de saída do estoque da empresa de 42.708 telhas (fls. 591/714). Elabora demonstrativo do estoque de telha relativo ao exercício de 2005 (fls. 352/353), informando que as mercadorias não saíram do estoque físico do defensor. Entende que caso seja imputada alguma penalidade deve ser de caráter acessório e requer a dispensa por equidade da multa por infração da obrigação principal na forma prevista no artigo 59 do RPAF. Aduz que é preciso analisar a repercussão da omissão do registro de entrada à luz da legislação para poder argüir omissão de entrada, tendo em vista que a Portaria 445/98, chama a atenção para o cuidado na prova da presunção de entrada prevista no § 4º, da Lei 7.014/96, pois se trata de presunção que admite prova em contrário, transcrevendo o artigo 7º do referido diploma legal. Com relação à infração 03, diz que as notas fiscais 2635/2742/2749/2772/4448/4785 (fls. 716/727), especificadas na planilha juntada aos autos à folha 357, foram escrituradas de forma incorreta, uma vez que se tratavam de vendas para entrega futura, situação em que as mercadorias não saem do estoque da empresa, e foram lançadas como vendas normais, e por isso, não houve a saída de 3.330 sacos de cimento. Salienta que a empresa expediu cartas de correção e não foram consideradas pelo autuante. Diz que, também, por equívoco, as notas fiscais de nºs 4152/4505/14473/14655/14656/14672/14711/14715/14718/14719/14731/14737/14746/14748 (fls. 729/784), foram escrituradas de forma incorreta, pois foram canceladas, entretanto quando da escrituração não se atentou para o fato, e que foram lançadas como vendas normais, inexistentindo saída do estoque do autuado de 6.020 sacos de cimento. Elabora planilha com relação de notas fiscais de venda de cimento canceladas à folha 358 e demonstrativo de estoque de cimento relativo ao ano de 2005 à folha 359, para robustecer suas alegações. Diz que em decorrência de todo o exposto, conclui que o autuante ao analisar a escrituração obteve a falsa impressão de que existia irregularidade no estoque de cimento correspondente a 9.887 sacos, e que a fiscalização se limitou a utilizar os informes do SINTEGRA, desconsiderando os documentos originais que lhes foram apresentados e que se encontram nos autos. Entende que caso seja imputada alguma penalidade deve ser de caráter acessório e requer a dispensa por equidade da multa por infração da obrigação principal na forma prevista no artigo 59 do RPAF. Aduz que é preciso analisar a repercussão da omissão do registro de entrada à luz da legislação para poder argüir omissão de entrada, tendo em vista que a Portaria 445/98, chama a atenção para o cuidado na prova da presunção de entrada prevista no § 4º, da Lei 7.014/96, pois se trata de presunção que admite prova em contrário,

transcrevendo o artigo 7º do referido diploma legal. No que concerne à infração 04, aduz que é consequência lógica da infração 03, e, portanto, inexistente. Conclui, requerendo a improcedência das infrações 01 a 04, reconhecendo as infrações 05 a 07 do Auto de Infração, ora combatido. O deficiente requereu junto à SAT, a compensação dos débitos das aludidas infrações através de precatórios (fls. 379/386).

O autuante produz informação fiscal (fls. 849/851), dizendo que, quanto à infração 01, o autuado manteve no passivo obrigações já pagas ou inexistentes e presumivelmente ocorreram operações tributárias sem o pagamento do imposto. Entende que no passivo circulante só devem ser escrituradas obrigações que vencerão nos 12 meses seguintes ao fechamento do balanço. Salienta que entre às folhas 17 e 50, encontra-se o histórico de compras a prazo feitas pelo autuado, junto aos fornecedores Cia de Cimentos do Brasil e Cia de Cimento Atol nos exercícios de 2002 a 2004. Informa que na coluna “pendentes”, constam as duplicatas que não foram quitadas nos respectivos exercícios e que deveriam integrar o passivo circulante do balanço patrimonial de cada exercício. Declara que nas folhas 51 a 66 encontram-se cópias dos balanços patrimoniais de 31/12/2002, 31/12/2003 e 31/12/2004, e na folha 16 estão resumidos todos os valores envolvidos com o devido cálculo do passivo fictício de cada exercício. Alega que o próprio contribuinte reconheceu os equívocos da sua escrituração contábil, reproduzindo os trechos das folhas 298 e 347, e por isso, entende que qualquer escrituração contábil equivocada seguramente contribui para qualquer contribuinte incorrer em infrações tributárias. Aduz que o deficiente, acostou aos autos cópias de duplicatas devidamente quitadas, que o fisco utilizou para aplicação da penalidade (fls. 414 a 484), contudo, as referidas duplicatas estão incluídas no levantamento elaborado e consideradas como quitadas (fls. 17 a 50). Diz que a argüição do autuado com relação às mercadorias enquadradas na substituição tributária não esquia o contribuinte da presunção legal prevista no artigo 2º, § 3º do RICMS-BA, a menos que o impugnante provasse a existência de obrigações de quitação, no montante registrado no passivo circulante de cada exercício, mantendo integralmente este item da autuação.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, diz que foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2005), onde se constatou diferenças de entradas relativas às mercadorias telha amianto e cimento. Com relação a vendas para entrega futura de cimento (fls. 67 e 716/727), entende que o autuado se confundiu, uma vez que o destinatário (Vértice Construtora Ltda), com inscrição estadual de nº 51.793.627, confirmou o recebimento da mercadoria através das notas fiscais referenciadas. No que tange a vendas para entrega futura de telhas amianto, diz que o artigo 201 § 6º do RICMS-BA, veda o uso de cartas de correção quando os dados envolvidos alterem a base de cálculo do imposto. Aduz que no caso em apreço, uma venda normal com destaque do ICMS, estaria sendo corrigida para uma venda para entrega futura, sem pagamento do imposto, e, portanto, nestas circunstâncias não se admite a utilização de cartas de correção. Salienta que o artigo 411 do RICMS-BA, confirma que nas vendas para entrega futura é vedado o destaque do ICMS, que implicaria no não recolhimento do imposto das saídas de telha amianto por parte do autuado. Declara que o deficiente lançou a débito o ICMS destacado em todas as referidas notas fiscais e que não considera plausível a emissão de cartas de correção simultâneas com as notas fiscais e mesmo assim recolher o ICMS, além de não ter providenciado nos períodos de apuração seguintes, o estorno do débito, confirma através do Registro de Apuração do ICMS do exercício de 2005, acostado aos autos. Ressalta que uma venda para entrega futura, implica numa posterior saída efetiva da mercadoria, em conformidade com o artigo 412, do RICMS-BA, e o contribuinte foi intimado a apresentar notas fiscais com o CFOP 5117, do exercício de 2005, mas não o fez. Diz que igualmente, o livro Registro de Saídas do exercício de 2005, também não mostra estas operações, conforme intimações acostadas ao processo. Salienta que diversas cartas de correção apresentadas pelo impugnante apresentou graves incorreções, a exemplo da nota fiscal de nº 4016, cuja data da saída indicada na nota fiscal é 17/06/2005 e data do recebimento por parte do destinatário é 16/02/2005 (anterior à data da saída informada), conforme

folhas 490 e 491 do presente processo. Indica outras notas fiscais como a de nº 4716, data da saída 23/02/2005, data do recebimento da carta de correção 22/02/2005 (fls. 492 e 493), nº 5592, data da saída 11/04/2005, data do recebimento da carta de correção 09/04/2005 (fls. 496 e 497), nº 7762, data da saída 10/06/2005, data do recebimento da carta de correção 09/06/2005 (fls. 530 e 531), nº 2742, data da saída 07/01/2005, data do recebimento da carta de correção 04/01/2005 (fls. 718 e 719). Reforça suas alegações, complementando que, além de não ter havido confirmação das venda para entrega futura de cimento e da vedação do uso de cartas de correção nas vendas de telha amianto, as evidências acima não apontam para a emissão simultânea, e imprescindível, das cartas de correção junto com as notas fiscais. Confirma o levantamento de estoque com a inclusão das referidas notas fiscais de acordo com o levantamento original. Declara que com relação às notas fiscais canceladas reconhece que assiste razão ao autuado, estornando as quantidades, do levantamento elaborado. Quanto às infrações 05, 06 e 07, afirma que o autuado não apresentou defesa para estes itens. Conclui, elaborando novo demonstrativo (fl. 851) reduzindo o valor do débito para R\$377.852,32.

A Inspetoria Fazendária de Santo Antônio de Jesus, em razão dos novos elementos acostados ao processo, intimou o contribuinte (fl. 884), para manifestar-se sobre a informação fiscal e demonstrativo elaborado pelo autuante, concedendo-lhe um prazo de 10 dias.

Instado a manifestar-se, o sujeito passivo apresentou manifestação (fls. 887/895), argüindo a importância de ressaltar que o fisco reconheceu nas planilhas às folhas 17/50, o pagamento das duplicatas juntadas aos autos às folhas 414/484. Aduz que, mesmo com o reconhecimento o autuante, lavrou o Auto de Infração, ora impugnado, considerando o passivo fictício (fl. 16). Diz que este fato comprova uma latente contradição, tendo em vista que existia saldo de caixa suficiente, para quitação das referidas duplicatas (fls. 340/346). Cita julgados do CONSEF, para fortalecer suas argumentações e que a presente infração deve ser considerada improcedente, entendendo que houve apenas erro de escrituração. Salienta que erros são passíveis de ocorrerem, e até mesmo o autuante reconheceu falhas no seu levantamento. Com relação às infrações 02, 03 e 04, e as vendas para entrega futura à Vértice Construtora, diz que a referida empresa não confirmou o recebimento das mercadorias constantes das notas fiscais de nºs 2635, 2742, 2749, 2772, 4448 e 4785, posto que, conforme se depreende da comunicação constante à folha 853, a empresa confirmou apenas o registro dos aludidos documentos e o autuante entendeu equivocadamente que a empresa teria recebido as mercadorias através das notas fiscais supramencionadas. Argüi que para elidir qualquer dúvida, está juntando aos autos cópia da declaração da Vértice Construtora que comprova que até o momento recebeu apenas uma parte das mercadorias adquiridas através de venda para entrega futura. Elenca as notas fiscais de nºs 20309, 20359, 20512 e 20539. Diz que as cartas de correção utilizadas pelo autuado não se referem a valores de imposto mas a natureza da operação e CFOP. Declara que quando se corrigiu as notas fiscais o valor do ICMS já havia sido destacado, consequentemente, como não poderia deixar de recolher o imposto, o mesmo foi escriturado nos livros fiscais, para posteriormente, ser feita a restituição, quando da efetiva saída das mercadorias, nos termos do artigo 112 § 1º e 4º do RICMS-BA, transcrevendo o citado dispositivo. Salienta que o autuado optou por solicitar a restituição do ICMS recolhido equivocadamente quando houvesse a circulação da mercadoria, fato que só começou a ocorrer no mês 08/2006, conforme atestam as notas fiscais de remessa para entrega futura acostada aos autos. Ressalta que esta situação é plenamente possível e legal, haja vista, que respeitado o prazo prescricional, o contribuinte possui liberalidade de escolher o momento oportuno para solicitar a restituição ou compensação. Aduz que as notas fiscais de venda para entrega futura só começaram a ser entregues a partir do mês 08/2006, conforme já declarado, motivo pelo qual o autuado ficou impossibilitado de apresentar as notas fiscais de remessa para entrega futura no exercício de 2005, com o CFOP 5117, e, também, não constam nos registros de saída do exercício de 2005 a saída do cimento, posto que só começou a ocorrer no mês 08/2006. Quanto às incorreções das cartas de correção alegadas pelo autuante, aduz que o preposto fiscal é quem cometeu erros, uma vez que a nota fiscal de nº 4016 dito pela autoridade fiscal como

incorreta a data de saída de 17/06/2005, quando na verdade ao se analisar o documento de fls. 490/491, verifica-se que a data de saída constante na nota fiscal é 17/02/2005, e os erros materiais contidos nas cartas de correção não invalida os citados documentos. Ressalta que inexiste norma que determine qual a data que deve ser colocada nas cartas de correção, e acosta declaração da Vértice Construtora, informando que apenas recebeu parte do cimento adquirido no exercício de 2005 (fl. 892). Finaliza, requerendo a improcedência destes itens da autuação.

O autuante, em nova informação fiscal (fl. 901), diz que em nenhum momento reconheceu o Auto de Infração como indevido, apenas reconheceu a redução do valor que considerou inteiramente procedente. Alega que quanto aos demais itens, considera subsistentes. Declara que retifica a informação da folha 850, referente à nota fiscal de nº 4016 cuja data da saída é 17/02/2005, e a data do recebimento da carta de correção pelo destinatário é 16/02/2005. Conclui, mantendo os termos da primeira informação fiscal.

Submetida à Pauta Suplementar, a 3^a JJF, decidiu converter o presente processo em diligência à ASTEC, para que fossem adotadas as seguintes providências:

“1- Intimar o autuado para apresentar as notas fiscais de Venda para Entrega Futura, elencadas na planilha acostada aos autos às folhas 349/350 e 357 e respectivas notas fiscais de venda;

2- Verificar se efetivamente o fiscal autuante incluiu as referidas notas fiscais no seu levantamento de estoque;

3- Em caso positivo retirar do levantamento elaborado pelo autuante as notas fiscais referentes às Vendas para Entrega Futura, computando apenas as remessas correspondentes a essas vendas, e elaborar novo demonstrativo de débito, se necessário.

Após as providências adotadas, a Inspetoria Fazendária deverá intimar o autuado, fazendo a entrega do respectivo parecer e cópia dos novos demonstrativos, se houver, mediante recibo, devendo ser concedido ao impugnante o prazo de 10 dias, para que querendo, se pronuncie.”

O diligente da ASTEC, elaborou Parecer Astec nº 03/2007, nele constando que o autuado foi intimado para apresentar as notas fiscais de Venda para Entrega Futura, elencadas na planilha acostada aos autos às folhas 349/350 e 357 e respectivas notas fiscais de venda, tendo atendido o solicitado. Diz que para o item “telhas”, acostou ao processo as notas fiscais às folhas 915/1044, sendo que as notas fiscais constantes das folhas 915/993, já foram efetuadas as devidas remessas e as notas fiscais às folhas 995/1044, continuam sem a devida entrega das mercadorias, conforme declaração do autuado à folha 994. Salienta que para o item “cimento”, as notas fiscais de Venda para Entrega Futura com as respectivas notas fiscais de remessa, fazem parte dos autos às folhas 1045/1.131. Declara que as notas fiscais de Venda para Entrega Futura, constaram do demonstrativo elaborado pelo autuante, sendo excluídas do aludido levantamento. Por conseguinte, diz que juntou aos autos novo demonstrativo de estoque à folha 912. Conclui, informando que para as infrações 02, 03 e 04 o valor original de R\$74.888,63, foi reduzido pelo autuante para R\$29.310,53 (fls. 849/856), e após a realização da diligência resultou em R\$0,00.

O autuado encaminhou correspondência ao diligente (fls. 1.133/1.134), dizendo que o prazo concedido de 96 horas era insuficiente para o atendimento à intimação, tendo em vista que as assinaturas dos prepostos qualificados dos seus clientes nas declarações teriam que ser direcionadas a diversas cidades no interior do Estado. Requer a dilação do prazo para 30 dias no sentido de possibilitar a apresentação dos documentos solicitados, sob pena de cerceamento de defesa.

A ASTEC, encaminhou o processo à Infaz Santo Antônio de Jesus, para que fossem cientificados o autuante e autuado sobre o teor da diligência requerida pela 3^a JJF (fl. 1.137).

A Inspetoria Fazendária de Santo Antônio de Jesus, intimou o autuante e o autuado para tomar ciência do resultado do parecer ASTEC 003/2007 (fls. 1.138/1.139), sendo concedido à ambos o prazo de 10 dias para manifestação.

O autuado apresenta nova manifestação (fls. 1.141/1.182), dizendo que a impugnação compreendeu as infrações 01 a 04, descritas no Auto de Infração e a diligência apenas exara parecer sobre as infrações 02 a 04, e não se manifesta sobre a infração 01. Entende que

improcedência das infrações 02, 03 e 04, ratifica as alegações defensivas da inicial no tocante à improcedência também da exigência do imposto contida na infração de nº 01, uma vez que o saldo da conta caixa apresenta saldo diário superior aos valores supostamente apurados pelo autuante. Salienta que não pode ser entendido como omissão de saída e nem pode ser imputada presunção de passivo fictício, uma vez que a operação de venda futura existiu e está documentada. Elabora demonstrativo à folha 1.142, elencando diversos documentos não considerados pelo autuante, como também reconhecendo os erros de escrituração e refaz o demonstrativo de caixa dos exercícios de 2002 a 2004 (fls. 1.143/1.144). Aduz que as duplicatas consideradas pelo fisco foram devidamente quitadas nos seus respectivos vencimentos, conforme atestam cópias dos documentos acostados ao processo (fl. 12). Declara que se confrontando as planilhas de conciliação de fornecedor dos anos de 2002/2003/2004, com as planilhas elaboradas pelo autuante (fls. 17/49), constata-se que ambas indicam o mesmo passivo, ou seja, em 2002 o montante de R\$274.463,53, e em 2003 o valor de R\$76.717,56, e em 2004 o montante de R\$80.286,35, valores que foram pagos em suas respectivas datas e reconhecidos pelo autuante conforme planilha elaborada por este à folha 16, inexistindo, portanto, controvérsias. Ratifica que os recursos utilizados para o pagamento das citadas duplicatas, foram obtidos das vendas de veículos que totalizou o montante de R\$531.000,00, e das vendas para entrega futura que correspondeu ao valor de R\$1.135.440,00, conforme já demonstrado. Elabora demonstrativo de Conciliação de Fornecedor das empresas Cia de Cimentos do Brasil (fls. 1.144/ 1.175), e destaca que parte do suposto passivo fictício foram valores transferidos do ano de 2001, equivalente a R\$474.673,49, conforme atesta Balanço Patrimonial do citado exercício (fl. 13), do qual foi pago em janeiro de 2002 o valor de R\$86.979,03, e os demais valores foram quitados dentro do próprio exercício de 2001, nos seus respectivos vencimentos, conforme planilha acostada aos autos. Reconhece a existência de erros na escrituração do autuado, circunstâncias em que as duplicatas descritas não foram registradas como pagas, entretanto, diz que foi um mero lapso contábil, tendo em vista o demonstrativo de caixa apresentado, conter saldo suficiente para o pagamento das referidas duplicatas, acostando ao processo planilhas demonstrativas das suas alegações (fls. 1.175/1.180). Salienta que o Parecer ASTEC 05/2002, item 04, parágrafo 4.4 diz que “convém ressaltar que o autuante exigeu imposto a título de suprimento de caixa de origem não comprovada, que tipifica um suporte de recurso ingresso no caixa, situação esta não compatível com a situação que originou o auto em epígrafe”. Destaca que o mesmo Parecer no item 3, parágrafo 3º, alínea “a”, reza : “entendemos que é concebível que o lançamento tenha sido feito errado conforme pode constar nas cópias das folhas do livro Razão Analítico”. Reproduz decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal na Resolução de nº 3864/98 que julgou procedimento idêntico, informando que o pagamento não contabilizado só caracteriza omissão de saída, se houver reflexo negativo da conta caixa, pois se o saldo contábil do caixa absorver os pagamentos, ainda não lançados, não autoriza a presunção. Finaliza, requerendo a improcedência da Infração 01.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado para exigência de ICMS relativo a sete infrações por descumprimento de obrigação principal pelo sujeito passivo.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado impugnou as infrações 01, 02, 03 e 04, não apresentando defesa para as infrações 05, 06 e 07. O defendente requereu junto à SAT, a compensação dos débitos das aludidas infrações através de precatórios (fls. 379/386). Portanto, considero procedentes as infrações não impugnadas, por inexistência de controvérsias.

Quanto à infração 01, o autuado alega que a maior parte das mercadorias comercializadas já sofreu tributação antecipada e qualquer exigência fiscal se caracteriza por bitributação. Não acolho as alegações defensivas de ocorrência de bis in idem, uma vez que a empresa encontra-se inscrita como comércio atacadista de outros materiais para construção (fl. 130), e como tal, comercializa diversas mercadorias que não estão submetidas ao instituto da substituição

tributária, a exemplo da mercadoria “telhas”, objeto do levantamento quantitativo de estoque elaborado pelo autuante para as infrações 02 e 03. Ademais, constatando-se omissão de entradas de mercadorias pelo sujeito passivo de produtos submetidos ao referido regime, deve ser exigido o imposto por responsabilidade solidária, além do tributo devido por antecipação. Quanto à argüição de autuação equivocada pelo preposto fiscal em razão de ter exigido o imposto por omissão de saída, também não acato, uma vez que foi imputada infração com base em presunção legal de ocorrência de omissão de saídas anteriores pela constatação de passivo fictício cujos recursos foram utilizados para pagamentos das duplicatas que foram quitadas no exercício fiscalizado. No que tange à argumentação de que o autuante não considerou os ingressos no caixa das vendas de veículos realizadas pelo defendant, assim como os recebimentos relativos às vendas para entrega futura, igualmente não são acolhidas, uma vez que a infração imputada não corresponde a presunção legal de saldo credor de caixa, como também de suprimento à caixa de origem não comprovada. Trata-se de exigência de imposto por ocorrência de passivo fictício por manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, prevista no artigo 2º § 3º do RICMS-BA , o qual transcrevo abaixo.

Art. 2º

(...)

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Observo que o autuante elaborou planilha à folha 16, informando os valores que foram lançados nos balanços dos exercícios de 2002/2003/2004 como passivo circulante e na auditoria da conta de fornecedores apurou valores de duplicatas que não foram comprovadas pelo autuado como quitadas naqueles exercícios. O autuado reconhece que houve equívoco na escrituração contábil, todavia, a simples alegação de não cometimento da infração não tem o condão de elidir a acusação fiscal, nos termos do artigo 143 do RPAF. Entendo que caberia ao defendant acostar ao processo as provas necessárias para a insubsistência do ilícito tributário apurado, principalmente todas as cópias das duplicatas não quitadas no exercício considerado, o que não foi feito. Quanto às cópias das duplicatas acostadas aos autos pelo defendant às folhas 414/484, verifico que o autuante as considerou como quitadas no próprio exercício fiscalizado, conforme demonstrativo às folhas 17/50. Quanto à planilha juntada aos autos à folha 1.142, não comprova, também a inocorrência de manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Por conseguinte, não acolho as alegações defensivas suscitadas, por ausência de provas. No que tange à alegação de que o saldo de caixa continha recursos suficientes para suportar o pagamento das duplicatas, não acolho, uma vez que a existência do referido saldo, pode tecnicamente, coexistir com a presunção legal de suprimento à caixa de origem não comprovada, como também da presunção legal de pagamento de obrigações já pagas ou inexistentes, mantidas no passivo do autuado.

Concernente ao pedido de dispensa da multa da infração da obrigação principal, por equidade, também não acato, tendo em vista que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para atender ao pleito suscitado, cabendo apenas esta decisão à Câmara Superior do CONSEF, conforme o artigo 159, do RPAF. Portanto, julgo procedente este item da autuação.

Quanto às infrações 02 e 03, (levantamento quantitativo de telhas e cimento no exercício de 2005), acolho o opinativo do diligente exarado através do Parecer ASTEC nº 03/2007, que constatou a inclusão de notas fiscais de venda para entrega futura no levantamento de estoque elaborado pelo autuante, o que resultou na improcedência da exigência fiscal relativa a estes itens da autuação, fato que não foi contestado pelo autuante, considerando que tomou ciência do teor do referido

Parecer no dia 01/02/2007 (fl. 1.138). Quanto à argüição de que a negativa de dilação de prazo para apresentação dos documentos solicitados pelo diligente em 30 dias, caracterizam cerceamento de defesa, não acolho, uma vez que o defendantte obteve todos os prazos legais previstos no RPAF, para acostar as provas que julgassem necessárias, nos termos do artigo 123 do RPAF. Por conseguinte, em razão da diligência ter se reportado a questões fáticas, julgo improcedente as infrações imputadas.

Com relação à infração 04, trata-se de exigência de imposto por antecipação tributária, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (cimento), apurada em razão do levantamento quantitativo elaborado pelo autuante na infração 03. Por conseguinte, considero, também, insubstancial a autuação relativa a este item da autuação.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o Auto de Infração conforme demonstrativo abaixo:

| INFRAÇÃO N º | CONCLUSÃO | IMPOSTO |
|--------------|--------------|------------|
| 01 | PROCEDENTE | 250.533,29 |
| 02 | IMPROCEDENTE | - |
| 03 | IMPROCEDENTE | - |
| 04 | IMPROCEDENTE | - |
| 05 | PROCEDENTE | 24.142,94 |
| 06 | PROCEDENTE | 1.495,82 |
| 07 | PROCEDENTE | 72.369,77 |
| TOTAL | | 348.541,82 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0003/06-1, lavrado contra **NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$348.541,82, acrescido das multas de 60% sobre R\$98.008,53 e de 70% sobre R\$250.533,29, previstas no artigo 42, II, a, d, f, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2007.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR