

A. I. Nº - 206847.0022/06-0  
AUTUADO - PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA  
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA  
INTERNET - 26.04.07

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0107-02/07**

**EMENTA: ICMS.** 1. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. O pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios. Infração confessada. Mantida multa por está de acordo com o fato. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DESTINADO A CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. MULTA. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. Infração caracterizada mediante a constatação da ausência dos dados e informações do Registro de Inventário do período fiscalizado. Rejeitada a preliminar de nulidade deste item, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação para regularização no prazo de trinta dias. 4. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. VENDAS DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL À MICROEMPRESAS. A adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. Infração não caracterizada. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS E/OU BENS PARA CONSUMO. Infração reconhecida. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração não elidida. Não acolhido o pedido de alteração das multas aplicadas para o percentual único de 50%. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2006, exige ICMS e MULTA no valor de R\$ 1.762.038,97, em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$ 110.152,93, sobre o recolhimento a menos do ICMS, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Em complemento, foi consignado que o contribuinte recolheu a referida parcela referente ao mês de agosto de 2005, no dia 12/09/2005, quando a data correta seria o dia 09/09/2005, conforme Anexo I (docs. fls. 10 a 31).
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 22.049,88, referente a mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril, agosto a novembro de 2005, conforme Anexo II (docs. fls. 32 a 83).
3. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, caracterizando a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97, pelo fato de ter informado os valores e dados do livro Registro de Inventários, apesar de ter sido intimado com a entrega dos relatórios de inconsistências, conforme preceitua o artigo 708-B, do RICMS/97, referente ao período de janeiro a dezembro de 2005, sujeitando-se à multa no montante de R\$ 368.368,02, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas, conforme Anexo III (docs. fls. 84 a 147).
4. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 275,83, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a contribuinte com inscrição estadual baixada, tendo sido aplicada a alíquota de 7% ao invés de 17%, no mês de abril de 2005, conforme Anexo IV (docs. fls. 148 a 160).
5. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto no valor de R\$ 915,75, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de maio, julho e agosto de 2005, conforme Anexo V (docs. fls. 161 a 175).
6. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 85.135,69, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2005, conforme Anexo VI (docs. fls. 176 a 793). Em complemento à acusação, o autuante consignou que em razão do autuado ter excluído indevidamente do valor da mercadoria o percentual de 17%, quando a base de cálculo da mesma já se encontrava o ICMS embutido à alíquota de 7%, nas saídas de mercadorias destinadas a contribuintes inscritos no SimBahia, e que foram superavaliadas as mercadorias vendidas.
7. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 1.175.140,87, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais no total de R\$ 6.912.593,41, e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao exercício de 2005, conforme Anexo VII (docs. fls. 794 a 1.458).

O autuado em sua defesa fiscal às fls. 1.461 a 1.486 dos autos, inicialmente descreveu todas as infrações que lhe foram imputadas, bem como o valor e a tipificação de cada uma, e formulou sua impugnação na forma que segue.

### Infração 01

Não contestou o valor original lançado, porém, diz que não procede a aplicação da multa de 60% com base no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, por entender que por se tratar de aplicação de multa na situação em que as operações estão escrituradas nos livros fiscais próprios, a multa deveria ser 50% nos termos do inciso I, alínea “a” do citado dispositivo legal. Informa

que conforme o Anexo I, o valor da operação encontra-se registrado à fl. 32 do livro Registro de Apuração do ICMS, e não havendo dolo no cometimento da infração não é devido o enquadramento legal na alínea “f” do inciso II. Invoca o artigo 45-A da Lei nº 7.014/96, para pedir a redução da multa em 100%, cujo pagamento ocorreu dentro do prazo previsto na lei.

### **Infração 02**

Alega que a acusação fiscal fundamentada no artigo 93, I, “b”, do RICMS/97, não procede, tendo em vista que a utilização dos créditos fiscais está prescrita na legislação, tendo esclarecido que:

1. O valor de R\$ 148,75, lançado à fl. 04 do livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de janeiro de 2005, refere-se a imposto pago na Nota Fiscal Avulsa nº 593814, emitida no posto fiscal.
2. Os valores de R\$ 1.355,43, referentes às notas fiscais lançadas relacionadas à fl. 16 do RAICMS, no total de R\$ 1.283,94, diz respeito a Nota Fiscal nº 8744 lançado na fl. 32 do RAICMS.
3. O valor de R\$ 2.681,56 referente a nota fiscal lançada à fl. 44 do Registro de Apuração de ICMS, nos meses de janeiro, abril, agosto, outubro e novembro de 2005, refere-se à diferença de alíquota, com base no artigo 93, § 11, “b”, itens 1 e 1.1, do RICMS/97.
4. O valor de R\$ 5.340,52, no mês de setembro de 2005, lançado à fl. 36 do RAICMS.
5. O valor de R\$ 3.607,09, no mês de novembro de 2005, lançado à fl. 44 do livro Registro de Apuração, refere-se a entrada de bens do ativo imobilizado na razão de 1/48 avos, de valores não creditados anteriormente quando de sua efetiva entrada no estabelecimento, nos termos artigo 93, § 11, “b”, itens 1 e 1.1, c/c com o inciso V, “b”, do RICMS/97.
6. O valor de R\$ 7.632,79 (fl. 2 do AI), referente ao mês de outubro de 2005, sendo R\$ 4.616,68 (fl. 40) e R\$ 3.016,11, é improcedente, nada tendo com o enquadramento no artigo 4º e 18 do Decreto nº 8205, cujo conteúdo trata da perda de incentivo “desenvolve”, no mês em que houver recolhimento do ICMS fora do prazo previstos em lei. Diz que a utilização dos créditos fiscais encontra amparo no artigo 93, por se tratar de entrada de bens do ativo imobilizado oriundo de outra unidade da Federação.

### **Infração 03**

Foi alegado na defesa que deixou de informar o valor do inventário em arquivo magnético SINTEGRA, por está desobrigado de prestar tal informação, por força do disposto na alínea “d” do § 5º do artigo 683 do RICMS/97, uma vez que o citado livro é escriturado através de SEPD, conforme cópia do termo de abertura e encerramento anexos ao processo.

Aduz que deveria ser excluído do demonstrativo do débito a multa referente ao mês de janeiro de 2005, assim como as operações realizadas até o dia 11/02/2005, tendo em vista que a alínea “f”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96 foi modificada pela Lei nº 9.430 de 10/02/2005.

Diz, ainda, que este dispositivo legal refere-se a não entrega do arquivo magnético, e que quando lhe foi concedido um prazo para que fosse feita a retificação do referido arquivo, não foi claro a respeito de qual retificação deveria ser feita.

Salienta que o envio de arquivos magnéticos, como o DMA, Sintegra e outros, são obrigações acessórias, e a falta de uma informação no arquivo magnético não se caracteriza em um descumprimento de obrigação acessória, por entender que a exigência legal é a entrega do arquivo.

Dizendo que não houve a prática de dolo, fraude ou simulação com a ocorrência, com base no § 7º do artigo 44 da Lei nº 7.014/97, pede a improcedência da multa aplicada.

### **Infrações 04 e 05 –Acusações fiscais não contestadas.**

## Infração 06

Argui que esta matéria já foi discutida no Auto de Infração nº 180573.005/05-1, de 06/07/2005, cujo crédito tributário foi julgado improcedente na primeira instância, conforme Acórdão JJF nº 0070-05/05 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, sendo reconhecido no julgamento que o procedimento da empresa na venda de mercadorias para clientes do SIMBAHIA foi feito de forma correta e de acordo com a lei.

Destaca que, embora o conteúdo da matéria seja o mesmo, no presente processo foi acrescentado pelo autuante no Anexo VI, como prova da “superavaliação” dos preços de vendas para clientes do SIMBAHIA, planilha comparativa de venda por produto, nas alíquotas de 7% e 17%, que segundo o defensor, ambas as planilhas têm praticamente a mesma média de valor unitário.

Para comprovar o critério de formação do preço de venda adotado pela empresa, o defensor teceu considerações sobre a influência do mercado e da concorrência, dizendo que o preço para uma linha de produto pode variar em função do lucro; da parcela do mercado e o total de vendas para o mesmo cliente. Salientou que às indústrias de transformação, devido ao processo de industrialização, é permitido em lei, utilizar o método de custos na formação dos preços de seus produtos, destacando que as matérias primas são preponderantes na determinação dos custos industriais. Falou também dos princípios previstos na Constituição Federal que regem a atividade econômica, destacando o da livre concorrência, que determina que devem ser asseguradas condições de competição entre as pessoas que exercem a atividade econômica, de modo a beneficiar o consumidor final.

Quanto à acusação fiscal, argumenta que não procede a informação de que houve erro na determinação da base de cálculo, pois, segundo o autuado, a base de cálculo dos produtos vendidos para clientes do SIMBAHIA está em conformidade com o disposto no artigo 51, inciso I, do RICMS/97 e no artigo 13, da LC nº 87/96, que prevê que a base de cálculo é o valor da operação, ou seja, o valor da venda que efetivamente proverá o Caixa da empresa.

Alega que a fiscalização erroneamente pretende que seja adicionado ao fluxo de caixa, o valor do desconto correspondente ao SIMBAHIA, que foi legalmente repassado ao cliente, pois se assim fosse, alteraria a alíquota para 7,8456%, em afronta ao artigo 51, I, “c”, § 1º, II, e ao inciso II, do parágrafo único do artigo 68, do RICMS/97.

Explica que na emissão das notas fiscais para clientes do SIMBAHIA, foi concedido o desconto, no corpo da nota fiscal, previsto no artigo 24 da Lei nº 7.357 de 04/11/98 que altera o artigo 16, inciso I, letra “c” e parágrafo único da Lei nº 7.014/06.

Concluindo este item, ressalta que não houve nas notas fiscais emitidas erro na determinação da base de cálculo, nem tampouco superavaliação do preço das mercadorias para contribuintes do SIMBAHIA, e que foi cumprida a determinação legal no sentido de que as indústrias apliquem o percentual de 10,75269 e concedam o desconto da diferença às microempresas, conforme já discutido no Acórdão JJF nº 0070-05/05.

## Infração 07

Foi alegado na defesa que para determinação da base de cálculo foi utilizado o preço médio das vendas, sem que tenha sido feito um levantamento específico dos produtos em estoques (trancamento). Diz que foi ignorado o estoque inicial e final de matéria-prima e embalagens existentes no final de cada exercício, bem como as notas fiscais de entradas de matérias-primas e materiais secundários.

Invocou o artigo 330, § 1º, do RICMS/97, para alegar que juntamente com o livro Registro de Inventários foi apresentada uma declaração justificando o motivo pelo qual inexistem mercadorias em estoque de produto acabado. Justificou que tal inexistência deve-se ao fato de ter

ocorrido 03 incêndios em suas unidades industriais (02 na Unidade Goiás e 01 na Unidade Bahia), devido aos produtos serem altamente inflamáveis.

Esclareceu que o produto é fabricado somente após ter sido vendido, e que sua fabricação demanda seis dias em média, sendo ao final emitida as respectivas notas fiscais, razão porque não há estoque do produto acabado em sua unidade industrial.

Foram apresentados alguns pedidos de n<sup>os</sup> 021260; 021266; 12778; e 12779, datados de 16/06/05; 17/06/05 e 10/11/05, respectivamente, cujas notas fiscais foram emitidas em 22/6/05 e 17/11/50 (docs. fls. 1.512 a 1.519).

Alega que ao efetuar o levantamento quantitativo a fiscalização deixou de considerar a matéria prima do estoque, não observando o disposto no inciso I, do artigo 2º, do [Decreto] nº 445/98, e com isso, não foram considerados o processo de transformação industrial e todas as suas particularidades (estoque inicial, matéria prima, compras para industrialização, consumo no processo produtivo de cada produto vendido e estoque final), inclusive também foi utilizado, para fins de base de cálculo, o preço de venda dos produtos acabados.

Expressou o seu entendimento de que a apuração dos custos dos produtos vendidos a sistemática é a seguinte: Estoque Inicial de Material Direto - Compras de Material Direto - Estoque Final de Material Direto = Material Direto Consumido + Mão-de-Obra Direta + Gastos Gerais de Fabricação = Custo de Produção do Período - Estoque Inicial de Produtos em Elaboração + Estoque Final de Produtos em Elaboração = Custo da Produção Acabada no Período + Estoque Inicial de Produtos Acabados - Estoque Final de Produtos Acabados = Custo dos Produtos Vendidos no Período.

Em seguida, teceu considerações sobre o tratamento legal da forma de tributação do imposto de renda que adota, dizendo que o resultado industrial é obtido através da subtração dos custos dos produtos acabados das vendas líquidas.

Comentou sobre as presunções de omissão de receitas à luz do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000/99 (art. 281, I, II e III) e pelo RICMS/97 (art. 2º, § 3º, I a V).

Citou a legislação federal (art. 5º, parágrafo único do Dec. 64.567/69; art. 10 da Lei nº 556 de 25/6/1850; art. 1º do Decreto-lei nº 486, de 03/03/69, regulamentado pelo Dec. nº 64.567, de 22/05/69; arts. 251, 255, 257, 260, 261 e 274, do RIR/99), e a legislação estadual (arts. 320 e 330, do RICMS/97), que tratam sobre a obrigatoriedade da escrituração dos livros fiscais e contábeis.

Salienta que para comprovação de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais (omissão de receitas), quando há notas fiscais de compras de mercadorias devidamente registradas na escrita fiscal e contábil, o procedimento seria auditoria de estoque aberto se os produtos selecionados para o levantamento, pois entende que a certeza da omissão de saídas somente ocorreria se fosse flagrado o comprador recebendo o valor da venda de mercadorias, e retirando-se do estabelecimento com a respectiva nota fiscal, inclusive com o trancamento do talonário de notas fiscais, para evitar a alegação de que o vendedor não esperou a emissão da nota fiscal.

Protestou sobre o cálculo do preço médio, dizendo que a forma utilizada para estabelecimentos industriais está prevista no artigo 23, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº [7.014/97].

Clama pela improcedência total das infrações impugnadas, e discorda das penalidades aplicadas, entendendo que em virtude de todas as suas operações encontrarem-se registradas nos livros fiscais de entradas, de saídas e de apuração do ICMS, a multa é de 50%, conforme previsto no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Ao final, requer:

1. Seja considerado extinto, por pagamento, a parte não contestada, referente às infrações 01, 04 e 05, conforme DAE (fl. 1.491), nos seguintes valores:

Infração 01 .....	R\$ 110.152,93
Infração 04 .....	R\$ 275,83
Infração 05 .....	R\$ 915,75
Soma .....	R\$ 111.344,51

Multa de 50% na infração 01 com redução de 80% para pagamento até 10 dias ..... R\$ 11.015,29

Multa de 60% nas infrações 04 e 05 com redução de 80%.....R\$ 142,77

2. Seja concedida a compensação do valor da multa já recolhido referente a infração 01 nos termos previstos no artigo 45-A, no valor de R\$ 11.015,29.

3. A improcedência da infração 03, nos termos da lei ou aplicação do § 7º “a” do art.44 da Lei nº 7.014/06.

4. Sejam consideradas improcedentes as infrações 02, 03 e 07.

5. Seja aplicada a redução da multa prevista no art.42, inciso I, “a”, da Lei nº 7.014/06.

Foi apresentado na defesa cópia do DAE no valor de R\$ 111.344,51 (fl.1.491).

Na informação fiscal às fls. 1.521 a 1.526, o autuante rebateu as alegações defensivas na forma que segue.

Infração 01 – O autuante chama a atenção de que o autuado não contestou a infração, reconhecendo apenas a multa de 50%. Diz que a multa de 60% foi aplicada corretamente, tendo em vista que não se refere a ICMS meramente lançado e não recolhido, mas em face da constatação de recolhimento do ICMS usando o benefício do DESENVOLVE indevidamente, vez que houve a perda desse direito em razão do recolhimento do imposto com este benefício em atraso, tudo conforme documentos às fls. 11 a 31.

Infração 02 – Explicou que o ICMS foi lançado porque o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal do mesmo quando da aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Não acatou a alegação de que se trata de ativo imobilizado, por entender que o direito ao crédito neste caso terá de ser apropriado à proporção de 1/48 e prescinde de registro e controle do CIAP, controle que não lhe foi apresentado. Esclarece que os valores foram simplesmente lançados no RAICMS no campo “outros créditos”, sem a comprovação de que se tratava de ativo imobilizado. Foi informado ainda que no curso da fiscalização foi exigido o CIAP para exame, e a contadora da empresa Srª Erlane Marques deu cabo de inexistência. Disse que examinando as notas fiscais constantes nos DAE’s com recolhimentos constatou que as mercadorias nelas descritas referem-se a material de consumo, conforme documentos juntados pelo autuado (fls. 1.493 a 1.509), com exceção da Nota Fiscal nº 9054, que faz referência a 01 Máquina de Costura Completa, a qual, o crédito foi utilizado incorretamente de uma só vez. Manteve o valor lançado e a multa que foi aplicada.

Infração 03 – Esclareceu que este item decorre do fato do autuado ter fornecido informações de arquivo magnético exigido na legislação tributária, mediante intimação, com omissões de operações ou prestações. Contestou as alegações defensivas, dizendo que o estabelecimento emite documentos e livros fiscais, inclusive o Registro de Inventários, estando obrigado a prestar as informações de suas operações junto à SEFAZ, nos prazos regulamentares, através de arquivo magnético. Explicou que ao iniciar a fiscalização no dia 15/09/2006, ao constatar a falta de alguns registros no exercício de 2005, expediu intimação dando o prazo de cinco dias para a regularização dos mesmos, e como não foi atendido, foi concedido o prazo de trinta dias para regularização dos arquivos, fornecendo ao autuado Relatórios dos Arquivos Recepionados com a ausência de dados do Registro 74 (fls. 97 a 114), e do Relatório ICMS apurado a menos nas saídas destinadas a empresas inscritas no SimBahia (fls. 116 a 125). Diz que mesmo vencido o prazo da intimação expedida, manteve contato com a contadora da empresa para que fossem informados os dados do Registro de Inventários, até o dia 26/11/06 não foi atendido, sendo

expedida nova intimação para apresentação do Registro de Inventários de 2004 e 2005, não sendo atendido (fls. 86 e 87).

Infração 06 – Assinalou que o objeto desta infração ainda não foi discutido em qualquer contencioso administrativo, e que no AI nº 180573.0005/05-1 de 07/07/2005, já julgado pelo CONSEF, a acusação fiscal diz respeito aos procedimentos adotados pelo autuado tomando por referência determinada instrução normativa já revogada. No presente caso, diz que o conteúdo da acusação fiscal deve levar em conta o disposto no art. 51, do RICMS/97. Informa que consoante declaração do autuado (fl. 177), as mercadorias são todas produzidas somente depois vendidas, cujas notas fiscais são emitidas após sua produção. Explica que em todas as notas fiscais de vendas a contribuintes inscritos no SIMBAHIA, consta que foi utilizada a fórmula errônea. Tomando por base a Nota Fiscal nº 16049, demonstra que o autuado calculou errado o imposto, pois considerou o valor da mercadoria = R\$ 1.209,60 x 0,83 = 1.003,96 : 0,93 = 1.079,52 x 7% = R\$ 75,57, gerando um imposto a menos, por entender que por se conhecer antecipadamente o destinatário da mercadoria inscrito no SIMBAHIA, o valor de R\$ 1.209,60 da mercadoria constante no documento fiscal já está com o montante do ICMS integrando a sua própria base de cálculo a alíquota de 7%, e para se apurar o valor correto do ICMS bastaria multiplicar este valor de R\$ 1.209,60 por 7%, encontrando o valor devido a ser recolhido. Ressalta que em momento algum a autuação questionou o preço das mercadorias vendidas, e sim a desindexação de 17% do valor da mercadoria com o ICMS já integrando a sua base de cálculo à alíquota de 7%. Diz que a citação de superavaliação dos preços objetivou apenas salientar que os descontos constantes nas notas fiscais não beneficiaram em alguns casos os adquirentes das mercadorias.

Infração 07 – Esclareceu que o levantamento quantitativo foi realizado sobre aproximadamente 50 itens de produtos acabados fabricados pelo estabelecimento, cuja relação desses produtos prontos para revenda foi fornecida pelo próprio autuado, através de resumo de todos os produtos acabados mensalmente, de janeiro a dezembro de 2005 (fls. 805/854), observando as disposições contidas na Portaria nº 445/98. Explicou que à vista do livro Registro de Inventários encerrado em 2004 (fls. 799 a 802), considerou o estoque inicial de 2005 e somou os produtos fabricados e acabados informados no período (fls. 803 e 804), e as devoluções de vendas (fls. 855 a 910), encontrando o total de cada item do produto acabado (coluna 6 da planilha resumo fls. 796 a 797), sendo deduzido o estoque final registrado em 31/12/2005 (fls. 911 a 915), apurando a saída real das mercadorias (coluna 7 da Planilha Resumo, fls. 796 a 797), e dessas saídas reais, diminuiu as saídas com notas fiscais , fls. 916 a 1.376, e seu resumo na coluna 8 da Planilha às fls. 796 a 797, encontrando as quantidades saídas sem notas fiscais (coluna 9 da planilha resumo), que multiplicadas pelo preço médio dos produtos vendidos (planilhas fls. 1.377 a 1.458), apurou a base de cálculo e o imposto devido, conforme planilhas fls. 10, 11 e 13 (fls. 796 a 797). Ressaltou que não constam estoques nos inventários nos anos de 2004 e 2005, o que confirma a informação do autuado de que toda a sua produção é feita por destinatário certo, não deixando nenhum produto no estoque por questão de segurança. Frisa que o autuado não contestou os dados e valores consignados nas planilhas do levantamento de estoque em exercício fechado.

Concluindo salienta que os dispositivos do enquadramento e das multas aplicadas estão de acordo com a legislação do ICMS, pugnando pela procedência total do Auto de Infração.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 22/03/2007 visando a realização de diligência, sendo decidido pelos membros da 2ª JJF que não havia necessidade em virtude dos autos conterem todos elementos necessários para a sua instrução.

## VOTO

Examinando cada infração de per si, de acordo com os documentos que instruem cada idem, concluo o seguinte.

## **Infração 01 – Multa por recolhimento fora do prazo**

O autuado não negou o cometimento da acusação fiscal de que efetuou o recolhimento a menos do ICMS, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, em virtude de ter recolhido a referida parcela referente ao mês de agosto de 2005, no dia 12/09/2005, quando a data correta seria o dia 09/09/2005, conforme Anexo I (docs. fls. 10 a 31).

Contudo, o fundamento da defesa é de que por estarem as operações escrituradas nos livros fiscais a multa deveria ser de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, ao invés de 60%, prevista no II, alínea “f” do citado dispositivo legal.

Realmente conforme consta no Anexo I o valor da operação encontra-se registrado às fls. 32 do livro Registro de Apuração do ICMS. Contudo, conforme enfatizou o autuante, a ocorrência não se refere a ICMS meramente lançado e não recolhido, mas em face da constatação de recolhimento do ICMS usando o benefício do DESENVOLVE indevidamente, vez que houve a perda desse direito em razão do recolhimento do imposto com este benefício em atraso. Como o recolhimento foi feito fora do prazo, observo que a multa foi capitulada corretamente, não sendo cabível a redução da mesma para 100% conforme pretende o sujeito passivo. Mantida a multa que foi aplicada.

## **Infração 02 – Créditos fiscais indevidos (material de uso e consumo)**

O argumento defensivo é de que tem direito aos créditos fiscais com base no artigo 93, I, “b”, do RICMS/97. Este dispositivo regulamentar prevê que constitui crédito fiscal, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, o imposto anteriormente cobrado em aquisições de matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização.

Os valores considerados como indevidos se referem ao exercício de 2005 e encontram-se escriturados no RAICMS, a saber: R\$ 1.355,43, fl. 49; agosto = R\$ 1.283,94, fl. 65; setembro = R\$ 5.340,32, fl. 69; outubro = R\$ 4.616,68 e R\$ 3.016,11, fl. 73; novembro = R\$ 2.681,56 e R\$ 3.607,09, fl. 77.

Analizando os documentos apresentados na defesa para elidir a acusação fiscal, observo o seguinte:

1. R\$ 148,75 – o autuado apenas alegou que o imposto lançado se refere a Nota Fiscal Avulsa nº 593814, emitida no posto fiscal, porém não juntou cópia da mesma para ser examinada a que mercadoria ela faz referência.
2. R\$ 1.355,43 – também não foi apresentada a nota fiscal nº 8744, além do fato de que não consta nos DAE’s registrados no sistema da SEFAZ.
3. R\$ 5.340,52 – no RAICMS não estão especificadas as notas fiscais e o autuado não apresentou as respectivas notas fiscais.
4. R\$ 4.616,68 + R\$ 3.016,11 = R\$ 7.632,79 – a alegação defensiva é de que tais valores referem-se a utilização dos créditos fiscais, por se tratar de entrada de bens do ativo imobilizado oriundo de outras unidades da Federação. Foram apresentadas as notas fiscais nºs 8992; 9027; 9054, 9102, 7357, 67754, 67902, 68183, 38896, 398777, 3956, 3970, 827, 8487, 14993, 12 e 23 (fls. 1.493 a 1.509). Observo que o pleito do autuado não encontra amparo no artigo 93, I, “b”, do RICMS/97, eis que, as notas fiscais fazem referência a peças de reposição (fitador; coifa; condutor; exaustor; mangueira; tanque de pressão; tampo para mesa; biela; filtros/mangueira; enchedor de carretilha; biela; pino; espiral de lançadeira/ tesoura mundial; cera limpadora; aditivo sintético; limpa pára-brisa; lâmina de aço; conjunto de peças para grampeador; parafusos; chaves de boca) e de aquisição de uma máquina de costura completa, este último, por se

tratar de bem do ativo imobilizado, somente é cabível a apropriação do crédito fiscal na proporção de 1/48 avos.

5. R\$ 2.681,56 + R\$ 3.607,09 - não foi apresentado nenhum elemento de prova de que estas importâncias se referem a bens do ativo imobilizado à proporção de 1/48 avos, com base no artigo 93, § 11, “b”, itens 1 e 1.1, do RICMS/97.

Mantido o lançamento.

### **Infração 03 –Multa por omissão de dados em arquivos magnéticos**

A acusação é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa Sintegra, referente ao exercício de 2005.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativo ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético não contendo os valores e dados do Registro de Inventário de 2005. Constam às fls. 86 a 96 diversas intimações expedidas solicitando documentos e apontando inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, inclusive a relação dos arquivos recepcionados com diversas divergências assinaladas (fls. 97 a 147).

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou as disposições contidas no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*layout*) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Além disso, está previsto no artigo 915, IX, “g” do RICMS/97, a aplicação de multa equivalente a “1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços

tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura”.

No presente caso, analisando as intimações constantes às fls. 86 a 96, observo que foram expedidas diversas intimações solicitando a apresentação do arquivo magnético contendo os dados do Registro de Inventário, destacando a constante à fl. 91, expedida em 15/09/06, dando o prazo de cinco dias para a apresentação do arquivo magnético, e ante a negativa de apresentação do mesmo, foi expedida em 09/11/06 outra intimação, desta feita concedendo o prazo de trinta dias para correção do arquivo magnético com as informações solicitadas.

Foi alegado na defesa que deixou de informar o valor do inventário em arquivo magnético SINTEGRA, por estar desobrigado de prestar tal informação, por força do disposto na alínea “d” do § 5º do artigo 683 do RICMS/97, uma vez que o citado livro é escriturado através de SEPD, conforme cópia do termo de abertura e encerramento anexos ao processo. Citou a existência de um parecer, porém não o apresentou na peça defensiva.

Aduz que deveria ser excluído do demonstrativo do débito a multa referente ao mês de janeiro de 2005, assim como as operações realizadas até o dia 11/02/2005, tendo em vista que a alínea “f”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96 foi modificada pela Lei nº 9.430 de 10/02/2005.

Diz, ainda, que este dispositivo legal refere-se a não entrega do arquivo magnético, e que quando lhe foi concedido um prazo para fosse feita a retificação do referido arquivo, não foi claro a respeito de qual retificação deveria ser feita.

Salienta que o envio de arquivos magnéticos, como o DMA, Sintegra e outros, são obrigações acessórias, e a falta de uma informação no arquivo magnético não se caracteriza em um descumprimento de obrigação acessória, por entender que a exigência legal é a entrega do arquivo.

Dizendo que não houve a prática de dolo, fraude ou simulação com a ocorrência, com base no § 7º do artigo 44 da Lei nº 7.014/97, pede a improcedência da multa aplicada.

Neste processo, observo que a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimações, abaixo discriminadas, solicitando e especificando a falta das informações relativas ao Registro de Inventários, sendo-lhe entregue e esclarecida a omissão constatada, e concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir a irregularidade apontada.

a) Em 27/11/06, fl. 87, concedido prazo de 48 horas. Documentos solicitados: RI de 2004 e 2005; RUDFTO; Livro Registro de Controle da Produção e Estoque ou demonstrativo mensal contendo quantidades produzidas por item de mercadoria de 2005.

b) 13/12/06, fl. 86, prazo 48 horas. Documentos solicitados: RI 2004 e 2005; DMA's; planilhas demonstrativas de formação de preço venal dos produtos industrializados e comercializados pela empresa; e comprovação de que foram informados no arquivo magnético dados dos RI de 2004 e 2005.

O arquivo magnético contendo as operações de 2005 foi solicitado em 15/09/06, fl. 91, sendo dado 5 dias para a entrega;

Em 09/11/06 foi expedida intimação (fl. 89), concedendo o prazo de 30 dias para apresentação dos arquivos corrigidos, relativamente a divergências entre os valores analíticos dos produtos descritos nas notas fiscais de venda a empresas optantes pelo Simbahia, e os registrados nos arquivos magnéticos de 2005. A relação dos arquivos recepcionados com as divergências apontadas encontra-se às fls. 97 a 147.

Portanto, pelo que se depreende houve a entrega dos arquivos magnéticos, porém, com a falta dos dados relativos ao Registro de Inventário. Conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo

em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

Assim, tendo sido regularmente intimado o autuado, para no prazo de 30 dias úteis, corrigir todas as irregularidades apontadas, sendo-lhe fornecidas as listagens diagnósticos das irregularidades, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, o cálculo da multa demonstrado na fl. 02 está em perfeita conformidade com o previsto no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que tem a redação abaixo, embora tenha sido especificado na fl. 02 do AI, erroneamente a alínea “f” do mesmo artigo.

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.”

Por último observo que não assiste razão à pretensão do sujeito passivo no sentido de que deveria ser excluído do demonstrativo do débito a multa referente ao mês de janeiro de 2005, tendo em vista que a previsão para a aplicação da multa prevista na alínea “f”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, modificada pela Lei nº 9.430 de 10/02/2005, está prevista desde 2002.

#### **Infrações 04 e 05 – Recolhimentos a menos do ICMS, por erro na aplicação da alíquota e em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto.**

Face ao reconhecimento do cometimento das acusações fiscais, fica encerrada a lide, subsistindo as infrações.

#### **Infração 06 – Recolhimentos a menos por erro na determinação da base de cálculo do ICMS.**

Este item diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração do imposto, sob acusação de que, na condição de empresa industrial, o autuado ao efetuar vendas a microempresas, adotando a alíquota de 7%, o autuado incorreu em erros de cálculo, por entender a fiscalização que a alíquota deveria ser de 17%, nos termos do art. 51, I, do RICMS/97.

Na defesa fiscal, o autuado alega que a fiscalização erroneamente pretende que seja adicionado ao fluxo de caixa, o valor do desconto correspondente ao SIMBAHIA, que foi legalmente repassado ao cliente, pois se assim fosse, alteraria a alíquota para 7,8456%, em afronta ao artigo 51, I, “c”, § 1º, II, e ao inciso II, do parágrafo único do artigo 68, do RICMS/97.

O art. 51, § 1º, inciso II, do RICMS-BA em vigor, estabelece o seguinte: *“o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal”.*

Portanto, de acordo com a norma do citado dispositivo regulamentar, a adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária.

Na fase de instrução, o processo foi submetido a pauta suplementar do dia 22/03/2007, visando a verificação se realmente o preço constante no documento fiscal representa o valor da operação e se houve o desconto sobre a forma de repasse ao contribuinte Simbahia, sendo decidido que não haveria necessidade de tal verificação, uma vez que em fiscalização anterior, esta questão foi

examinada pela primeira instância de julgamento e confirmada pela Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerado que o procedimento adotado pelo contribuinte estava correto.

Como trata este item da mesma ocorrência do processo anterior, apenas em período diferente, da análise das notas fiscais que constam nos autos, destacando a Nota Fiscal nº 14.812 (doc. fl. 203), observo no corpo da mesma está especificado o valor do desconto que foi concedido ao contribuinte Simbahia, referente a redução da alíquota de 17,0% para 7,0%. Por outro lado, não restou comprovado nos autos que o seu procedimento desatendeu ao estabelecido no art. 51, § 1º, inc. II, do RICMS-BA bem como o valor correspondente à quantia proveniente da redução da alíquota deixou de ser repassada ao adquirente das mercadorias sob forma de desconto.

Acompanhando a decisão exarada no Acórdão CJF nº 0247-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, concluo que realmente, na emissão das notas fiscais para clientes do SIMBAHIA, o autuado destacou o desconto, no corpo da nota fiscal, conforme previsto na legislação tributária, não havendo descumprimento ao estabelecido no art. 51, § 1º, inc. II, do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

#### **Infração 07 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de auditoria de estoques.**

O valor lançado neste item foi apurado por meio de auditoria de estoques relativa ao exercício de 2005, conforme demonstrativos e levantamentos às fls. 796 a 1.458, sendo detectado diferenças de saídas de mercadorias relativamente a produtos acabados.

O levantamento dos dados que serviram de base ao levantamento quantitativo foram obtidos com base nos dados contidos nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado e validados pelo SINTEGRA, não sendo apontado pelo autuado qualquer divergência nos números consignados nos referidos levantamentos.

Conforme enunciado acima, o débito foi apurado através de auditoria de estoques. A auditoria de estoques é um roteiro de fiscalização que visa conferir as quantidades das entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento, num determinado período, devendo ser levada em consideração a equação ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – ESTOQUE FINAL = SAÍDAS REAIS, que, se comparadas com as notas fiscais emitidas houver diferença (omissão de entradas ou de saídas), esta ensejará a cobrança do imposto devido. Este tipo de levantamento pode ser feito através da contagem física ou mediante análise documental de toda a movimentação do período, podendo ser aplicado em qualquer estabelecimento comercial ou industrial inscrito no cadastro de contribuintes do Estado que realize operações de entradas e saídas de mercadorias, ou com os produtos resultados de sua transformação.

No presente caso, considerando que o estabelecimento é uma indústria, a auditoria foi realizada com base no levantamento quantitativo em exercício fechado de diversos produtos acabados, sendo observado na fase de instrução que o processo não carecia de elementos esclarecedores, pois o mesmo contém todos os elementos necessários para a sua instrução. Por esse motivo, foi indeferido o pedido do autuado para a realização de diligência fiscal, nos termos do artigo 167, I, do RPAF/99.

Da análise dos elementos constantes nos autos, verifico que o valor do lançamento tributário se refere a diferença de saídas apurada por meio de auditoria de estoques.

Como dito acima, para ser efetuado o levantamento quantitativo, faz-se necessário conhecer as quantidades dos estoques (inicial e final), das entradas e das saídas, e do preço unitário médio a ser adotado.

Neste processo, por se tratar de produtos acabados, o estoque inicial foi informado pela empresa que no início do exercício de 2005 não possuía nenhuma mercadoria estocada, conforme declaração à fl. 798.

O demonstrativo de estoques às fls. 796 a 797 especifica os produtos selecionados, o estoque inicial, produtos fabricados; devolução de vendas; estoque final; saídas com notas fiscais; as saídas omitidas; preço unitário médio e o ICMS apurado.

Os estoques inicial e final foram informados pelo contribuinte, conforme ofício à fl. 798 e Registro de Inventário às fls. 799 a 802; 911 a 915; as entradas estão representadas pelos produtos fabricados e foram apuradas com base no demonstrativo mensal da própria empresa (docs. fls. 805 a 854); as devoluções de vendas estão relacionadas às fls. 855 a 910; as saídas com notas fiscais estão discriminadas às fls. 916 a 1.376; o cálculo do preço unitário médio foi feito com base nas saídas do mês de dezembro de 2005, na forma prevista na Portaria 445/98, e encontra-se às fls. 1.377 a 1.458.

Em todos os demonstrativos consta a assinatura do representante da empresa recebendo cópia. O autuado em sua defesa não apresentou qualquer demonstrativo para, se fosse o caso, ser confrontado com o da fiscalização.

Para refutar o trabalho fiscal de modo válido, o autuado deveria ter apontado quais quantidades de cada produto que estariam consignados erroneamente na auditoria de estoques. Mantenho o lançamento deste item, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e consta em cada demonstrativo que o autuado recebeu uma cópia, podendo exercer a ampla defesa e contraditório.

Por fim, informo que as multas aplicadas foram corretamente calculadas para as várias situações apresentadas no auto em questão. A situação aqui examinada não se resume a falta de recolhimento do ICMS de operações escrituradas. Há uma ampla gama de infrações incorridas, com as conseqüentes multas. Rejeito assim, a conversão de todas as multas para o percentual de 50%.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0022/06-0, lavrado contra **PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 1.198.382,33, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 23.241,46 e 70% sobre R\$ 1.175.140,87, previstas no art. 42, II, “a” e “f”; VII, “a”; e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas nos valores de R\$368.368,02, e R\$ 110.152,93, previstas nos incisos II, “f” e XIII-A, “g” do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR