

A. I. N° - 279934.0007/06-5
AUTUADO - BISON INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - RENE BECKER ALMEIDA CARMO
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 19. 10. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0304-01/07

EMENTA: ICMS. 1. EXPORTAÇÃO. a) REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EXPORTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Procedida a exclusão de operação que foi objeto de devolução assim como aqueles referentes a amostra grátis, fretes e cancelamento de documento fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** EXPORTAÇÃO INDIRETA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EXPORTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constitui fato gerador do ICMS a saída, por desincorporação e a título de transferência para outro estabelecimento do mesmo titular. Infração caracterizada. 4. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à utilização indevida de crédito presumido, enquanto a matéria fática cuida de crédito fiscal acumulado decorrente de exportação. Ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração Nula. 5. ZONA FRANCA DE MANAUS. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DO PRODUTO PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 6. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MATERIAL DE CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A exigência fiscal tem amparo no artigo 2º inciso V do RICMS/BA e na LC 87/96 e Lei nº 7.014/96. Infração devidamente comprovada. 7. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Exclusão de Notas Fiscais que comprovadamente estavam registradas. Refeitos os cálculos do levantamento com a redução do valor do débito originalmente exigido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2006, exige ICMS no valor de R\$ 402.007,11, imputa ao autuado o cometimento das seguintes irregularidades:

- 1) deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, nos meses de janeiro, março, abril, junho, setembro e dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 60.220,72, acrescido da multa de 60%;
- 2) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo, nos meses de fevereiro, abril, setembro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 31.227,95, acrescido da multa de 60%;
- 3) deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.189,03, acrescido da multa de 60%;
- 4) utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos meses de janeiro a março, junho a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 202.049, 85, acrescido da multa de 60%;
- 5) deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com o fim específico de exportação (exportação indireta), sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a maio de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 35.396,79, acrescido da multa de 60%;
- 6) deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de março a junho, setembro e novembro de 2003, março, maio, agosto, outubro e dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 271,91, acrescido da multa de 60%;
- 7) deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, nos meses de março a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.624,42, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de Transferência de Material de Uso e Consumo para empresa do Grupo no Rio Grande do Sul;
- 8) falta de recolhimento do ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 58.026, 44, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou defesa às fls. 810 a 817, esclarecendo, preliminarmente, que as infrações 02, 05 e 06, serão extintas através de compensação. Ataca as infrações 01, 03, 04, 07 e 08.

No que concerne à infração 01, afirma que os registros de exportação emitidos pelo SISCOMEX e os documentos fiscais de exportação direta, respectivos, acostados às fls. 831, provam a efetiva saída do país de todas as mercadorias descritas nas notas fiscais de exportação arroladas na autuação. Acrescenta que as Notas Fiscais nºs 066977, 067027, 067066, 067679, 070485, 070880, 071260, 073494, 074812, 076697, 078724 e 080755, referem-se a exportação direta de amostras (CFOP 7949) que não acarretam a emissão de registro de exportação. Sustenta que, apesar de não constar o número do “invoice” (fatura) em todas as vias da nota fiscal, a conferência pode ser feita pelos demais dados da nota fiscal que coincidem com o registro imediatamente acostado. Referindo-se às Notas Fiscais nºs 070469, 075024, 075314, 076196, 076304, 077557, 082696, 085140, 085783, 087487 e 099696, afirma que foram canceladas, o que gerou a emissão de notas fiscais de entradas das respectivas mercadorias, conforme cópias acostadas aos autos das citadas notas fiscais e livro Registro de Entradas, anexo às fls. 1.319 a 1.321

Quanto à infração 03, sustenta que o ICMS não incide sobre operações de transferências de bens do ativo para outros estabelecimentos da própria empresa por desincorporação. Pede que seja observada a Súmula nº. 166 do Superior Tribunal de Justiça, que reproduz.

Relativamente à infração 04, requer a nulidade da autuação, por não ser detentor de nenhum dos créditos presumidos referidos nos incisos I a X do artigo 96 do RICMS/BA, conforme indicado no Auto de Infração. Esclarece que é detentora do benefício do crédito presumido no percentual de 90% sobre as operações de saídas de calçados, artefatos de couro e componentes, previsto no PROBAHIA, conforme Resolução nº. 50/99, publicada no Diário Oficial do Estado do dia 31/12/99, não existindo nenhuma condição para sua utilização com o percentual de mercadorias exportadas. Invoca o ensinamento de Gilberto Ulhoa Canto, transcrevendo texto, para reforçar o seu entendimento. No mérito, aduz que a fórmula adotada pelo autuante para calcular a proporção dos créditos pelas entradas de insumos utilizados na exportação de produto é inadequada, por estabelecer uma relação proporcional incorreta/artificial.

No que tange à infração 07, reitera o entendimento de que o ICMS não incide nas transferências. Enfatiza que, apesar de os documentos fiscais arrolados na autuação conterem CFOP relativo à transferência de materiais de uso e consumo, na realidade, dizem respeito às operações de transferência de bens do ativo imobilizado.

Reportando-se à infração 08, aduz que a planilha acostada aos autos prova que diversas notas fiscais relacionadas na autuação estão registradas no livro Registro de Entradas, o que afasta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Pede a realização de perícia para confirmar as suas alegações. No que concerne às notas fiscais não lançadas no livro próprio que acobertaram operações de transferências de insumos, aduz que foram registradas no estoque da filial e consumidas no processo produtivo, e o saldo remanescente lançado no livro Registro de Inventário, estando tudo integrado com a contabilidade geral. Pede a realização de perícia para comprovação do alegado. Acrescenta que, diversas notas fiscais cuja ausência de registro no livro Registro de Entradas implicou na presunção de omissão de saídas tributáveis, referem-se a operações de transferência e/ou empréstimo de bens para o ativo imobilizado, que não constitui fato gerador do ICMS. Esclarece que o CFOP 6.557 – transferência de material de consumo - foi indicado por equívoco em algumas notas fiscais, haja vista que dizem respeito ao ativo imobilizado e que tais bens foram contabilizados e estão lançados no sistema de controle patrimonial da empresa.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração, relativamente às infrações 01, 03, 04, 07 e 08.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal, às fls. 1297 a 1300, informou que em vista de ter constatado que o autuado comprova a remessa de diversas mercadorias para o exterior com o CFOP 7949 que se refere a amostras grátis, a emissão de várias notas fiscais complementares para cobrança de frete e também para devolução de mercadorias que foram devidamente canceladas e registradas nos livros fiscais próprios do autuado e apresentadas na defesa, acata as alegações defensivas e após as devidas alterações apresenta demonstrativo com o valor modificada para R\$ 5.983,02, sendo R\$ 1.402,13 no exercício de 2003 e R\$ 4.580,89 no exercício de 2004.

Referindo-se à infração 03, mantém a autuação afirmando que o imposto incide nas transferências conforme o artigo 2º, inciso V, do RICMS/BA, e na Lei 7.014/96 e LC 897/96.

Reportando-se à infração 04, esclarece que houve cometimento de pequeno equívoco, por parte do fiscal autuante, apenas no que se refere ao enquadramento da infração, tendo em vista que ao se determinar no SEAI a infração cometida pelo autuado, o próprio sistema se incumbiu de enquadrá-la e tipificá-la, faltando ao autuante apenas o cuidado de enquadrar a infração no inciso específico do artigo 96 do RICMS/BA, que poderia ser de I a X. Acrescenta que, pelos demonstrativos acostados aos autos fica evidenciado que se trata de crédito fiscal acumulado em razão da manutenção dos créditos fiscais em decorrência das exportações, manifestando o entendimento de que não é motivo para nulidade da infração ou da totalidade do Auto de Infração. Aduz que o termo “Auditoria de

crédito presumido com base nas exportações e remessas para exportações” quer de fato demonstrar diferenças encontradas em alguns meses no que se refere ao coeficiente de participação do valor das saídas destinadas ao exterior em um mês, relação ao valor total das saídas realizadas no mesmo período, conforme determina o artigo 8º, da Portaria nº. 304/04. Esclarece que, além dos CFOPs 55521, 5552, 5547, 5916, 6552 e 6557, excluídos pelo autuante, foram detectadas outras saídas que foram excluídas do valor total geral das saídas que são: 5201, 5555, 5901, 5915, 6201, 6202, 6901, 6902, 6905, 6911 e 6913. Acrescenta que corrigiu as distorções sugeridas pelo autuado e restabeleceu o coeficiente (percentual de mercadorias exportadas) de participação do valor das saídas e prestações destinadas ao exterior, passando o valor do ICMS exigido para R\$ 165.318,17, sendo R\$ 69.403,35 relativo ao exercício de 2003 e R\$ 95.914,82 relativo ao exercício de 2004, conforme demonstrativo acostados aos autos.

Quanto à infração 07, sustenta que o ICMS incide nas transferências de materiais de uso e consumo e bens do ativo imobilizado. Mantém a infração.

No tocante a infração 08, mantém a autuação, afirmando que o autuado não comprova o registro das notas fiscais nos livros fiscais próprios, conforme alega.

Conclui opinando pela manutenção parcial da autuação, no valor de R\$ 311.037,73.

O autuado, após acusar a ciência sobre a informação fiscal, se manifestou às fls. 544 a 547, reiterando os argumentos defensivos em relação às infrações 01, 03, 04 e 07.

Quanto à infração 08, solicita a realização de diligência para comprovação da escrituração fiscal das notas fiscais arroladas na autuação. Diz que anexou à manifestação cópia de três laudas do livro Registro de Entradas que, por amostragem, comprovam a necessidade da diligência. Cita a título exemplificativo a Nota Fiscal nº 10.364, 50.964, 4.545 e 16.885. Reitera o argumento defensivo inicial que diversas notas fiscais dizem respeito a operações de transferência e/ou empréstimo de bens para o ativo imobilizado, que não constitui fato gerador do ICMS.

Conclui requerendo o julgamento pela insubsistência das infrações 01, 03, 04, 07 e 08.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, considerando que o contribuinte na peça de defesa (fls. 810/817), bem como em manifestação posterior (fls. 1310/1317) sustenta que, relativamente à infração 08 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas – diversas notas fiscais foram efetivamente registradas, conforme planilha anexada às fls. 1083/1085, e exemplo que apresenta referente às Notas Fiscais nºs 10.364, 50.964, 4.545, e respectivos livros Registro de Entradas de Mercadorias (fls. 1319/1321), converteu o processo em diligência à INFRAZ/SERRINHA, a fim de que fosse verificado pelo Fisco se as alegações defensivas eram pertinentes, e, em caso afirmativo, elaborasse novo demonstrativo de débito.

Às fls. 1326/1327, o Auditor diligente esclareceu que, após as devidas verificações, deduziu da exigência relativa ao exercício de 2003 as Notas Fiscais nºs 5964, 566635, 4545 e 1364 e também a Nota Fiscal nº 16885 anulada pelo fornecedor, que totalizam R\$ 143.204,59, o que resulta na base de cálculo de R\$ 1.238.514,14, que após a redução de 90% resulta numa base de cálculo de R\$ 123.851,41 e ICMS reclamado no valor de R\$ 21.054,74. No exercício de 2004, esclareceu o revisor que as Notas Fiscais nºs 883, 583030, 102816, 30362, 245, 13533, 30662, 245, 13533, 30662, 1014, 36708, 36785, 52389, 1061, 45582, 44653, 54541, 1095, 1125, 253, 600300, estão registradas totalizando R\$ 470.785,84, resultando numa nova base de cálculo de R\$ 1.560.815,52, que após a redução de 90% resulta na base de cálculo de R\$ 156.081,55 e ICMS reclamado no valor de R\$ 26.533,86.

Finaliza dizendo que este item da autuação fica modificado para o montante de R\$ 47.588,60.

Intimado o contribuinte para ciência sobre o resultado da diligência, este às fls. 1417 a 1419, concorda com o valor da redução apurada pelo diligente. Contudo, no tocante ao valor remanescente, reitera os argumentos defensivos referente à realização de perícia na sua escrituração fiscal para comprovação de que as mercadorias recebidas por transferência foram registradas no estoque e consumidas no processo produtivo, e o saldo, lançado no livro Registro de Inventário,

sendo o caso. Quanto às operações de transferências de bens do ativo imobilizado, reitera o entendimento de que não estão sujeitas à incidência do imposto.

À fl. 1421, o diligente contesta as alegações defensivas, afirmando que a realização de perícia é desnecessária, pois todos os documentos contidos no PAF são suficientes para conclusão do processo, conforme dispõe o artigo 147, II, “b”, do RPAF/99.

Consta às fls. 1423/1424, extrato do SIGAT com detalhamento do pagamento relativo à parte do débito reconhecido pelo autuado.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de 08 (oito) infrações à legislação do ICMS decorrentes de:

- 1- falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação “Exportação”, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação;
- 2- falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo;
- 3- falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento;
- 4- utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor;
- 5- falta de recolhimento do ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com o fim específico de exportação (exportação indireta), sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário;
- 6- falta de recolhimento do ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA;
- 7- falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas;
- 8- falta de recolhimento do ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Do exame das peças processuais, constato que o autuado reconhece as infrações 02, 05 e 06, esclarecendo, inclusive, que estas serão compensadas com créditos fiscais acumulados. Insurge-se contra as infrações 01, 03, 04, 07 e 08.

No que concerne à infração 01, verifico que o autuado sustenta que os Registros de Exportação emitidos pelo SISCOMEX e os documentos fiscais de exportação direta, respectivos, acostados aos autos, provam a efetiva saída do país de todas as mercadorias descritas nas notas fiscais de exportação arroladas na autuação.

Vejo, também, que o Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal, após proceder à devida análise dos documentos acostados aos autos, excluiu da exigência as Notas Fiscais relativas à remessa de diversas mercadorias para o exterior com o CFOP 7949 - que se refere à amostras grátis -; excluiu, também, Notas Fiscais complementares para cobrança de frete e referentes à devolução de mercadorias que foram regularmente canceladas e registradas nos livros fiscais próprios do autuado e apresentadas na defesa, e, também, as Notas Fiscais cujas quantidades são coincidentes com o Registro de Exportação. Manteve a exigência apenas quanto às saídas destinadas ao exterior cujas quantidades de mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais não encontram correspondência

com os Registros de Exportação. Com as exclusões efetuadas o valor do ICMS originalmente exigido de R\$ 60.220,72 passou para R\$ 5.983,02.

A meu ver, as exclusões levadas a efeito pelo ilustre Auditor Fiscal revisor, adotando o critério de identificação de correspondência entre as quantidades indicadas nas Notas Fiscais e nos Registros de Exportação, não podem ser consideradas, pela falta de certeza de que se referem aos mesmos documentos fiscais arrolados na autuação, haja vista que o Registro de Exportação não se constitui como elemento probatório da efetiva exportação. Certamente, tal comprovação poderia ser feita através da Declaração de Despacho de Exportação - DDE, por conter o número do documento fiscal, caso fosse apresentada pelo contribuinte.

Parece-me pertinente esclarecer que o Registro de Exportação – RE é o conjunto de informações de natureza comercial, financeira, cambial e fiscal que caracterizam a operação de exportação de uma mercadoria e definem o seu enquadramento, sendo preenchido pelo próprio exportador previamente à declaração para despacho aduaneiro e ao embarque da mercadoria. O RE é automaticamente efetivado pelo SISCOMEX, recebendo um número e data, que são fornecidos pelo sistema podendo ser alterado durante o curso dos procedimentos para despacho aduaneiro, tendo validade pelo prazo de 60 dias, passível de prorrogação.

Já a Declaração de Despacho de Exportação - DDE, obtida por meio eletrônico, é o procedimento fiscal mediante o qual se processa o desembaraço aduaneiro da mercadoria destinada ao exterior, seja ela exportada a título definitivo ou não. Assim, toda mercadoria destinada ao exterior, inclusive a reexportada, está sujeita a despacho de exportação. A DDE é considerada registrada a partir da disponibilidade do RE e da formulação da Declaração para Despacho de Exportação no sistema, onde recebe uma numeração seqüencial pelo SISCOMEX.

Portanto, no caso em exame, apenas o RE não é suficiente para comprovação das exportações, que poderia ser confirmada com a apresentação da DDE pelo contribuinte.

Observo que, apesar de ter sido intimado por diversas vezes para apresentar a comprovação das exportações, conforme Termo de Intimação às fls. 17, 18, 24 e 25 dos autos, inclusive, constando expressamente a exigência de apresentação dos comprovantes fornecidos pelo SISCOMEX (Declaração de Exportação e/ou Memorandos de Exportação), o autuado não atendeu a solicitação.

Vale consignar que, no Termo de Intimação à fl. 25, consta a observação do autuante de que: “ *Nos RE(s) não constam os números das Notas Fiscais, o que impossibilita proceder quaisquer análises. Assim, é necessário que sejam encaminhadas as Declarações de Exportações ou Memorandos de Exportações.*”

Diante do exposto, relativamente ao exercício de 2003, concordo com o revisor apenas quanto à exclusão do mês de setembro da Nota Fiscal nº 56685, referente à devolução de exportação, cujo valor do ICMS devido é de R\$ 138,55. Assim, no exercício de 2003, o ICMS devido passa para o valor de R\$ 6.670,49. Ressalto que considerei o mesmo critério utilizado pelo autuante para determinar o ICMS devido, ou seja, do ICMS apurado foi deduzido o crédito presumido de 90% do valor do imposto a que faz jus o contribuinte.

No que tange ao exercício de 2004, também concordo com a exclusão da base de cálculo dos valores relativos às Notas Fiscais referentes à amostra grátis, frete e canceladas, permanecendo as demais Notas Fiscais pela falta de comprovação da exportação. Assim, no exercício de 2004, o ICMS devido passa para R\$ 46.179,45. Também na apuração foi considerado o crédito presumido de 90%, conforme a autuação.

Assim, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 52.849,95, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data da Ocorrência	ICMS julgado (R\$)
--------------------	--------------------

31/01/2003	1.710,63
31/03/2003	299,91
30/04/2003	1.364,13
30/06/2003	735,23
30/09/2003	2.360,15
31/12/2003	200,44
31/01/2004	4.605,98
31/03/2004	1.706,41
30/04/2004	13.982,00
31/05/2004	6.677,91
30/06/2004	709,61
31/07/2004	5.086,25
31/08/2004	2.685,06
31/10/2004	610,21
30/11/2004	3.887,51
31/12/2004	6.228,52
TOTAL	52.849,95

Quanto à infração 03, contrariamente ao argumento defensivo, a Lei Complementar 87/96, ao falar de operação de transferência, dispõe no seu artigo 12, I, abaixo transcrito:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”

Da mesma forma, com as mesmas palavras da Lei Complementar 87/96 acima referida, o artigo 4º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, estabelece:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”.

Portanto, o argumento defensivo - inclusive quanto à decisão do STJ - de que não constitui fato gerador do ICMS a saída de bens destinados ao ativo imobilizado, em virtude de transferência não pode prosperar. Mantida a infração no valor de R\$ 6.189,03.

Relativamente à infração 04, o Auto de Infração aponta como irregularidade: *“utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor.”* No enquadramento consta: *“Artigo 96 (incisos I a X) a depender da hipótese) e artigo 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97”.*

O autuado argúi a nulidade da autuação, por não ser detentor de nenhum dos créditos presumidos referidos nos incisos I a X do artigo 96 do RICMS/BA, conforme indicado no Auto de Infração.

Entendo assistir razão ao autuado. Na realidade, a autuação quis se reportar à utilização indevida de crédito fiscal acumulado em razão da regra de manutenção, decorrentes de operações de exportação, conforme previsto no artigo 107, do RICMS/BA. Contudo, erroneamente, consignou a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto no artigo 96, incisos I a X, e artigo 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97. Acredito que tal equívoco poderia ser ultrapassado, caso os demonstrativos anexados ao Auto de Infração identificassem corretamente a imputação. Contudo, constato que, além da indicação equivocada no Auto de Infração, os demonstrativos às fls. 129 e

146, têm como título “AUDITORIA DE CRÉDITO PRESUMIDO COM BASE NAS EXPORTAÇÕES E REMESSAS PARA EXPORTAÇÕES”. Assim, considerando que neste item da autuação, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real, implicando na mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo nulo este item da autuação. Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente, a repetição do lançamento, a salvo de falhas.

No respeitante à infração 07, o argumento do autuado é o mesmo esposado na infração 03, ou seja, de que o ICMS não incide nas transferências. Conforme disse anteriormente, a previsão contida no artigo 2º, inciso V, do RICMS/BA, tem amparo na Lei Complementar 87/96 e na Lei Estadual 7.014/96, se constituindo em fato gerador do ICMS. Mantida a infração no valor de R\$ 8.624,42.

Relativamente à Infração 08 - que trata da falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas-, o imposto está sendo exigido com base na presunção legal de que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos, efetuou as aquisições das mercadorias não contabilizadas. Trata-se de uma presunção relativa, prevista no §4º do artigo 4º, da Lei 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542/02, conforme abaixo transcrito, significando dizer que, pode ser elidida pelo contribuinte, desde que este comprove a sua improcedência.

“Art.4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º - O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

De início, no que concerne à realização de perícia para comprovação das razões defensivas, inclusive, para responder aos quesitos apresentados na peça de defesa, não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito-dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame. As questões suscitadas pelo autuado encontram respostas nos documentos acostados aos autos, inclusive, na própria documentação do contribuinte e na legislação do ICMS. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, que dispõe:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

(...)

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

No respeitante ao mérito, a diligência solicitada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, a fim de que fosse verificado pelo Fisco se as alegações defensivas de que diversas Notas Fiscais arroladas na autuação estavam devidamente escrituradas, trouxe como resultado a exclusão do exercício de 2003 das Notas Fiscais nºs 5964, 566635,4545 e 1364 que se encontravam regularmente escrituradas, bem como da Nota Fiscal nº 16885, que fora anulada pelo fornecedor. No exercício de 2004,

esclareceu o revisor que as Notas Fiscais nºs 883, 583030, 102816, 30362, 245, 13533, 30662, 245, 13533, 30662, 1014,36708, 36785,52389,1061,45582,44653,54541, 1095, 1125, 253,600300, estavam devidamente registradas.

Com relação às demais Notas Fiscais, o próprio autuado admite não terem sido lançadas no livro Registro de Entradas ao solicitar a realização de perícia e afirmar que *“restará provado que as mercadorias recebidas por transferência, descritas nas notas fiscais, que não foram registradas no livro de entradas, de fato deram entrada e não há que se falar em omissão de saídas de mercadorias tributáveis.”*

Assim, como o imposto está sendo exigido com base na presunção legal de que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos, efetuou as aquisições das mercadorias não contabilizadas, restando comprovado que as Notas Fiscais arroladas no demonstrativo às fls. 1327 efetivamente não estavam registradas, cabe a exigência do ICMS no valor de R\$ 47.588,60, conforme demonstrativo acostado aos autos pelo revisor. Infração parcialmente subsistente.

Diante do exposto, as infrações 02, 03, 05, 06 e 07 são integralmente subsistentes, a infração 01, parcialmente subsistente e a infração 04 nula.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279934.0007/06-5**, lavrado contra **BISON INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 182.148,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 134.560,05 e 70% sobre R\$ 47.588,60, previstas no artigo 42, II, “a”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR