

A. I. N° - 206969.0015/08-7  
AUTUADO - MARLIN INDUSTRIAL LTDA.  
AUTUANTE - IRENE ERCI LINO  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
INTERNET 23.12.09

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0380-05/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS EM DOCUMENTOS FISCAIS. Ilícito reconhecido pelo autuado. Infração mantida. **b)** MERCADORIAS COM A SAÍDA SUBSEQÜENTE BENEFICIADAS COM A NÃO INCIDÊNCIA. Ilícito reconhecido pelo autuado. Infração mantida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. INFORMAÇÕES DIVERGENTES NAS VIAS DOS MESMOS DOCUMENTOS FISCAIS. O contribuinte não conseguiu justificar as incongruências entre as vias das mesmas notas fiscais. Infração caracterizada. 4. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Ilícito reconhecido pelo autuado. Infração mantida. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal efetuada pela autuante. 6. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. O ICMS será lançado pelo responsável sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a hipótese de a mercadoria vir a ser destinada a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente ou destinatário que a tiver recebido com diferimento do imposto, ou a emprego em objeto alheio às suas atividades (art. 347, III, “a” do RICMS/BA). Infração caracterizada. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedidos de diligência e de redução de multa negados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente auto de infração, lavrado em 30/12/2008, traz a exigência de ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 72.419,96, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1. entrada de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Multa por descumprimento de obrigação acessória de 01% (R\$ 2.492,91), prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96;
2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documentos fiscais. Valor de R\$ 630,04. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96;

3. utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes “beneficiadas com a não incidência do imposto”. Valor exigido de R\$ 177,09. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96. Está dito que o autuado utilizou indevidamente crédito de aquisição de mercadorias (teclados, mouses etc.), que são insumos no processo produtivo, cujas saídas gozam de estorno de 100% do débito, sendo vedado o uso de crédito, de acordo com o art. 4º do Decreto 4.316/95;
4. recolhimento a menor do imposto, em razão de utilização de nota fiscal com numeração ou seriação em duplicidade. Valor exigido de R\$ 4.128,36. Multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “e” da Lei 7.014/96. Afirma-se que houve recolhimento a menos do tributo em razão de calçamento de nota fiscal ou utilização de nota fiscal com numeração paralela, comprovada pela divergência dos dados coletados no CFAMT e a via fixa do talonário do contribuinte. Os lançamentos efetuados pelo sujeito passivo estariam de acordo com as vias fixas, e a diferença cobrada refere-se à existente entre os valores constantes destas e aqueles do CFAMT;
5. estorno de débito em desacordo com a legislação do imposto. Valor exigido de R\$ 260,45. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96. Registra-se que o autuado efetuou estorno de débito de notebook adquirido no mercado nacional como se fosse produto importado com diferimento, com carga tributária de 3,5% nas saídas, conforme previsão dos arts. 2º e 7º do Decreto 4.316/95;
6. falta de recolhimento de imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias apurada em levantamento quantitativo de estoque por exercício fechado (2004). Valor de R\$ 3.167,13. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96;
7. falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Valor de R\$ 61.653,98. Multa de 60%, prevista no art. 42, II “a” da Lei 7.014/96. Está consignada a ocorrência de imobilização e aluguéis, nos exercícios de 2003 e 2004, de produtos elaborados pelo sujeito passivo, cujos componentes, partes e peças foram importadas com diferimento do imposto, amparado pelo Decreto 4.316/95, não havendo a comercialização das mercadorias.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 279 a 293, através de advogados constituídos mediante instrumento de mandato de fl. 274.

Reconhece como procedentes as infrações 1, 2, 3 e 5.

Com relação à infração 1, apesar de ter reconhecido a procedência, afirma que para evitar maiores discussões, já que não há como provar que as mercadorias não foram recebidas, procede ao recolhimento do tributo referente às mesmas. As mercadorias descritas nas Notas Fiscais de nºs 509221, 520593 e 522065, alega, não foram recebidas, portanto, não podem ser objeto de cobrança de ICMS. Não teria sentido algum deixar de lançar notas fiscais que lhe beneficiariam, já que a tributação do imposto de renda e CSLL aumenta com o acréscimo de receita. De outro lado, pondera que não possui estas notas fiscais, que poderiam, caso canceladas, comprovar que não entraram na empresa.

Quanto à infração 4, assevera que a autuante – antes de afirmar o cometimento do ilícito -, não teve o cuidado de diligenciar a análise da documentação da empresa. Observa que a nota fiscal nº 249 é no valor de R\$ 15.730,00, emitida em 17/04/2004, e é de remessa para o imobilizado de produto que não circulou, já que não se trata de operação mercantil, mas de simples remessa. A nota fiscal nº 250 é no valor de R\$ 36.927,90, emitida em 17/04/2004 e trata de venda de mercadoria, tendo havido a circulação. Na verdade, a nota fiscal apresentada supostamente de nº 249 é a nota fiscal de nº 250, que tem idênticas características e foi devidamente lançada na escrita fiscal. Semelhante foi o caso da outra nota fiscal. Vê-se que a de nº 251 é no valor de R\$ 15.730,00, emitida em 19/04/2004, concernente a remessa para aluguel. A nota fiscal nº 252 é no valor de R\$ 22.050,00, emitida em 22/04/2004 e trata também de remessa para aluguel. Na verdade, a nota fiscal apresentada supostamente de nº 251 é a de nº 252, que tem idênticas características e foi devidamente lançada na escrita fiscal. Aduz que em nenhum momento houve calçamento de notas, mas sim um calçamento de número de notas pelo próprio Fisco, porque modificou a

numeração das notas fiscais 252 para 251 e 250 para 249, constituindo um ilícito não do contribuinte, mas do próprio Estado Fisco.

Pugna pela improcedência da infração.

No tocante à infração 06, diz que o quantitativo se encontra incorreto. O produto intitulado “MONITOR NEC LCD 20” teve sua contagem equivocadamente lançada. Observa que a nota fiscal de saída de nº 313 contém um computador com 02 monitores cada, tendo o total de unidades de 10 (dez), ou seja, 10 computadores com 02 (dois) monitores cada, o que totaliza 20 monitores e não 10 (dez) como lançado pela fiscal autuante no seu levantamento. Afirma que a diferença encontrada pela autuante não existe, já que entraram 23 unidades do “MONITOR NEC LCD 20” e saíram 23 unidades do mesmo produto, de forma que não existe qualquer diferença a ser recolhida. Quanto ao levantamento quantitativo do “Monitor CRT”, argumenta que está equivocado, uma vez que não foram contabilizadas as notas de entrada de alguns monitores que integram o equipamento. Não há descrição nestas notas, pois o monitor compõe o produto e é incorporado ao processo produtivo. Assim, em verdade os monitores não são vendidos separados da CPU, de forma que a contabilização dos mesmos fica prejudicada, diante da incorporação ao processo produtivo. Assim, existem várias notas que não descrevem o produto monitor, porque está incorporado ao produto, muita vez por exigência do próprio cliente, em geral órgãos públicos. O mesmo ocorre com os teclados.

Requer seja determinada diligência por fiscal estranho ao feito, a fim de refazer o levantamento, considerando a incorporação destes produtos aos equipamentos produzidos.

Relativamente à infração 7, entende que agiu incorretamente a autuante, porque não observou o campo de incidência do ICMS, independentemente de fruição de benefício fiscal do diferimento, uma vez que o termo final do diferimento é a saída da mercadoria do estabelecimento. A operação realizada, conforme alega, não é tributável, porque a regra matriz de incidência do ICMS não se completa quando da análise do caso em concreto. Observa que produziu alguns microcomputadores e destinou os mesmos para o ativo imobilizado. O Fisco então pretende tributar a operação de imobilização dos mesmos. Argumenta que o que cabe então analisar é estritamente se foge ou não ao âmbito de incidência do ICMS a operação realizada. Sem a mudança de titularidade da mercadoria não nasce o dever de pagar o ICMS, e qualquer dispositivo criado para modificar a arquitetura prevista na Carta Magna para este tributo não deve ser aplicado por flagrante constitucionalidade. Idêntica argumentação apresenta para as operações de locação.

Aponta os princípios da verdade material e da vedação de utilização de tributos para o fim de confisco, assim como a limitação para a imposição de penalidades pecuniárias.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração, a redução da penalidade pecuniária para 30%, a improcedência das infrações 1, 4 e 7, revisão fiscal relativa à infração 6 e homologação dos valores já recolhidos.

Protesta pelo uso de todos os meios de prova admitidos na legislação, requerendo desde já revisão por fiscal estranho ao feito.

Na informação fiscal de fls. 311 a 327, a autuante diz que encontrou nos sistemas da SEFAZ comprovante de recolhimento dos valores referentes às infrações 1, 2, 3 e 5.

Com relação à infração 4, afirma que analisou os documentos colacionados à peça de defesa, constatando que o contribuinte recebeu as cópias das notas fiscais (fls. 298 a 301), não tendo havido a alegada modificação de números por parte do Fisco. As vias das notas fiscais 249 e 251 foram coletadas pelo CFAMT e enviadas para a autuante. Como a utilização do documento é através de folhas de carbono, cada nota fiscal deve conter as mesmas informações em todas as suas vias. A via coletada pelo CFAMT é a 4<sup>a</sup>, e a encontrada no talonário a 2<sup>a</sup>, não havendo justificativas para incongruências entre essas (fls. 21 a 24, 298, 299, 301 e 302). Mantém a acusação.

Com referência à infração 6, relativamente ao produto Monitor CRT, não há nenhum equívoco no levantamento. Entende que as razões de defesa são descabidas e contraditórias. Descabida porque faz referência a item que não foi objeto da auditoria. Foi apurada entrada a menor do que as saídas (omissões de saídas anteriores) do produto Monitor CRT, e a infração 06 diz respeito à

omissão de saídas das mercadorias estabilizador, impressora, notebook, e Monitor NEC LCD 20. Idêntica situação aponta para o produto teclado, porquanto não foi levado em conta no levantamento.

À fl. 322, efetua revisão nos cálculos de fls. 32 e 29 concernente à nota fiscal de saída de nº 313, com a inclusão de 10 unidades nas saídas de mercadorias Monitor NEC LCD 20, sendo que o imposto exigido na infração 06 ficou reduzido de R\$ 3.167,13 para R\$ 521,79.

No tocante à infração 7, informa que há uma distorção nas alegações defensivas. O contribuinte foi autuado porque importou com deferimento do tributo componentes partes e peças, sendo o momento final a saída dos produtos resultantes da industrialização, quando então o sujeito passivo teria direito ao estorno do débito. Nessa linha, aduz que a legislação prevê que o ICMS será lançado pelo responsável sempre que se verificar a ocorrência de fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do deferimento (art. 347, III, "a" do RICMS/BA). Mantém a autuação e tece considerações sobre os princípios da verdade material e da vedação de utilização de tributos para o fim de confisco, assim como sobre a limitação para a imposição de penalidades pecuniárias.

Mantém a autuação e solicita a retificação da infração 6.

O autuado junta manifestação sobre a informação fiscal às fls. 331 a 333. Repete as alegações de defesa relativas à infração 4, requer a retificação da infração 6 e pondera que a autuante não enfrentou os argumentos de impugnação referentes à infração 7, limitando-se a citar dispositivo regulamentar. Por fim, requer a improcedência das infrações guerreadas.

## VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Com relação ao pedido diligência e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

Com relação à eventual agressão ao princípio da vedação de utilização de tributos para o fim de confisco, assim como a limitação para a imposição de penalidades pecuniárias, entendo que a autuante agiu nos estritos termos da legislação em vigor, e não cabe a este Conselho apreciar constitucionalidade de norma ou dispositivo legal do Estado.

O sujeito passivo reconhece como procedentes as infrações 02, 03 e 05, tendo inclusive informado que efetuou o pagamento das mesmas. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, tais infrações não serão objeto de apreciação neste julgamento.

Quanto à primeira infração, o autuado informou tê-la acatado, mas apresentou impugnação. O ilícito trata de entrada de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte afirma que as mercadorias não foram recebidas, mas não tem como provar. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Infração caracterizada.

No que tange à infração 4, da análise dos documentos de fls. 298 a 302, verifico que o contribuinte de fato recebeu as cópias das notas fiscais, pois as colacionou na defesa. Não constatei a alegada modificação de números dos documentos por parte do Fisco (de 252 para 251 e de 250 para 249). Com efeito, nos postos fiscais, as vias das notas são coletadas e enviadas para os auditores quando solicitadas. Evidentemente, assiste razão à autuante quando afirma não haver

justificativas para as incongruências entre vias das notas fiscais, conforme se verifica às fls. 21 a 24, 298, 299, 300, 301 e 302. Infração caracterizada.

Com referência à infração 06, relativamente ao produto Monitor CRT, as afirmações de defesa não ensejam nenhuma repercussão no resultado do levantamento, já que a autuação foi por omissão de saídas (maior expressão monetária, fl. 29) e a auditoria do referido item resultou em presunção de omissão de saídas anteriores, como afirmou a autuante. Situação semelhante é a do produto teclado: não foi levado em conta no imposto cobrado, pois auditoria do referido item também resultou em presunção de omissão de saídas anteriores. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. À fl. 322, a autuante acatou o quanto dispôs o sujeito passivo na impugnação e efetuou revisão nos cálculos, tomando por base a nota fiscal de saída de nº 313, com a inclusão de 10 unidades nas saídas da mercadoria Monitor NEC LCD 20, sendo que o imposto exigido ficou reduzido de R\$ 3.167,13 para R\$ 521,79. Acato tal revisão, de modo que o ICMS cobrado nesta infração reste diminuído de R\$ 3.167,13 para R\$ 521,79.

No que se refere à infração 7, verifico que o contribuinte importou mercadorias com o benefício do diferimento, cujo termo para estorno do débito é o da saída do produto industrializado. O próprio autuado confessa ter dado destinação diversa à mercadoria importada, alegando que não incide o ICMS sobre a situação fática (aluguel das mercadorias e destinação das mesmas ao imobilizado). Não é este o foco, mas o imposto devido quando da importação. Não se está exigindo o tributo em função dos aluguéis dos equipamentos, por exemplo, mas aquele que foi deferido sob a condição de ser posteriormente industrializado. O ICMS será lançado pelo responsável sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a hipótese de a mercadoria vir a ser destinada a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente ou destinatário que a tiver recebido com deferimento do imposto, ou a emprego em objeto alheio às suas atividades (art. 347, III, “a” do RICMS/BA). Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 69.774,62, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206969.0015/08-7, lavrado contra **MARLIN INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$67.281,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 62.631,56, 100% sobre R\$4.128,36 e 70% sobre R\$ 521,79, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, “a” e “f”, III, e IV, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.492,91** prevista no art. 42, XI da mesma Lei, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA