

A. I. Nº - 298938.0901/08-0
AUTUADO - COTESI DO BRASIL–COMERCIO, INDÚSTRIA DE FIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - WELINGTON MATOS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 10.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-02/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ANTERIORES DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. INADEQUAÇÃO DO ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO ADOTADO. Impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, haja vista que praticamente todas as operações efetuadas pelo estabelecimento dizem respeito a mercadorias isentas ou sem tributação, tornando totalmente inócuo o procedimento fiscal adotado para se apurar, efetivamente, a ocorrência de créditos tributários não recolhidos aos cofres do Estado. Infração nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado; b) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente reconhecida pelo autuado; 3. LIVROS FISCAIS. a) LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS ESPECIAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração subsistente reconhecida pelo autuado. b) LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E DE APURAÇÃO DO ICMS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/06/2010, atribui ao autuado as seguintes infrações:

Infração 1 – falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 15.031,41, multa de 70%;

Infração 2 - deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 119,00, multa de 60%;

Infração 3 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$3.286,80;

Infração 4 – escriturou livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares, multa no valor de R\$140,00. Consta que escriturou irregularmente os livros de Registro de Entradas e o livro de Apuração do ICMS;

Infração 5 – deixou de escriturar o livro de Apuração do ICMS Especial (Crédito Acumulado) no período de 2003 a 2007. Multa de R\$ 460,00.

O autuado, às fls. 254 a 276, apresenta sua defesa, argumentando que é uma empresa industrial preponderantemente exportadora de fios de sisal, cujas saídas para o exterior beira o percentual de 99% (noventa e nove por cento) da totalidade de suas vendas. Por outro lado, quase que a totalidade de seus insumos (fibra de sisal beneficiada) são adquiridos de produtores rurais ou empresas beneficiadoras. Com efeito, está devidamente habilitada a operar no regime de diferimento, não havendo pagamento do ICMS nas entradas dos referidos produtos. Por força do art. 347, § 3º, I, “a”, do RICMS-BA, esteve ainda dispensada do recolhimento do ICMS diferido haja vista que, no período indicado as saídas de mercadorias para o exterior representaram quase que a totalidade de suas vendas.

Argui a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista não ter sido observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, constituindo-se num flagrante cerceamento do direito de defesa, conforme restará provado adiante. Isto porque o enquadramento legal da multa da primeira infração apontada (Infração 01 – 04.05.04, conforme consta do Auto de Infração) está completamente equivocado, em razão de o autuante ter optado pela infração do inciso III do art. 42 da Lei 7.014/96, ao invés daquela prevista no XI, do mesmo diploma legal, que assim preceitua:

“XI – 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”.

Afirma que é habilitada ao regime de diferimento e todo o seu insumo principal, qual seja, a fibra de sisal, entra em seu estabelecimento sem a tributação do imposto. E, ainda, em razão das saídas das mercadorias por ela produzidas para o exterior, não há o que se falar em operações tributadas, em face da dispensa do recolhimento do imposto prevista no art. 347, § 3º, I, “a”, do RICMS-BA. Portanto, o enquadramento da infração no mencionado inciso XI é específica ao caso e o que mais coaduna com a situação fática. Ademais, a penalidade da infração prevista no retrotranscrito inciso XI é flagrantemente menos gravosa para o contribuinte. Entende que esse fato põe em xeque o procedimento adotado, o que significa dizer que tal procedimento poderá no todo estar viciado por outros erros inadmissíveis, podendo-se se afirmar que não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração apontada.

Assegura que o relatório denominado “demonstrativo do diferencial de alíquota não debitado ou debitado a menor” não fora relacionado na peça principal do ato administrativo, notadamente nas páginas 01 a 03, conforme comentado no item 2, alínea “c”, adiante.

Conclui que os motivos ensejadores da nulidade do Auto de Infração estão disciplinados no art. 18 do RPAF.

Relaciona alguns julgados proferidos por este Egrégio Colegiado: “AI Nº - 03148640/97, RESOLUÇÃO Nº 5381/98, “3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF Nº 0299/99.

Destaca que no ACÓRDÃO JJF Nº 0299/99, observa-se constar em seu relatório que “...o DICO ao analisar o processo entende que o Autuante caracterizou indevidamente a infração como OMISSÃO DE ENTRADAS e que o pressuposto correto seria a PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. “No entanto ao seu ver esta presunção só seria cabível no levantamento quantitativo e que no caso sub studio caberia a imposição da multa de caráter formal de 5% e de 10% sobre o valor comercial das entradas não-escrituradas de acordo com as normas contidas nos artigos 401 X do Dec. 2.460/89 e 915 IX do Dec. 5.444/96”.

Aponta que, no voto do Relator, se constata que “...conforme restou demonstrado ficou evidenciado que o Auto de Infração não contém elementos para se determinar com segurança a natureza da infração. Faltou à descrição dos fatos a clareza necessária ao entendimento do objeto da acusação em flagrante cerceamento ao direito de defesa. Não há como saber se o auto trata de exigência do imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou se cuida da cobrança do imposto devido por antecipação tributária”.

Quanto ao mérito refuta todas as alegações do autuante, em especial a de ter havido omissão nas entradas de mercadorias, no tocante à infração 01 apontada como “falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas”, nas palavras do autuante.

Entende que o autuante sequer se preocupou em conhecer o processo produtivo da autuada, tendo feito o seu levantamento quantitativo meramente pelo cruzamento das quantidades adquiridas versus quantidades vendidas.

Argumenta, quanto à infração 01, que cada fardo possui em torno de 40 libras, equivalendo a 18,144 Kg. Nesse ponto, estima-se que a embalagem pese em torno de 1 libra, o equivalente a 0,4536 kg, ou aproximadamente 454 gramas, não considerada pelo autuante. Assim, requer que seja realizada perícia fiscal, nos termos do art. 145 do RPAF, a ser realizada por um técnico em engenharia devidamente qualificado e inscrito no CREA, devendo ser acompanhada pelo seu responsável técnico, o Sr. Fernando Costa da Silva, técnico têxtil, inscrito no CREA-BA 35.753, residente e domiciliado à Rua Urbano Antonio de Souza, 211, Edif. Vitória Régia, Apt. 1.503, STIEP, Salvador – BA.

Para tanto, a impugnante apresenta os seguintes quesitos, requerendo ser respondidos pelo Sr. Perito Fiscal, in verbis:

- a) Considerando o processo produtivo da Impugnante, qual a pesagem, em kg e em libra, equivalente à embalagem de cada fardo?
- b) Quanto pesa cada fardo dos produtos fabricados pela autuante?
- c) O autuante considerou em seu levantamento quantitativo o peso relativo às embalagens utilizadas no processo produtivo?
- d) Em caso negativo, quanto significa, em kg, a quantidade relativa à embalagem não considerada pelo autuante?
- e) Abatendo-se a quantidade em kg encontrada na letra “d” do montante em kg apurado pelo autuante relativamente ao total das “saídas com notas fiscais”, constante na página 25 dos autos do processo, qual o resultado final que resta? Qual a relação percentual desse resultado final em relação ao total das saídas com notas fiscais?
- f) É possível se afirmar que o percentual indicado na letra “e” está dentro da margem de quebra do processo produtivo?

Quanto às Infrações 02, 03, 04 e 05, consigna que não refuta e nesse sentido protocolou junto à SEFAZ Serrinha requerimento para a utilização de saldo de créditos acumulados relativos à exportação, conforme cópia anexa (doc. 2), no montante equivalente às infrações apontadas no valor total de R\$ 4.005,80 (quatro mil cinco reais e oitenta centavos).

Aborda questões sobre a Diferencial de Alíquotas (pág. 56) afirmado que o relatório denominado “DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NÃO DEBITADO OU DEBITADO A MENOR” não fora relacionado na peça principal do ato administrativo, notadamente nas páginas 01 a 03. Dessa forma, entende que há de se considerar, pelo menos nesse particular, como NULO de pleno direito por vício formal, conforme arrazoadado nas Preliminares de Nulidade acima.

Assegura que o autuante se equivocou ao considerar para os fins do cálculo do Diferencial de Alíquotas o mesmo critério, como se fosse, da Antecipação Parcial (art. 352-A do RICMS-BA). Assim, assegura que a alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo identificada, para os fins do cálculo do diferencial de alíquotas, será a diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas e a alíquota interestadual, esta considerada corretamente aplicada no documento fiscal de origem.

Aponta que o autuante deixou de considerar o mecanismo acima para adotar o mesmo procedimento previsto no art. 352-A do RICMS-BA, qual seja, aplicar a alíquota interna (17%) sobre o valor da operação e deduzir, do resultado encontrado, o ICMS destacado na nota fiscal (7% ou 12%).

Apresenta como exemplo a Nota Fiscal de numeração 73.399 (sétima linha da página 56): o autuante aplicou 17% sobre a base de cálculo (R\$ 4.296,12), o que resultou num valor de R\$803,37, e deduziu o ICMS destacado na nota fiscal, de R\$ 300,73, apurando-se um diferencial de alíquotas de R\$ 502,64. Deduzindo-se este valor daquele devidamente e corretamente escriturado a débito (R\$ 472,57), encontrou-se, erroneamente, a diferença de R\$ 30,07. Abaixo, apresenta um quadro demonstrativo do cálculo, segundo ele, efetuado pelo autuante.

Complementa afirmando que o montante devidamente debitado no respectivo livro de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 472,57 está em perfeita consonância com o que dispõe o retromencionado art. 69 do RICMS-BA, aplicando-se tão-somente a diferença de alíquota de 10% (17% - 7%) sobre a respectiva base de cálculo (R\$ 4.725,73), resultando num montante a debitar de R\$ 472,57.

Conclui afirmando que não há de prosperar o montante do ICMS cobrado a título de Diferencial de Alíquota, conforme demonstrativo do autuante à folha 56.

Em relação à Glosa dos Créditos (pág. 57), afirma que o autuante apresenta à folha 57 relação de documentos fiscais cujos créditos foram glosados sob diversos argumentos. Assegura que algumas originais e/ou 1ª vias dos documentos fiscais tidos como não apresentados, foram posteriormente à lavratura do auto de infração encontrados pela Impugnante, que, ora colaciona aos autos (doc. 3).

Argumenta que há de ser recalculado o montante dos créditos glosados de forma a se considerar como válidos os créditos apropriados de acordo com a relação acima, no montante total de R\$3.642,05 (três mil seiscentos e quarenta e dois reais e cinco centavos), reduzindo-se, portanto, o total a ser glosado para o total de R\$ 9.158,68 (nove mil cento e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos).

Alinha os princípios que estabelece a boa fé, o da razoabilidade, os da justiça e da isonomia e conclui pedindo:

“a) que sejam acatados os argumentos de preliminares de nulidade, devendo ser julgado NULO o ato administrativo em comento, por conter vícios insanáveis na sua formalização, em razão: (I) das inconsistências apontadas; (II) do enquadramento indevido da infração, por existir penalidade específica para a suposta infração apontada, e ser menos gravosa para o contribuinte; e, (III) por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a suposta infração cometida;

b) que, no mérito, no tocante à infração 01, sejam acatados os argumentos no tocante à desconsideração, pelo autuante, da pesagem da embalagem no processo produtivo, bem como no levantamento quantitativo por ele efetuado, e ainda, quanto à ínfima diferença final atribuída como quebra dentro do processo produtivo, tudo suportado por laudo técnico a ser expedido pelo Sr. Perito Fiscal, considerando-se, nesse ponto, a infração insubsistente, devendo o auto de infração ser julgado parcialmente improcedente;

c) que, não sendo acatados os argumentos de nulidade e de mérito, seja admitida a conversão da penalidade imposta em mera multa por obrigação acessória, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias, conforme reza o art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96;

d) que, sejam considerados os argumentos de descon sideração do cálculo do Diferencial de Alíquotas efetuado pelo autuante, conforme item 2, alínea “c”, acima, por não estar em conformidade com o que dispõe a legislação vigente;

e) que, seja admitida a redução dos valores glosados pelo autuante, conforme item 2, alínea “d”, acima;

f) por fim, que sejam admitidas quitadas as infrações arroladas nos itens 02, 03, 04 e 05, em razão da existência de pedido de compensação de saldo credor de ICMS acumulado decorrente de exportação, conforme requerimento devidamente protocolado junto à SEFAZ Serrinha (doc. 2).”

O autuante, às fls. 312 a 313, quanto à nulidade, aduz que o impugnante em momento algum teve seu direito de ampla defesa e do contraditório tolhido, conforme afirma, em virtude da aplicação dos dispositivos legais no referido lançamento fiscal. O enquadramento legal corresponde à infração cometida e foi corretamente aplicado. A descrição do fato e a sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicado e, é com base neles que o autuado deve exercer o seu direito de defesa e do contraditório.

Alude que o autuado é que se equivoca quando sugere que deveria ter sido aplicada a multa prevista no inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96, isto porque a empresa está habilitada a operar no Regime de Diferimento. Entende que essa assertiva, de que seus produtos estão desonerados da tributação do ICMS - em razão das matérias primas bem como dos produtos resultantes de sua industrialização, entrarem e saírem, respectivamente, sem tributação, em virtude da tutela do Regime de Diferimento - é absolutamente errado, pois o Sisal é um dos vários produtos enquadrados no Regime de Diferimento. Significando dizer, com isso, que em tal situação, o lançamento e o pagamento do ICMS estão adiados para uma etapa futura, conforme previsão legal, para cada caso específico.

Consigna que, em se tratando do Sisal, o RICMS/BA, no seu art. 343, inciso XIII, § 3º, estabelece que: art. 343 - “*é diferido o lançamento do ICMS; inciso XIII - nas sucessivas saídas de sisal em estado bruto ou beneficiado, dentro do Estado, para o momento em que ocorrer a saída: da mercadoria para outra UF; da mercadoria para o exterior; ou dos produtos resultantes de sua industrialização; § 3º - é dispensado o lançamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido, relativamente às entradas, quando o termo final do diferimento for o momento da saída subsequente da mercadoria ou do produto dela resultante, no caso de mercadoria que venha a ser exportada para o exterior*”.

Afirma que, nessas situações realmente não haverá tributação, contudo, não significa dizer, que pelo fato do produto estar enquadrado no Regime de Diferimento, esteja ele livre do alcance da incidência do ICMS definitivamente, como imagina enganadamente o autuado. Visto que, em outras situações que não sejam essas amparadas pelo citado instituto, a tributação decorrerá normalmente, pois, esses produtos não estão finalmente isentos, não incidentes ou imunes de tributação. O lançamento e o pagamento do ICMS estão postergados para uma outra etapa, e se nessa etapa a saída não estiver amparada pela isenção ou não incidência do ICMS a tributação acontecerá naturalmente.

Ademais, o diferimento está condicionado a que o contribuinte esteja previamente habilitado para operar no citado regime e que as operações de circulação com tais mercadorias, estejam plenamente em conformidade com os preceitos legais. Na situação em apreço, como houve omissão de entradas de mercadorias, cf. apurada no auto de infração em questão, donde se presume “que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas

anteriormente e também não contabilizadas”, constatou-se o descumprimento de disposições regulamentares e a conseqüente insatisfação de condição previamente estabelecida.

Assegura que o “Demonstrativo do Diferencial de Alíquota não Debitado ou Debitado a Menor” e o “Demonstrativo dos Créditos Fiscais Glosados” indica as operações que o contribuinte, por erro, utilizou indevidamente crédito fiscal e, calculou a menor ou deixou de escriturar o Diferencial de Alíquota, caracterizando a escrituração irregular dos livros fiscais de Entrada e de Apuração do ICMS, e, em razão disso, foi oportunamente aplicada à infração 04 – 16.04.06 do auto de infração. Portanto, os mesmos estão relacionados na página 2 da peça principal do ato administrativo.

Quanto ao equívoco na apuração do Diferencial de Alíquota, informo que o mesmo não influencia no lançamento fiscal em apreço, visto que as operações relacionadas no citado demonstrativo, diz respeito tão somente às irregularidades que deu causa a aplicação da penalidade formal por escrituração irregular de livros fiscais, e que esta não foi à única irregularidade cometida que motivou a aplicação de tal penalidade. Logo, nessas condições e com tais argumentos, o pedido de nulidade do lançamento fiscal deve ser prontamente repudiado.

Argumenta que, também, no mérito, não merece apreciação a alegação de improcedência, visto que, nos levantamentos quantitativos foram acatados os valores declarados, tanto os referentes aos pesos constantes nos documentos fiscais relativo às compras de Sisal Bruto e as vendas de Sisal Baler, quanto aos do processo produtivo referentes à Emulsão e as Perdas.

Afirma que fora considerado o peso líquido - que é o que interessa para o levantamento quantitativo em apreço – tanto do Sisal Bruto quando das aquisições, bem quanto, do Sisal Baler quando nas vendas e, igualmente com relação à adição da Emulsão e a diminuição das perdas decorrentes do processo produtivo. Com relação à embalagem agregada ao Sisal Baler, esta deve fazer parte do peso bruto das mercadorias, e que não é mencionado pelo contribuinte nas notas fiscais de saída. Ou seja, o contribuinte informa o peso líquido e indica o mesmo como peso bruto.

Complementa que o peso líquido de um produto é uma coisa e o peso bruto do mesmo é outra. São totalmente distintos. Não tem como confundi-los. Não podem os mesmos serem iguais quando sobre o produto se agrega a embalagem. Logo, o peso da embalagem que condiciona o Sisal Baler, questionado pelo autuado, deve ser adicionado ao peso líquido mencionado nos documentos fiscais, e não deduzidos dos mesmos, conforme pretendido, pois, ele não faz parte da matéria prima industrializada e utilizada como parâmetro para o presente levantamento quantitativo. Ademais, se o peso da embalagem estimado pelo autuado em aproximadamente 2,5% (0,4536 kg) para cada fardo (18,144 kg), fosse considerado, como pretendido pelo autuado, a diferença seria negativa, isto é, saídas sem nota fiscal de 53.650,99 kg. Que seria cobrada, de qualquer forma, como saída sem nota fiscal e, jamais dispensada sob a alegação de se tratar de uma variação ínfima de 0,012% do total das saídas e que se refere à quebra normal e não computada como deseja o contribuinte. Até mesmo porque, complementa, tal quebra em momento algum fora mencionada ou registrada pela empresa em seus livros ou controles. Desta feita, conclui, não vê necessidade de perícia fiscal cf. requerida, como forma de se buscar a verdade real, vez que, os valores considerados foram os constantes nos próprios documentos apresentados pelo contribuinte.

Da mesma forma, entende que a consideração ou não dos documentos por ora apresentados não influenciará no resultado da penalidade aplicada (infração 04), vez que, tais documentos, são apenas uma pequena parte dos relacionados no demonstrativo à página 57. E mesmo que sejam aceitos, em nada contribuirá para descaracterizar a infração cometida, isto é, “Escrituração de Livros e Documento Fiscais em desacordo com as normas regulamentares”, conforme tipificado no auto de infração. Até mesmo por que, não foram estes os únicos documentos que causaram a aplicação da referida penalidade. Ademais, a consideração do valor de R\$ 3.642,05 de forma que

reduza o total dos créditos glosados para R\$ 9.158,68, também, não tem nenhuma relação com o lançamento fiscal em apreço, logo, não tem nem cabimento a apreciação de tal solicitação na presente demanda.

Quanto aos referidos princípios entende que foram inutilmente citados, pois não influi nem contribui para a apreciação e julgamento da lide e em relação à conversão da penalidade aplicada para uma multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 1% do valor comercial, considera que, também, deve ser ignorada, pois, a infração cometida pela autuada foi corretamente identificada, bem como, a penalidade devidamente aplicada, demonstrando, dessa forma, mais um equívoco do autuado.

Diante do exposto, mantém a totalidade o lançamento fiscal.

Foi solicitado diligência pela 2ª JF, à fl. 326, para que o diligente da ASTEC/CONSEF:

1 – verificasse se, efetivamente, o peso das embalagens, a que se refere o autuado, interferiram no levantamento quantitativo efetuado pelo autuante, constante da infração 01, efetuando os ajustes, se necessários;

2 – caso não houvesse modificações no levantamento ou as modificações mantivessem a presunção legal, calculasse, com base nas saídas do exercício fiscalizado, a proporcionalidade (percentual) entre as mercadorias sujeitas à tributação e com a fase de tributação encerrada ou simplesmente não sujeitas à tributação, tendo em vista o que dispõe a Instrução normativa Nº 56 /2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007.

Efetuados os levantamentos e ajustes, acima solicitados, foi solicitada a apuração do imposto devido e ser elaborado um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração.

A ASTEC/CONSEF apresenta às fls. 558 a 559, parecer afirmando que o peso das embalagens não interferiu no levantamento quantitativo e que 100% das saídas do autuado estão registradas na coluna de isentas ou não tributadas, cujo tratamento a IN n. 56/07 acolhe no seu item 02.

A defesa volta a se manifestar às fls. 602 a 604 afirmando que por força do art. 347, § 3.º, I, "a", do RICMS-BA, esteve dispensada do recolhimento do ICMS diferido haja vista que, no período indicado as saídas de mercadorias para o exterior representaram a totalidade de suas vendas.

Argumenta que o autuante já deveria ter observado a IN 56/2007, quando da execução dos seus trabalhos.

Considera que ficou provado, através da diligência realizada pelo próprio agente fiscal, que a totalidade das saídas da postulante no período do respectivo auto de infração foram, na sua totalidade, para o exterior, e, portanto, amparadas pela não incidência do imposto, deverá ser excluída do montante apurado no levantamento fiscal a totalidade da infração 01, representando aproximadamente 80% (oitenta por cento) do total, sem prejuízo do exame das demais alegações apresentadas na defesa inicial.

O autuante apresenta nova informação fiscal à fl. 607, ressaltando que a Instrução Normativa nº 56/07, quando menciona “valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária”, na realidade faz referência às operações com mercadorias que foram objeto de antecipação ou substituição tributária ou que sejam isentas ou não tributadas, isto é, que não estejam mais sujeitas à incidência do ICMS. Exemplo: saídas de medicamentos, pneus, tintas e outros produtos que já foram passivos de substituição tributária.

Destarte, entende que as operações com o Sisal não são isentas nem passiva de antecipação ou substituição tributária. Conforme já foi asseverado anteriormente na “Informação Fiscal” fls. 313 e 314, a operação pode ser não tributada, caso o destino seja o exterior, ou diferida se for destinada a contribuinte neste Estado e que seja habilitado a operar no Regime de Diferimento. No entanto, fora essas hipóteses, a operação será normalmente tributada.

Entende que na situação em apreço, a aludida IN é inaplicável. O fato do autuado, praticamente exportar toda sua produção, não lhe credencia a comprar e vender sem nota fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para imputar ao autuado 04 infrações, já devidamente relatadas, cuja primeira infração foi contestada e as demais reconhecidas pelo autuado.

Não cabe acolhimento as arguições de nulidade apresentadas pelo autuado, na medida em que os demonstrativos que alega não terem sido anexados aos autos, apesar não se referirem às infrações constantes do presente lançamento de ofício, à fl. 56 dos autos, contudo cabe esclarecer, conforme já dito, que tais levantamentos, apesar de constar nos autos, não resultaram nas infrações apontadas. Todos os levantamentos pertinentes as infrações 01 a 05 foram anexados aos autos, tanto é que, em relação às infrações 02 a 05, o autuado reconhece a pertinência das mesmas, rebatendo a infração 01 detalhadamente, não havendo razão para a arguição de cerceamento de defesa e, por conseguinte, a aplicação do art. 18 do RPAF/BA.

Ocorre, entretanto, que a infração 01 foi imputada com amparo no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias apuradas através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias. Estamos, assim, diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Antes de analisar o mérito dessa questão, observo que, atendendo a solicitação de diligência, a ASTEC/CONSEF apresenta às fls. 558 a 559, parecer afirmando que o peso das embalagens não interferiu no levantamento quantitativo e que 100% das saídas do autuado estão registradas na coluna de isentas ou não tributadas, cujo tratamento a IN nº 56/07 acolhe no seu item 02.

Assim, ficou patente a ineficácia do procedimento fiscal. Neste caso, impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, conforme item 02 da Instrução Normativa 56/2007 e decisões anteriores desse órgão julgador, a exemplo do Acórdão JJP Nº 0049-02/09, haja vista que todas as operações efetuadas pelo estabelecimento dizem respeito a mercadorias consideradas isentas ou não tributadas. Infração nula.

Represento a autoridade fazendária da INFAZ de origem, para instaurar novo procedimento fiscal, relativa à infração 01, para que sejam refeitos os lançamentos em outro auto de infração, através de outros roteiros de fiscalização a teor do disposto no art.156 do RPAF/99.

Quanto às demais infrações 02, 03, 04 e 05, o autuado reconhece, conforme consta às fls. 264 dos autos, apontando o valor total dessas infrações que é de R\$4.005,80. As arguições relativas à diferença de alíquotas e créditos glosados, não são pertinentes, na medida em que não foram alvo da presente exigência tributária. Assim, tendo em vista que as aludidas infrações foram imputadas em consonância com a Legislação Tributária deste Estado, resta considerá-las procedentes.

Observo, que os valores já recolhidos, via emissão de certificado de crédito, deverão ser homologados pelo órgão competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298938.0901/08-0**, lavrado contra **COTESI DO BRASIL – COMÉRCIO, INDÚSTRIA DE FIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$119,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$3.886,80**,

previstas no art. 42, incisos IX, XVIII, alínea “b” e inciso XV alínea “d” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA