

PROCESSO - A. I. N° 232946.0008/08-9
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS JARDIM LTDA. (AUTO PEÇAS JARDIM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4^a JJF n° 0218-04/10
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04/10/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0280-12/12

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. USO INDEVIDO DE BENEFÍCIO FISCAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO INDUSTRIALIZADAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Tendo em vista a disposição legal contida no Regulamento do Desenvolve vigente à época dos fatos geradores, as operações de industrialização realizadas fora do estabelecimento na infração poderiam ser incluídas como amparadas pelo benefício fiscal. Infração improcedente. Modificada a Decisão recorrida. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO EM ESTABELECIMENTO DE TERCEIRO. FALTA DE RETORNO. Documentos juntados ao processo comprovam que parte das mercadorias retornaram ao estabelecimento e que as notas fiscais emitidas foram canceladas. É devido o imposto relativo às remessas de mercadorias para industrialização em estabelecimento de terceiro contempladas com a suspensão do imposto, que não retornaram ao estabelecimento. Infração elidida em parte. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Não comprovado as omissões de saídas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de perícia fiscal. Não acolhida a preliminar suscitada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 22 de dezembro de 2009, com exigência de R\$383.814,03 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, através do Acórdão JJF N°. 0218-04/10 (fls. 415 a 423), pela constatação por sete irregularidades, das quais apenas as de número 3, 5 e 7 são objeto do Recurso:

INFRAÇÃO 3: Recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, no total de R\$ 255.087,83, além da multa no percentual de 60%, fato verificado no período de janeiro de 2006 a abril de 2008;

INFRAÇÃO 5: Falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para industrialização sem o devido retorno, no montante de R\$ 54.841,89, além da multa de 60%, ocorrência no período de janeiro de 2006 a abril de 2008;

INFRAÇÃO 7: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie

de mercadoria, totalizando imposto no montante de R\$ 34.475,86, além da multa de 70%, infração apurada para os exercícios de 2006, 2007 e 2008.

A Decisão objeto dos Recursos foi a seguinte:

“No mérito, o Auto de Infração acusa: Recolhimento a menos do ICMS da diferença de alíquota, referente a refeições, erro na apuração da parcela sujeita a dilação de prazo do DESENVOLVE, falta de recolhimento do imposto relativo a remessa para industrialização, sem o devido retorno, de omissão de saída apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1, 2, 4 e 6, tendo inclusive providenciado o seu pagamento. Portanto, inexistindo lide em relação a estas infrações as mesmas devem ser mantidas na sua integralidade.

No tocante à infração 3, na sua defesa o autuado não contestou os valores apurados pela fiscalização, tendo admitido que algumas etapas da industrialização (cortes e decapagem das bobinas de aço e pinturas de partes e peças) são feitas fora do seu estabelecimento, mas entende que fazem parte do seu processo produtivo e beneficiadas pelo incentivo fiscal (diferimento) do DESENVOLVE.

Os autuantes contestaram afirmando que tal procedimento infringe o art. 3º do Dec. 8.205/02.

Na situação presente, pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que conforme Res. 08/03 relativa ao recorrente (fl. 279) foi concedido pelo CD DESENVOLVE benefício fiscal de:

Dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo a operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento DESENVOLVE”.

O art. 3º do Dec. 8.205/02 estabelece que:

O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo a operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Conforme esclarecido na sua defesa, o estabelecimento autuado tem como atividade a industrialização e comercialização de peças e conjuntos estampados em geral obtidos por meio da industrialização de bobinas e laminados de aço (matéria-prima), para as montadoras de automóveis, nas barras de proteção do automóvel, nas transmissões, nos freios, no berço do motor, consistindo nas fases de: (i) corte dos laminados e das bobinas; (ii) estamparia em prensas (matriizes), que podemos considerar ser a parte principal do processo de industrialização; (iii) solda; (iv) pintura; e (v) embalamento conforme fluxograma simplificado.

Dessa forma, para usufruir os benefícios fiscais que lhe foram concedidos, o contribuinte foi contemplado com a dilação do prazo do saldo devedor do ICMS relativo às “operações próprias” que subentende tratar-se das operações vinculadas ao exercício de atividade de fabricação de peças e conjunto de estampados previstos no projeto apresentado ao CD DESENVOLVE, mas certamente não contempla as atividades de industrialização realizadas fora do seu estabelecimento, tendo em vista que são alheios ao seu projeto de industrialização.

O Programa DESENVOLVE, entre outros, tem como objetivo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, incentivando a instalação de novos empreendimentos industriais ou expansão, reativação, modernização de empreendimentos já instalados; desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado; o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias; a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

Dessa forma, não é razoável acatar que etapas do processo de industrialização realizada em outro estabelecimento sejam consideradas como “operações próprias” definida no art. 3º do Dec. 8.205/02 e art. 2º da Res. 08/03 do CD DESENVOLVE.

Verifico que conforme demonstrativo às fls. 84/85 e 181 os autuantes fizeram ajustes do débito e crédito fiscal relativo aos acréscimos decorrentes de “Industrialização efetuada por outra empresa”, cujos valores não foram questionados na impugnação.

Ressalto que embora a Instrução Normativa 27/09 tenha sido editada em 02/06/09, após a ocorrência dos fatos geradores que culminaram na infração 3 (2006/2008), a mesma esclarece quanto a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado pela seguinte fórmula: SDPI = SDM – DNVP + CNVP, onde: SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE; SDM = saldo devedor mensal do ICMS a recolher; DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado; CNVP

= créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, classificando como débito e créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado as operações de industrialização efetuada por outra empresa.

Quanto ao argumento de que não foram indicadas as notas fiscais que levaram a presumir a existência de saídas de mercadorias a título de “venda de mercadorias adquiridas de terceiros” (CFOP 5102 e 6102) ou “industrialização efetuada para outra empresa” (CFOP 5124 e 6124), causando cerceamento de defesa, constato que conforme demonstrativo à fl. 84, os autuantes utilizaram os dados constantes do livro RAICMS do próprio contribuinte e na apuração do imposto exigido indicaram os CFOP das operações relativas à industrialização efetuada por terceiros (corte, decapagem e pintura). Logo, foi o próprio contribuinte que relacionou as notas fiscais de saídas ou de entradas com os respectivos CFOP registrados nos livros de Registro de Entrada e Registro de Saída, cujos valores foram consolidados no livro RAICMS. Assim sendo, poderia indicar e apresentar as notas fiscais no processo se por ventura tivessem sido classificadas de forma errada a codificação das operações, não havendo, portanto, cerceamento ao direito de defesa.

Por tudo que foi exposto, restou caracterizado que houve utilização indevida do incentivo fiscal de dilação do prazo do pagamento do ICMS, relativo às operações de industrialização efetuadas fora da empresa que não constituem operações próprias, a fiscalização refez o cálculo do imposto fazendo a exclusão dos valores incluídos indevidamente pelo contribuinte, que não constituem “operação própria”. Correto o procedimento fiscal, devendo ser mantida integralmente a infração 3. Infração não elidida.

No tocante à infração 5, relativa a falta de recolhimento do ICMS pela não comprovação do retorno de saídas de mercadorias destinadas a industrialização, na defesa apresentada o autuado alegou que algumas notas fiscais foram canceladas; outras “jamais foram fisicamente emitidas”, mas que constaram nas informações do seu sistema SINTEGRA.

Para tentar provar suas alegações juntou com a defesa:

- (i) notas fiscais de retorno localizadas após a fiscalização (fls. 280/281);
- (ii) vias das notas fiscais canceladas;
- (iii) talonário de notas fiscais e formulários seqüenciais emitidos, “falta do número seqüencial das notas fiscais” representa nota fiscal não emitida (constou no SINTEGRA).

Com relação às notas fiscais canceladas e de retorno que não foram apresentadas durante a fiscalização, os autuantes acataram os documentos fiscais juntados com a defesa, refizeram os demonstrativos originais reduzindo o débito de R\$54.841,89 para R\$31.384,50.

No tocante ao terceiro argumento de que as notas fiscais faltantes referem-se a formulários cujas notas fiscais não foram emitidas, verifico que após o refazimento dos demonstrativos originais os autuantes apresentaram as planilhas constantes das fls. 379/386 cujas cópias foram entregues ao autuado (fl. 387).

Na manifestação acerca do demonstrativo remanescente o autuado afirmou que “se equivocou ao proceder o registro eletrônico das notas fiscais no SINTEGRA, sem que tenha havido a sua competente baixa no sistema quando, de fato, as operações foram canceladas antes mesmo da efetiva emissão as referidas notas fiscais”.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que no demonstrativo refeito pelos autuantes (fls. 379/385) foram indicados os números das notas fiscais de remessa, o produto, as quantidades e as notas fiscais de retorno com as respectivas quantidades, permanecendo no citado demonstrativo as quantidades que não foram comprovados os retornos. Tomando como exemplo a nota fiscal de remessa 29010 de 07/06/06 (fl. 380) destinada a IMBE LTDA foi indicado saída de 4830 unidades do produto BB003 e 5368 unidades do produto BB045 totalizando R\$25.172,80. Já o demonstrativo juntado com a defesa à fl. 283 relaciona a nota fiscal 27314 e em seguida a 31292, informando que “Apenas 1 via arquivada, falta a comprovação de recebimento do cliente”. O demonstrativo seguinte (fl. 290) relaciona as notas fiscais 43229 a 54111.

Pelo exposto, os documentos juntados com a defesa não comprovam o retorno das mercadorias que foram remetidas para industrialização fora do estabelecimento, conforme constam nos arquivos magnéticos e não é razoável a justificativa apresentada de que as notas fiscais foram canceladas, fato que poderia ser comprovado mediante a apresentação de todas as vias da nota fiscal, fazendo constar tal observação no livro Registro de Saída. Também não é razoável a alegação de que cancelou a nota fiscal e manteve os dados no arquivo SINTEGRA que foi entregue ao Fisco.

Ressalto que ao contrário do que ocorreu em relação aos Acórdãos 307/99 e 1920/00 nesta situação específica não ficou comprovado que ocorreu cancelamento das notas fiscais remanescentes no demonstrativo refeito pelos autuantes, tendo sido excluídas as comprovadas.

Por isso, acato os demonstrativos refeitos pela fiscalização que foram juntados às fls. 379 a 386 e considero devido R\$8.930,02 no exercício de 2006; R\$17.603,36 no exercício de 2007 e R\$4.851,12 no exercício de 2008 totalizando R\$31.384,50.

Quanto à infração 7, o autuado alegou que o imposto foi exigido com base em presunção, a partir do método de levantamento quantitativo de estoques, e entende que é desprovido de elemento de prova que sustente a ocorrência dos fatos jurídicos tributários e que não foram consideradas as perdas no processo produtivo.

Verifico que a fiscalização apurou omissão de saída de mercadorias nos exercícios de 2006/2008 conforme demonstrativo sintético juntado ao processo (fls. 207/210) e demonstrativo analítico gravado no CD juntado à fl. 211, cuja cópia foi entregue ao estabelecimento autuado.

Em se tratando de levantamento quantitativo de estoques, a fiscalização tomou como base no desenvolvimento do roteiro da auditoria aplicada, as quantidades registradas dos estoques (inicial e final dos exercícios) no livro Registro de Inventário por item de mercadorias, adicionou as quantidades de mercadorias produzidas em cada exercício ao estoque inicial e deduziu as saídas constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e do estoque final, tendo exigido ICMS sobre as diferenças apuradas.

Portanto, tendo sido elaborados demonstrativos com base nos documentos fiscais devidamente escriturados na contabilidade do estabelecimento autuado, cujos demonstrativos lhes foi entregue, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos indicando quantidades consignadas nas notas fiscais de saída, nos livros de Registro de Inventário e Controle de Produção e Estoques, juntamente com as provas para elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA). Ressalto que não se trata de imposto exigido a título de presunção e sim de levantamento fiscal previsto no art. 936 do RICMS/BA e na Portaria nº 445/98 e constituição de base de cálculo prevista no artigo 60 do RICMS/BA. Como nada foi apresentado com a defesa deve ser admitido como verídica a acusação, em face da não apresentação de provas em contrário. Por isso, não acolho a alegação de que não houve cometimento de qualquer irregularidade.

Com relação à alegação de que o levantamento fiscal não considerou as perdas ocorridas no processo produtivo não pode ser acatada por falta de fundamento, ou seja, conforme esclarecido pelos autuantes, foram computadas as quantidades do produto acabado “após a conclusão do processo produtivo” que absorveu as perdas normais ocorridas no processo. Caso ocorressem perdas de produto acabado (roubo, sinistro, deterioração, etc.) deveria ser objeto de baixa mediante emissão de documento fiscal indicando o fato ocorrido, fato que não ocorreu.

Infração não elidida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos”.

Cientificada do julgamento, a empresa, por intermédio de seus advogados interpôs Recurso Voluntário (fls. 434 a 465), onde argumenta que a Decisão prolatada não há de prosperar, tendo em vista que contrariou a realidade material, relativamente às infrações 3, 5 e 7, atacando a Decisão de primeiro grau a respeito, após fazer breve histórico do lançamento.

Inicialmente, argui que o acórdão recorrido incorre em equívocos, cuja correta apreciação somente leva a uma conclusão: a necessidade do cancelamento integral dos itens 3, 5 e 7 do Auto de Infração.

Em relação à infração 3, alega que o acórdão recorrido ao resolver manter tal infração do Auto de Infração com base na afirmação de que o recorrente não teria contestado os valores apurados é uma completa inversão do ônus da prova, em nítido prejuízo ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla de defesa, diante do fato da Decisão ter considerado que no “projeto apresentado ao CD DESENVOLVE, (...) não contempla as atividades de industrialização realizadas fora do seu estabelecimento, tendo em vista que seriam alheios ao seu projeto de industrialização”.

Alega a seu favor que a realidade fática dos autos é completamente oposta, vez que as atividades de industrialização realizadas fora do estabelecimento do recorrente são parte integrante do processo produtivo, embora acessórias ao objeto principal da industrialização que é a parte de estamparia (matrizes); e que tais atividades externas estão devidamente contempladas no projeto técnico aprovado pelo Estado da Bahia, por meio da Resolução nº. 8/2003 do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE.

Afirma que a legislação do programa DESENVOLVE prevê que o nível de verticalização da produção, e consequente terceirização, é um dos requisitos essenciais a serem analisados para se graduar o prazo e as condições do eventual benefício; não sendo válido à Decisão atacada alegar que a existência de parte do processo de industrialização ocorre fora do estabelecimento do

recorrente inviabilizaria a fruição do diferimento sob a alegação de não se tratar de “operações próprias”.

Questiona, por fim, o fato de que o método de apuração e formalização da infração foi determinado com base na Instrução Normativa nº. 27/09, editada em 2 de junho de 2009, que não poderia ser aplicada aos fatos geradores ocorridos no período da autuação, ou seja, de 1º de janeiro de 2005 a 30 de junho de 2009, sob pena de infração ao princípio da irretroatividade, razão pela qual questiona a validade da aplicação da Instrução Normativa nº. 27/09 no caso concreto, como o fez o órgão julgador, o que não pode ser admitido.

Após descrever o seu processo produtivo, informa que o projeto técnico para a implantação do recorrente foi aprovado pelo Estado da Bahia, por meio da Resolução nº. 8/2003 do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, habilitando-a à fruição dos benefícios constantes do referido programa.

Noticia, ainda, que o seu projeto foi classificado na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº. 8.205, de 3 de abril de 2002 e posteriores alterações), que estabelecia o percentual de 80% do ICMS incentivado (parcela diferida) durante o prazo de 10 (dez) anos, 70% para o 11º ano e 50% para o 12º ano.

Alega que, seu processo produtivo foi objeto de prévia análise e aprovação pelo Conselho do DESENVOLVE, sendo conhecido o fato de que parte, ainda que pequena, da sua cadeia produtiva ser realizada fora do seu estabelecimento industrial, a saber, os cortes e decapagem das bobinas de aço, e a pintura de partes e peças, etapas que não se confundem com a principal etapa do processo da industrialização que é a estamparia, realizada por meio das matrizes.

No tocante à infração 7, argumenta que juntou planilha demonstrando que as diferenças apuradas pelo método quantitativo de estoques referem-se justamente às perdas ocorridas no seu processo produtivo, e que tal prova foi completamente ignorada pelo órgão julgador, alegando a seu favor que o levantamento quantitativo de estoques, que não considera as perdas de matéria prima ocorrida no processo produtivo, trata-se de método presuntivo, pois confronta apenas as entradas de matérias primas versus produto final, e que o fato de todas as perdas ocorridas serem consideradas saídas não contabilizadas e escrituradas é uma presunção que não pode ser admitida para formalizar lançamento tributário.

De acordo com a acusação fiscal, o recorrente teria dado saída a mercadorias sem a competente emissão da nota fiscal de venda e o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação. Essa infração, no seu entender, é pautada exclusivamente em presunção, sem que se apresente qualquer elemento de prova que sustente a ocorrência dos fatos jurídicos tributários.

Defende que a presunção surgiu a partir do método de levantamento quantitativo de estoques, previsto nos artigos 60 e 936 do RICMS/BA e na Portaria nº 445/1998, os quais estabelecem a possibilidade de a Fiscalização arbitrar o que denomina “valor ideal” de saídas anuais, por meio da somatória dos valores em estoque inicial, mais entradas de matéria prima e produção anual e menos o estoque final, o que levaria ao fato de eventual diferença entre o valor arbitrado como ideal pelo Agente Fiscal contra o real valor das vendas faturadas pelo contribuinte ser presumido como saídas não oferecidas à tributação. A fiscalização, assim, presume fatos que não ocorreram na realidade, sem que houvesse suporte documental a respeito das acusações.

Argumenta que tal método de levantamento de estoques e de apuração de crimes contra a ordem tributária encontra fundamento de validade no artigo 60 do RICMS/SP (sic) cuja redação possuiu uma expressão emblemática que marca todo o trabalho fiscal: “*a base de cálculo do ICMS, nos casos de PRESUNÇÃO de omissão de saídas ou de prestações, é (...)*” (grifo original).

Posiciona-se no sentido de que o lançamento tributário, conforme definido no artigo 142 do Código Tributário Nacional, é ato que compete privativamente à autoridade fiscal. Em face do princípio da legalidade que norteia o ato de lançamento tributário, o fato gerador do tributo não pode ser presumido, deve ser provado pela autoridade fiscal, sob pena de ser declarado ilegal.

Nega a ocorrência das omissões, amparando tal assertiva no fato do Relatório Fiscal que serviu como base para a lavratura Auto de Infração e lançamento do crédito tributário, estar marcado por inconsistências nas conclusões obtidas e no raciocínio tortuoso seguido na tentativa de demonstrar à prática de sonegação.

Afirma categoricamente que houve arbitramento, e que o mesmo desconsidera a existência de qualquer tipo de perda no processo produtivo. É fato notório que no setor siderúrgico atrelado à atividade de estampagem, objeto social da ora recorrente, os índices considerados como razoáveis para a perda no processo produtivo variam de 1% a 3%, conforme amplamente reconhecido no mercado.

Após transcrever o artigo 936 do RICMS/BA então em vigor, informa que as diferenças apontadas na autuação não ultrapassam o percentual de 3% justamente aquele tido como razoável pela indústria de metalurgia e de estamparia, atividade desenvolvida pela mesma.

Finaliza, afirmando que diante de todo o exposto, e tendo demonstrado o equívoco do acórdão atacado na apreciação dos fatos e das provas contidas nos autos, deve ser cancelado o item 3 do Auto de Infração, tendo em vista que as mercadorias vendidas são de fato industrializadas em seu estabelecimento, ainda que parte do beneficiamento (corte, decapagem e pintura) seja realizado por terceiro; e o projeto e processo produtivo do recorrente foi previamente aprovado e homologado pelo Conselho do Programa DESENVOLVE, inclusive quanto a tais beneficiamentos por terceiros, não havendo como lhe ser negada a característica de “operações próprias” para efeito do benefício de diferimento concedido pelo Desenvolve.

Quanto ao item 5 do Auto de Infração, o recorrente volta a afirmar que demonstrou que não houve saída de mercadorias a justificar a infração por “falta de recolhimento do ICMS”; assim como pleiteia que seja reclassificada a infração para “descumprimento de obrigação formal acessória”, vez que comprovou o retorno das mercadorias enviadas para industrialização e que, aquelas que não retornaram se deve ao fato de que jamais saíram, em razão do cancelamento das respectivas notas fiscais de saídas.

No que tange ao item 7 do Auto de Infração, o recorrente reitera que demonstrou que a suposta presunção de saídas sem notas fiscais é completamente infundada e ilegal, além do método de levantamento quantitativo de estoque não ter considerado as perdas do processo produtivo, o que vicia todo o cálculo em que se baseia tal item da autuação.

Por tais motivos, requer o julgamento e acatamento do Recurso Interposto, desonerando-a de recolher os valores lançados.

Remetido para a PGE/PROFIS, a fim de que fosse emitido Parecer opinativo quanto ao Recurso apresentado, a ilustre Procuradora inicialmente afasta a nulidade suscitada em relação à infração 3, pelo fato da mesma indicar claramente operações remetidas para industrialização fora do estabelecimento do recorrente, não se podendo falar em cerceamento de defesa.

Afirma que as infrações encontram-se devidamente tipificadas e comprovadas através de documentos, levantamentos de demonstrativos fiscais, elaborados com base nos livros da empresa, inexistindo dúvidas quanto aos aspectos material, pessoal, temporal, espacial e quantificador.

Posiciona-se no sentido de que as alegações recursais não podem prosperar, pelo fato de que o incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE atinge somente as operações próprias, na forma do Decreto nº. 8.205/02 artigo 3º, e que o recorrente admite de forma explícita a execução de etapas (corte, decapagem e pintura) por terceiros, fora de seu estabelecimento, o que é vedado, diante do fato do benefício fiscal não contemplar as atividades de industrialização realizadas por terceiros fora de seu estabelecimento.

Quanto à infração 5, muito embora o recorrente argumente que inexiste a falta de recolhimento do imposto contida na acusação fiscal, não logrou comprovar o cancelamento das notas fiscais remanescentes do demonstrativo, nem o retorno das mercadorias remetidas para industrialização fora do estabelecimento.

No tocante à infração 7, posiciona-se no sentido de que o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias foi realizado tomando-se como base os livros fiscais do contribuinte, que tem a responsabilidade de escriturá-los, razão pela qual não se pode cogitar em imposto cobrado com base em presunção legal, e que as perdas na produção foram devidamente computadas pelos autuantes. Caso tais perdas ocorressem por deterioração, sinistro ou roubo caberia ao sujeito passivo proceder à baixa dos mesmos, mediante emissão de documento fiscal.

Por tais argumentos, entende que o Recurso Voluntário não deve ser provido.

Na sessão de julgamento, a advogada da empresa, Sra. relatou que a empresa sofreu tentativa de estelionato, mediante proposta de pessoa que se passou por funcionário da Secretaria da Fazenda, no sentido de obter pagamento em troca de possível vantagem no julgamento, inclusive apresentou e-mail que teria sido enviado por carloseduardo@sefaz.ba.gov.br o qual além de não constar como válido na pesquisa realizada, de igual forma, não corresponde a nenhum funcionário da SEFAZ. Relatou, ainda, que após a sessão de julgamento, iria prestar queixa policial quanto ao fato ocorrido.

VOTO

Primeiramente, em relação às colocações do recorrente de cerceamento de defesa, e de violação de outros princípios do processo administrativo, entendo que ao curso de toda a tramitação do feito, a empresa teve não só conhecimento de todos os atos processuais, como a oportunidade de exercer o contraditório, além do que o processo encontra-se fartamente documentado no sentido de embasar a acusação fiscal, como, aliás, bem pontuou a Procuradoria Geral do Estado, através de sua representante.

Dessa forma, não há de se falar em existência de qualquer elemento motivador para a decretação da nulidade do processo, exatamente pela obediência não somente aos ritos, como de igual forma, ao sagrado e constitucional direito do sujeito passivo de não só conhecer o teor da acusação fiscal, como, de igual forma, contraditá-lo, razão pela qual não acolho a preliminar levantada.

Quanto ao mérito, a infração 3 versa sobre recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, pelo não acatamento por parte do fisco da inclusão das operações de remessa para industrialização realizados por terceiro, com posterior retorno ao estabelecimento autuado.

A concessão de tal benefício fiscal deu-se em consonância com a edição da Resolução nº. 08/03, de 20 de março de 2003:

RESOLUÇÃO N° 08/2003

(Publicada no Diário Oficial de 25/03/2003)

Habilita a INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS JARDIM LTDA. aos benefícios do DESENVOLVE.

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº. 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, alterado pelos Decretos nºs. 8.413, de 30 de dezembro de 2002 e 8.435, de 03 de fevereiro de 2003,

RESOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de implantação da INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS JARDIM LTDA., localizado no município de Camaçari - neste Estado, para fabricar peças estampadas.

Art. 2º Conceder dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Art. 3º Conceder prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir da publicação desta Resolução no Diário Oficial do Estado.

Art. 4º Sobre a parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado incidirá a TJLP ao ano ou outra taxa que venha a substituí-la.

Art. 5º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Sala de Sessões, 20 de março de 2003.

OTTO ALENCAR

Presidente

Segundo os autuantes, a empresa teria infringido os artigos 2º e 3º do Decreto 8.205/02, de 03 de abril de 2002, que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Inicialmente, gostaria de pontuar que embora o método de apuração do cálculo do imposto no lançamento tenha obedecido ao contido na Instrução Normativa nº. 27/09, de 02 de junho de 2009, a qual dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo por tal programa, e o recorrente ter se insurgido contra tal fato, que, de acordo com a hierarquia legal, dispositivo de tal natureza não criam normas, mas, esclarecem o alcance da norma, que no caso em comento, viria a ser o Regulamento do programa de desenvolvimento ora em discussão.

O recorrente não nega a remessa de partes e peças para industrialização fora de seu estabelecimento industrial, muito ao contrário, confirma que as operações de corte, decapagem e pintura, são, efetivamente, realizadas por terceiros, além de sustentar como elemento básico de sua argumentação recursal que a legislação aplicada pelos autuantes no cálculo do incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE no exercício de 2006 foi a Instrução Normativa nº 27/2009, portanto, uma legislação posterior aplicada retroativamente.

Verificando os fólios processuais, constato que os autuantes apenas utilizaram os procedimentos previstos na Instrução Normativa nº 27/2009, no intuito de identificar e apurar os valores efetivamente alcançados pelo Programa DESENVOLVE, contudo, a autuação foi fundamentada na Lei nº 7.980/2001 e no Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002. Daí se conclui que os autuantes não trouxeram qualquer inovação à legislação relacionada ao Programa DESENVOLVE, mesmo porque a Instrução Normativa não tem essa atribuição, se prestando tão somente a trazer esclarecimentos aos contribuintes e à própria Fiscalização a respeito de pontos específicos da legislação tributária estadual, que, entretanto, já se encontravam em vigor antes do momento da ocorrência dos fatos geradores que ensejaram o presente lançamento, no caso, exercício de 2006. Cabe acrescentar que as disposições contidas na referida Instrução Normativa 27/2009, já se encontravam previstas no art. 3º do Decreto nº 8.205/02, que dispõe sobre a dilação de prazo para o recolhimento do ICMS, e que regulamentou a Lei nº 7.980/01, instituidora de tal programa de benefício fiscal.

Dessa forma, qualquer alegação no sentido de ocorrência de eventual ofensa a qualquer dos princípios do Direito Tributário, especialmente os princípios da irretroatividade e anterioridade da lei, soa descabida.

Ainda analisando a questão, quanto ao conceito de “operações próprias”, muito embora não haja definição legal precisa do que seriam aquelas resultantes do processo de industrialização realizado pela empresa, contrapondo-se às operações “não próprias”, que seriam aquelas envolvendo produtos adquiridos de terceiros ou recebidos em transferência.

Dessa forma, o entendimento é que as operações realizadas pela empresa, descritas ao longo do processo, se caracterizam como próprias. A dúvida levantada pela autuação é a de que as operações de remessa para industrialização, com posterior retorno, seriam ou não integrantes da base de cálculo do imposto apurado a título de parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE.

A legislação estadual do ICMS, não traz em seu conteúdo, e não poderia trazê-lo, o conceito de industrialização, vez que este é um conceito estabelecido pela legislação Federal, diante do fato do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ser de sua competência. Todavia, devemos atentar para o fato de que o conceito de industrialização para o IPI é diferente do conceito para o ICMS.

Para o ICMS, industrialização é transformação de uma mercadoria em outra, como por exemplo, a empresa envia peças para serem torneadas em outro estabelecimento. Já, para o IPI, industrialização é tanto a transformação em si, quanto, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou reacondicionamento e renovação ou recondicionamento, conforme contido no artigo 4º do Decreto nº. 4.544/02, que vem a ser o Regulamento do IPI (RIP).

Pertinente é a diferença de industrialização e beneficiamento, pois com a publicação da nova lista de serviços através da Lei Complementar nº. 116/2003, o beneficiamento consta no item 14.05, ou seja, é fato gerador do ISSQN, enquanto que a industrialização é fato gerador do ICMS.

A operação de remessa para industrialização é aquela pela qual determinado estabelecimento (autor da encomenda ou encomendante) remete insumos para outro estabelecimento (industrializador) para que este execute a operação.

O Regulamento do ICMS em vigor na data dos fatos geradores determinava no artigo 341, a suspensão da incidência do ICMS nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado, observadas as seguintes disposições regulamentares, as remessas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados por terceiros, na forma dos artigos 615 a 623, dentre outras hipóteses.

Já o artigo 615 acima mencionado, ao tratar a matéria, determinava estar suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento do mesmo contribuinte ou de terceiro, por conta do remetente (Convênio. AE 15/74), e que nestes casos, na remessa, seria emitida Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, cuja natureza da operação seria "Remessa para industrialização", atribuindo-se às mercadorias o preço estipulado na forma prevista no inciso III do art. 56.

Ressalva que a incidência do imposto no tocante ao valor acrescido pelo estabelecimento industrializador, a suspensão prevista compreendia não só a saída que, antes do retorno dos produtos ao estabelecimento autor da encomenda, por ordem deste fosse efetuada pelo estabelecimento industrializador com destino a outro, também industrializador, como também, a saída efetuada pelo estabelecimento industrializador, em retorno ao autor da encomenda.

Determinava, ainda, que a suspensão ali prevista estava condicionada ao fato de que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes retornassem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não fosse realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderia ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estivesse vinculado.

Caso decorresse o prazo estipulado anteriormente (180 dias), salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que tivesse ocorrido a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, seria exigido o imposto devido por ocasião da saída originária, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios, sendo considerada encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações: a) o recebimento em retorno real ou simbólico da mercadoria ou bem ou dos produtos resultantes ao estabelecimento de origem; b) a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem ou dos produtos resultantes da industrialização, pelo autor da encomenda, estando ainda em poder do industrializador; c) o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

Isso significa dizer que as operações de remessa para industrialização por terceiros não possuíam incidência do imposto.

Já na legislação vigente, relativamente ao incentivo fiscal, o artigo 22 pelo Decreto nº. 8.413, de 30 de dezembro de 2002, DOE de 31 de dezembro de 2002, que produziu efeitos no período compreendido entre esta data, até 08 de setembro de 2009, e continha a seguinte redação:

"Art. 22. No caso de remessa interestadual para industrialização, os incentivos previstos neste Decreto somente incidirão sobre a parcela produzida na Bahia, salvo situações excepcionais por deliberação do Conselho."

Com a edição do Decreto nº. 11.699, de 08 de setembro de 2009, publicado no DOE de 09 de setembro de 2009, e produção de efeitos a partir desta data, a redação de tal artigo passou a ser:

*"Art. 22. No caso de remessa **interna** e interestadual para industrialização, os incentivos previstos neste Decreto somente incidirão sobre a parcela produzida **no estabelecimento beneficiário**, salvo situações excepcionais por deliberação do Conselho."*

Ou seja: a alteração no teor do artigo ampliou as hipóteses nas quais as remessas não teriam amparo do incentivo fiscal previsto no programa.

No caso ora em exame, os fatos geradores ocorreram anterior e exclusivamente à vigência da alteração do artigo 22 retro mencionado, ou seja, quando a previsão legal era de que no caso de remessa interestadual para industrialização, os incentivos somente incidiriam sobre a parcela produzida na Bahia, salvo situações excepcionais por deliberação do Conselho Deliberativo do Programa.

Isso significa dizer que à época da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação, não havia previsão expressa de que as remessas internas para industrialização não deveriam compor o cálculo da parcela incentivada prevista no Programa DESENVOLVE, mas apenas as remessas interestaduais, significando dizer que o contribuinte agiu em conformidade com a legislação do ICMS pertinente ao DESENVOLVE.

Desta forma, diante do fato de que a Instrução Normativa nº 27/2009 não poderia inovar, os autuantes não poderiam ter desconsiderado as operações internas de remessa para industrialização, que não foram excluídas pelo Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02.

Além do mais, as operações realizadas estão vinculadas ao projeto objeto da concessão do incentivo fiscal referido, não se apresentando, em nenhum momento, como estranhas ou desvinculadas do mesmo.

Fica afastada qualquer argumentação no sentido de que o processo de industrialização é efetuada por terceiro que venha a comercializar a mercadoria ou produto recebido. Este é realizado pelo recorrente, ainda que em alguma fase tenha que recorrer à outra empresa, para beneficiar seus produtos, que retornam para complementação, naquilo que a própria legislação do DESENVOLVE denomina de “verticalização de cadeias produtivas” finalização do processo de produção, para posterior comercialização, momento no qual deve incidir o imposto.

Por tal razão, tendo em vista a aplicação da lei no tempo, entendo que a infração 3 é improcedente.

Quanto à infração 5, que vem a ser a falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para industrialização sem o devido retorno, a questão versa especificamente, sobre matéria fática, ou seja, a produção da devida prova material por parte do recorrente, que, não satisfeita com o resultado do julgamento, deveria trazer ao feito, com a devida e necessária precisão e indicação aqueles elementos de que dispusesse, no sentido de demonstrar, de forma cabal, que a acusação fiscal, de fato, não pode prosperar, e a única maneira que possui para desconstituir a mesma, é somente através da produção da prova, via documental hábil que comprove o retorno das mercadorias remetidas, ou apresente todas as vias dos documentos fiscais que diz ter cancelado.

Diante do fato de, como mencionado acima, o cerne do presente Recurso, resumir-se a questão meramente vinculada à verdade material, não tendo qualquer outra implicação, cabe apenas ao julgador, à vista das peças existentes no processo, examinar os elementos constantes nos demonstrativos e documentos colacionados pelos autuantes, confrontando-os com aqueles apresentados pelo recorrente, e os valores ajustados em nome da obtenção da verdade material.

É sabido que alegações destituídas de prova não podem ser consideradas, em qualquer julgamento, em qualquer esfera de apreciação, inclusive no processo administrativo fiscal, muito embora este esteja revestido de algumas peculiaridades, e obedeça a princípios próprios.

O eminent doutrinador Paulo Bonilha, em seu livro Da Prova no Processo Administrativo Tributário, às fls. 69, após conceituar prova como “*a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário*”, afirma na página 78 que “*o poder de instrução das instâncias de julgamento administrativo não pode implicar invasão ou substituição do dever das partes de carregar prova aos autos*”, o que significa dizer que cabe apenas e tão somente à Recorrente no presente caso, trazer tais provas que diz possuir, contudo, não estão presentes nos autos.

Isso por que cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o caso em tela. Todavia, a norma legal não conferiu ao sujeito passivo o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista na legislação tributária.

No caso em tela, o ônus desta prova especificamente, cabe de forma exclusiva ao sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração.

Dessa forma, não fazendo a produção da prova necessária, incorreu o recorrente na regra do artigo 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela qual não posso admitir a sua argumentação recursal quanto a este item da autuação.

Quanto à infração 7, que diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, a questão deve ser verificada sob dois aspectos recursais. Um deles é o de que o lançamento foi calcado em arbitramento. Já o outro diz respeito à argüição sobre a cobrança do imposto por presunção.

A esse respeito, a legislação estadual, inclusive o Regulamento do ICMS então vigente, bem como as normas complementares, como a Portaria nº. 445/98 estabelece os critérios para apuração e composição da base de cálculo das omissões, o que foi atendido na autuação, razão pela qual não acolho tal argumento suscitado.

No tocante às questões levantadas acerca de violação de princípios processuais e de utilização de arbitramento e presunção sabido é que a adoção desta, para a verificação da caracterização da hipótese de incidência tributária, não é conduta estranha ao Direito Tributário. Para tanto, legitima-se a busca, pela Autoridade Fiscal, da existência de determinados fatos, a princípio estranhos àqueles que se buscam para, deles extrair a ocorrência de outras ocorrências fáticas - estas sim as que interessam - as quais não foram de início diretamente comprovadas. Não se coloca à margem do conhecimento, portanto, a verificação da efetiva ocorrência de tais fatos. Apenas a sua comprovação é que se faz de forma indireta. Legitima-se, com isso, a aplicação das presunções legais em matéria tributária. Por óbvio que a força de uma presunção deve ser ponderada pela observância dos princípios que proporcionem a segurança jurídica do contribuinte, a exemplo do da ampla defesa e o devido processo legal, o que no caso em comento, ocorreu de forma cristalina.

É pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, motivo pelo qual mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

Assim, se a hipótese de incidência do tributo se originar do legislador, tal fato caracteriza a presunção legal, a qual só pode ser estabelecida pela lei, sendo que neste caso, inverte-se a regra processual de que quem acusa deve provar o fato, ocorrendo, pois, a denominada inversão do ônus da prova.

Em tais casos, tal inversão se verifica quando, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, ressaltando-se que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa, pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.

Reitere-se o fato de que os fatos geradores só podem decorrer da realização dos aspectos previstos na norma de incidência. O tributo só pode incidir sobre fatos reais. Para que haja a tributação, necessário se torna à existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual deve demonstrar de forma inofismável a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, naquilo que a doutrina denomina de princípio da verdade material.

Ou seja: a presunção é o resultado de um processo mental, resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Assim, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desmonte.

Em outras palavras: a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento.

A legislação estadual do ICMS, em especial o 4º, § 4º da Lei 7.014/96, determina que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que o fato da 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, implicam em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Ademais, o recorrente não aponta, de forma objetiva e precisa qualquer inconsistência nos dados que fundamentam a omissão apurada no levantamento quantitativo de estoques, nem apresentam números que contrastem com os apontados no procedimento fiscal. Houvesse, efetivamente, qualquer equívoco na autuação, por dever de lealdade deveria o sujeito passivo indicá-lo a fim de que, dessa forma, pudesse ser corrigido. O que não se aceita é que a argumentação utilizada o seja apenas de forma ampla, e sem qualquer dado plausível.

Tal fato enseja as situações previstas nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais dispõem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente.

Dessa forma, os dados e elementos que fundamentaram a autuação foram fornecidos ao fisco pelo próprio recorrente, sem que esta tenha demonstrado ao longo do processo, repita-se, qualquer inconsistência com a realidade de sua movimentação comercial, donde se infere a

legitimidade da acusação fiscal, uma vez que efetuada com base em elementos verdadeiros.

E mais: no caso em tela, a cobrança se deu por constatação de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, o que não vem a se configurar como presunção, e sim, como fato, vez que a metodologia utilizada para o levantamento que resultou em tal constatação, foi realizado com base nos livros e documentos fiscais do recorrente, a qual possui os documentos e elementos levados em conta para a realização do trabalho, o qual seguiu as orientações contidas não somente na legislação posta, como, de igual forma, na Postaria nº. 445/98, possuindo, não somente a devida e necessária base legal, razão pela qual não posso acolher os argumentos recursais postos, inclusive, aquele relativo à não consideração das perdas ocorridas no processo produtivo, vez que, desde o primeiro momento em que se manifestaram, os autuantes, ficou clara que tais perdas foram consideradas no levantamento. Por tais razões, sem mais elementos precisos que pudessem correr ao seu amparo, não pode ser acolhida, razão pela qual, de igual forma, não se pode aventar qualquer violação aos princípios do processo administrativo tributário, até por que o recorrente recebeu todos os demonstrativos e elementos constantes no lançamento.

Por tais razões entendo que o Recurso Voluntário deva ser PARCIALMENTE PROVIDO, apenas em relação à infração 3.

INF	VLR. HISTÓRICO (R\$)	VLR. JJF (R\$)	VLR. CJF (R\$)	MULTA (%)	OBSERVAÇÃO
1	34.539,63	34.539,63	34.539,63	60	RECONHECIDA
2	1.300,96	1.300,96	1.300,96	60	RECONHECIDA
3	255.087,83	255.087,83	0,00	-	IMPROCEDENTE
4	1.515,10	1.515,10	1.515,10	60	PROCEDENTE
5	54.841,89	31.384,49	31.384,49	60	PROC. EM PARTE
6	2.052,76	2.052,76	2.052,76	70	RECONHECIDA
7	34.475,86	34.475,86	34.475,86	70	PROCEDENTE
	383.814,03	360.356,64	105.268,80		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232946.0008/08-9, lavrado contra **INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS JARDIM LTDA. (AUTO PEÇAS JARDIM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$105.268,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$68.740,18 e 70% sobre R\$36.528,62, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS