

A. I. N ° - 148714.0033/10-2
AUTUADO - BOMPLASTIL EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO e ADILENE V. TEIXEIRA AMARAL
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 06.08.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-02/12

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamento com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Afastada a arguição de nulidade. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. **b) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Defesa comprovou escrituração de parte das notas fiscais e que as demais foram canceladas pelo emitente. Infração insubsistente. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2011, para exige ICMS e aplica multas, no valor histórico de R\$129.153,16, em decorrência:

INFRAÇÃO 01 – 05.04.01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2008, com ICMS devido no valor de R\$106.692,79.

Infração 02 - 16.01.02- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$8.586,23.

Infração 03 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 13.874,14.

O autuado apresentou defesa, fls. 31 a 34, em relação a infração 01 alega que não foi intimado para apresentar a composição analítica do fornecedor Braskem, facilmente comprovada nos autos, razão pela qual não apresentou as autuantes, o fazendo com a anexação aos autos da composição do saldo:

- 1-cópia das respectivas notas fiscais;
- 2-cópia do razão contábil identificando a quitação do débito;
- 3-cópia dos comprovantes de quitação do débito e
- 4-cópia do contrato de financiamento para compra de produtos.

Entende que os documentos acima listados comprovam a correção do saldo contábil.

Em relação a infração 02, aduz que as Notas Fiscais nºs 058192, 058193 e 058194, no valor total de R\$850.000,00, embora não escrituradas, não gerou prejuízo ao erário público, constituindo apenas uma formalidade acessória. Frisa que se trata de notas fiscais de simples remessa, referente a Nota Fiscal 058191, esta devidamente escrituradas.

Com relação as Notas Fiscais nºs 00332 e 00515, informa que não foram escrituradas em razão de extravio.

No tocante a infração 03, em relação as Notas Fiscais nºs 311.962 e 150.117, emitida pela Braskem, aduz que houve negligência da empresa emitente, Braskem, que não informou que as mercadorias não foram entregues ao autuado.

Assegura que entrou em contato com a emitente, sendo informado que conta em seus registros a Nota Fiscal de Entrada nº 001135, de 12/03/2008, referente a Nota Fiscal de saída nº 015.017, cancelando a operação comercial em questão.

Quanto a Nota Fiscal nº 311.962, 29/04/2008, consta correspondência da Braskem atestando o cancelamento da mesma.

No tocante a Nota Fiscal nº 021.012, de 10/01/2007, da SOLEFLEX anexa cópia do livro Registro de Entradas para efeito de comprovação da escrituração.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 132 e 133, em relação a infração 01, as autuantes aduzem que o contribuinte alega que não foi intimado a apresentar a Conta Fornecedores aberta, o que não é verdade, conforme Intimação à folha 23.

Esclarecem que o contribuinte comprovou parcialmente o pagamento de obrigações no exercício de 2009 de diversas Notas Fiscais no montante de R\$ 202.275,97, folha 16 a 34.

Em relação ao que o contribuinte chama de SITUAÇÃO 2 esclarecem que não houve comprovação de pagamentos em 2009, muito pelo contrário, existem as cópias das Notas Fiscais e dos comprovantes de pagamento em 2008, conforme Planilha, o que comprova a existência de obrigações pagas no Balanço de 2008, Passivo Fictício, conforme planilhas em anexo. Assim o novo valor da Infração é de: Base de Cálculo de R\$ 450.161,20; ICMS 76.527,40; alíq. 17%.

Em relação a infração 02, salientam que o contribuinte reconheceu a infração integralmente sob a operação não tributada, fl. 32 dos autos. Portanto, reiteram a autuação em todo o seu teor.

No tocante a infração 03 - salientam que o contribuinte alega que as Notas Fiscais de nºs. 311.962 e 150.117 foram canceladas pela empresa emitente, Braskem, Inscrição Estadual no. 73.927.916 NO, que teria cometido alguns erros na escrituração. No entender das autuantes faltou a comprovação através dos meios legais do citado cancelamento, que seria através da apresentação das Notas Fiscais canceladas com todas as vias e Nota Fiscal de Entrada emitida conforme determina os Artigos 210, 211 e 212 do Regulamento do ICMS/BA. Assim, não ficou comprovada as alegações do contribuinte em relação as NFs 311.962 e 150.117. No entanto em relação a Nota Fiscal nº 021012, relativo ao fato gerador de janeiro de 2008, reconhecem que foi efetivamente lançada e a autuação não prevalece.

Em nova manifestação defensiva, fls. 142 a 151, aduz a defesa que o autuado é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, que tem objeto social a fabricação e comercialização de embalagens plásticas flexíveis, conforme contrato social consolidado.

Em relação a infração 01, aduz ausência de passivo fictício, reconhecendo que ocorreu erro contábil.

Reitera que com os documentos colacionados à exordial, o autuado comprovou que descabe a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis por conta de hipotético passivo fictício, posto que, em verdade, houve apenas um erro contábil no balanço da empresa quando do

lançamento do empréstimo obtido junto ao UNIBANCO, através do contrato de empréstimo COMPROR nº 441.539-4, alocado indevidamente na conta de fornecedores.

Explica que a controvérsia se deflagrou quando o autuado apresentou na sua Conta de Fornecedores um passivo de R\$ 652.437,17, referente a empresa fornecedora BRASKEM S/A. Após o oferecimento da impugnação, a Auditora identificou e acolheu parcialmente a impugnação inicial, reconhecendo o pagamento no valor de R\$ 202.275,97, para fins de retificar o valor do suposto passivo fictício para R\$ 450.161,20.

Argumenta que neste particular, conforme se depreende do objeto do Contrato para Concessão de Empréstimo / COMPROR (fls. 62 dos autos, por amostragem e abaixo transcrito), o autuado adquiriu perante o Banco Unibanco S/A empréstimos aos quais se destinaram exclusivamente ao pagamento do fornecedor de matéria prima BRASKEM S/A:

OBJETO DESTES CONTRATOS – O UNIBANCO, observados os termos e condições estipulados neste Contrato, poderá conceder à CONTRATANTE os empréstimos que esta vier a solicitar (“Empréstimos”), até o Valor Limite estabelecido no Quadro V (“Valor Limite”), a fim de que os recursos dos Empréstimos sejam destinados exclusivamente ao pagamento de fornecedores da CONTRATANTE, mencionados no quadro V, acima (“Fornecedores”), na forma e condições a seguir estipuladas.

Justifica que, quando do fornecimento da matéria prima pelo fornecedor BRASKEM S/A ao autuado, o UNIBANCO quitava a Nota Fiscal de fornecimento junto a BRASKEM através do citado empréstimo, ficando a BOMPLASTIL, na condição de devedora do UNIBANCO e não mais da BRASKEM S/A, envolvendo a mesma operação comercial de forma “CASADA”.

Salienta que para melhor entender o que foi dito acima, por amostragem, cabe analisar as Notas Fiscais nº 163.108 e 016.316, nos seguintes termos.

- No dia 01/12/08, o Peticionante adquiriu da BRASKEM S/A a matéria prima polietileno linear, conforme Nota Fiscal 163.108 (fls. 40), no valor de R\$ 66.412,50 e polietileno de baixa densidade, conforme Nota Fiscal nº 016.316 (fls. 42), no valor de R\$67.137,38, perfazendo um total de R\$ 133.549,88.
- No dia 05/12/08, tendo em vista o Contrato já firmado de Concessão de Empréstimo, a BOMPLASTIL, através de Carta de Adesão (fls. 39), solicitou do Banco UNIBANCO a liberação do empréstimo destinado ao pagamento acima referido, solicitação esta deferida, conforme pagamento efetuado pelo Banco no dia 05/12/08 (fls. 41 e 43).
- Esta mesma operação fora realizada com as Notas Fiscais nºs 016.972, 016.973, 163.593, 017.495, 163.991, 017.670 e 164.056.

Frisa que quando do pagamento da aquisição de matéria prima pelo autuado, o mesmo efetuava a quitação da Nota Fiscal através do citado empréstimo, liquidando o seu passivo junto a BRASKEM, tornando-se, a partir de então, devedora junto ao UNIBANCO. Tais empréstimos existem e são verdadeiros, foram efetivamente quitados nas respectivas datas de vencimento no exercício de 2009, conforme comprova extrato bancário de fls. 60/61, comprovando a inexistência do passivo fictício e a improcedência do lançamento fiscal neste particular.

Salienta que as notas fiscais indicadas pela auditoria como não localizadas foram devidamente colacionadas na peça de defesa às fls. 55/56, bem como a liquidação do referido passivo em 2009, na forma do documento de fls. 61, provando a insubsistência da autuação neste particular.

Cita decisão de outros órgãos julgadores sobre o tema.

No tocante ao segundo item do Auto de Infração, aduz que as autuantes afirmaram na sua manifestação que em relação a Infração 2, que o contribuinte reconheceu integralmente a autuação, e que por este motivo, reiteravam o lançamento fiscal em todo seu teor.

Ressalta que basta uma simples leitura da impugnação apresentada pelo autuado para concluir que a afirmativa acima carece de veracidade, visto que, com relação a Nota Fiscal nº 058191, afirmou literalmente a defesa que a mesma foi escriturada, anexando a cópia do livro fiscal de

entrada de mercadoria comprovando esta escrituração, elidindo completamente a infração apontada.

Com relação às Notas Fiscais de nº 058192, 058193, 058194, destaca que as mesmas são notas fiscais de simples remessa, que embora não tenham sido escrituradas, tal omissão não trouxe qualquer dano ao erário estadual, já que não há incidência do ICMS, transcrevendo trechos de decisão de outro órgão julgador.

No tocante a infração 03, frisa que, conforme narrado na Impugnação e comprovado com os documentos já colacionados na peça de defesa, tal infração nunca ocorreu, pois não houve no presente feito a referida “entrada de mercadorias no estabelecimento”, fato este que por si só, desautoriza o presente lançamento, pois não poderia o Contribuinte escriturar o que nunca ocorreu. Ademais, alegaram as autuantes, na sua manifestação, que faltou a defendente comprovar, por meios legais, o cancelamento das Notas Fiscais nº 311.962 e 150.117, emitidas pela BRASKEM, conforme determina os artigos 210 a 212 do RICMS/BA.

Entende que tal autuação não deve prosperar, pois, além do fato de que não ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento do defendente, as obrigações previstas nos artigos supra transcritos são todas direcionadas a empresa emissora da nota fiscal, neste caso, a BRASKEM S/A, não podendo tais obrigações acessórias serem imputadas ao autuado por simples impossibilidade material.

Salienta que, não obstante a este fato, conforme narrado na impugnação, o autuado entrou em contado com a BRASKEM através dos e-mails, solicitando que a mesma adotasse as providências previstas nos artigos supra transcritos, vindo a empresa informar e comprovar através de documentos, que as Notas Fiscais 150117 e 311962 foram canceladas e que deram origem as Notas Fiscais de Entrada nº 11035 e 0151, respeitando o quanto estabelecido no art. 212 acima transcrito.

Destaca que, desta forma, após análise dos fatos e dos documentos já colacionado aos autos, não resta dúvida que não ocorreu a infração aqui apontada, pois a citada mercadoria nunca entrou no estabelecimento do autuado, assim como houve a ocorrência do cancelamento das citadas Notas Fiscais, ratificando o autuado todos os termos da impugnação anteriormente apresentada.

Ao final, reitera o pedido pela improcedência do Auto de Infração e requer a realização de diligência fiscal.

Em nova informação fiscal, fls. 162 e 163, as autuantes frisam, em relação a infração 01, que o contribuinte comprovou parcialmente o pagamento de obrigações no exercício de 2008 de diversas Notas Fiscais no montante de R\$ 202.275,97(duzentos e dois mil duzentos e setenta e cinco reais e noventa e sete centavos), fls. folha 16 a 34.

Em relação ao que o contribuinte chama de SITUAÇÃO 2 esclarecem que não houve comprovação de pagamentos em 2009, muito pelo contrario, existem as cópias das Notas Fiscais e dos comprovantes de pagamento em 2008 o que comprova a existência de obrigações pagas no Balanço de 2008. (Passivo Fictício).Vide planilhas em anexo. Assim o novo valor da Infração é de: Base de Cálculo de R\$ 450.161,20; ICMS 76.527,40; aliq 17%.

Às folhas 167 e 168, o autuado apresenta nova manifestação defensiva, salienta que as autuantes não questionaram as alegações do autuado de que não houve supressão de imposto e sim um erro contábil no balanço da empresa quando do lançamento do empréstimo obtido pelo autuado junto ao UNIBANCO. Frisa que as autuantes realizaram uma análise fria e documental, desconsiderando todos os fatos e provas apresentadas posteriormente.

Em relação a infração 02, nota que as autuantes consideraram alguns notas fiscais, retificando sua autuação, fato este que por si só demonstra a nulidade e/ou improcedência da mesma.

Quanto a infração 03, não há qualquer questionamento por parte das autuantes, sobre as alegações e comprovações feitas pela defesa, reitera que não houve a referida “entrada de mercadorias no estabelecimento, fato que por si só, desqualifica esta infração, pois não poderia o contribuinte escriturar o que nunca ocorreu.

À folha 172, as autuantes reiteram o teor da contestação às folhas 132/133 e 162/163, não existindo nenhuma nova alegação da defesa.

VOTO

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob as alegações de que os fiscais revisaram e reduzirão o valor autuado, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois as autuantes expuseram com clareza e fundamentação as infrações imputadas, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, em observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação. Devo ressaltar que os erros eventuais constantes dos levantamentos não são causa de nulidade, esta situação será melhor aprofundada quando da análise do mérito das infrações.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Ademais, as próprias autuantes já revisaram e reduziram os valores autuados. Por sua vez, o autuado já de manifestou em 03 (três) oportunidades, tendo juntado aos autos diversos documentos, objetivando comprovar suas alegações. As autuantes, de igual modo, se manifestaram por três vezes.

No mérito, na infração 01 é imputada ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2008.

A ação fiscal foi embasada no Balanço Patrimonial dos exercícios de 2008, folhas 08 e 10 dos autos, no qual consta um saldo na conta do Fornecedor Braskem S/A o valor de R\$652.437,17.

De posse do balanço patrimonial do sujeito passivo as autuantes relacionaram os valores comprovados, no total de R\$24.832,50, abatendo-o do saldo existente no balanço, tendo apurado a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes no valor de R\$627.604,67, conforme demonstrado à folha 05 e revisado às folhas 132 e 134 dos autos.

Em sua defesa o autuado comprovou parcialmente o pagamento de obrigações no exercício de 2009 de diversas Notas Fiscais no montante de R\$202.275,97, folha 45 a 63 dos autos, documentos que inclusive foram aceitos pelas autuantes, que revisaram os demonstrativos, fls. 132 e 134, reduzindo o valor da Base de Cálculo para R\$450.161,20, com ICMS devido no valor de R\$76.527,40, com o qual concordo.

No tocante os documentos acostados pela defesa às folhas 68 a 89 dos autos, relativos aos pagamentos dos títulos durante o exercício de 2008, sem as respectivas baixas na conta fornecedores/Braskem, apenas comprovam o acerto do procedimento fiscal, uma vez que a empresa manteve, no passivo, obrigações já pagas antes da data do encerramento do balanço patrimonial. Portanto, devem ser mantidas na autuação.

Logo, considero correta a exigência fiscal, como o valor indicado na revisão fiscal, tendo respaldo legal no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, segundo o qual, além de outras hipóteses, a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, condição não atendida pela empresa. Não podendo ser acolhido o argumento defensivo de que apenas ocorreram erros de escrituração na contabilidade, pois restou comprovada a omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$76.527,40.

Nas infrações 02 foi aplicada multa de 1%, em decorrência da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$8.586,23.

A infração foi embasa no demonstrativo à folha 11 e nas vias das Notas Fiscais nºs 058192, 058193, 058194, 00332 e 00515 acostadas às folhas 12 a 16 dos autos.

Com relação as Notas Fiscais nºs 00332 e 00515, a própria defesa informou que não foram escrituradas, alegando extravio, o que não afasta a multa aplicada. Portanto, ficam mantidas na autuação.

Em relação as Notas Fiscais nºs 058192, 058193 e 058194, no valor total de R\$850.000,00, mais uma vez, a própria defesa reconhece que não foram escrituradas, alegando que não gerou prejuízo ao erário público e que se trata de notas fiscais de simples remessa, argumento que não elidem a aplicação da multa, a qual é bem menos gravosa por se tratar, justamente, de operações sem tributação pelo ICMS. Caso essas operações fossem tributadas pelo citado imposto, a multa seria 10 vezes maior, conforme previsto na legislação.

No tocante a Nota Fiscal 058191, citada pela defesa, a mesma não foi objeto de autuação.

Logo, a infração 02 restou caracterizada.

Nas infrações 03 foi aplicada multa de 10%, em decorrência da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 13.874,14.

A infração foi embasa no demonstrativo à folha 17 e nas vias das Notas Fiscais nºs 21012, 150117 e 311962 acostadas às folhas 18 a 20 dos autos.

Em relação a Nota Fiscal nº 21012, a defesa alega que foi escriturada, tendo acostado cópias na referida nota e cópia do livro Registro de Saídas, folhas 98 e 99 dos autos. Na informação fiscal as autuantes reconheceram que o citado documento fiscal foi efetivamente escriturada. Portanto, uma vez comprovada a escrituração regular da nota fiscal, a mesma deve ser excluída da autuação.

Quanto as Notas Fiscais nºs 311.962 e 150.117, a defesa alega que as mercadorias não entraram no estabelecimento e que foram canceladas pela empresa emitente, Braskem. Na informação fiscal as autuante não acataram o argumento defensivo.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que o autuado acostou aos autos documentos comprovando que as referida notas foram canceladas pelo emitente, a empresa Braskem.

Relativa a Nota Fiscal nº 150.117, fl. 88, a defesa acostou cópia da Nota Fiscal de Entrada nº 001135, emitida pela Braskem, constando a observação de que era referente a devolução na nota fiscal em questão, fl. 89. Logo, a mesma deve ser excluída da autuação.

Em relação a Nota Fiscal nº 311.962, fl. 90, a defesa acostou aos autos, fls. 91 a 97, cópias de correspondências trocadas com a empresa emitente (Braskem); cópia de relatórios internos da emitente e cópia do relatório Registro de Entradas de Mercadorias comprovando que a própria remetente emitiu Nota Fiscal nº 000151, para regularizar a devolução das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 311.962. Assim, a mesma deve ser excluída da infração.

Antes o acima exposto, entendo que a infração 03 é improcedente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$85.113,63:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | VALOR HISTÓRICO DEVIDO APÓS JULGAMENTO |
|-----------|---------------------|--|
| 1 | PROCEDENTE EM PARTE | 76.527,40 |
| 2 | PROCEDENTE | 8.586,23 |
| 3 | IMPROCEDENTE | 0,00 |
| TOTAL | | 85.113,63 |

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 **148714.0033/10-2**, lavrado contra **BOMPLASTIL EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.527,40**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, incisos III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 8.586,23**, prevista no inciso, XI, do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR