

A. I. N° - 206881.0001/12-8
AUTUADO - LISE EMBALAGENS E FILMES DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - EUGÉNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 15.02.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0020-04/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIMENTO A MENOS. A desconformidade da tipificação das infrações e as acusações fiscais (uso indevido de crédito de energia elétrica, erro na determinação de alíquota do imposto e falta de pagamento de imposto por diferença entre alíquotas) indicam insegurança na determinação das infrações, conforme art. 18, IV, “a”, do RPAF. Infrações nulas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 4. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA VIA INTERNET NO PRAZO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. Infração reconhecida. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Constatada diferenças de entradas de mercadorias tributáveis, presume-se saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais, conforme Port. nº 445/96. A simples negativa de cometimento não desobriga o autuado de elidir a infração. Negado pedido de nova apuração da infração por diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2012, reclama ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$169.295,14, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (março a dezembro 2009). Valor Histórico: R\$136.136,95 – Multa de 50%.

“Consta que em 2009, conforme demonstrativos Auditoria da Conta Corrente do ICMS dos exercícios de 2007 a 2009, quando foram excluído do crédito fiscal os lançamentos de energia elétrica em 2007, período em que a empresa não possuía estoques inicial e final, não tendo adquirido matérias-prima (aparas) para a fabricação do produto acabado (lona), e em 2008 período que não possuía estoques inicial e final, bem como não adquiriu matéria-prima nem vendeu produtos acabados (lona), demonstrativos das exclusões na Conta Corrente do ICMS (Demonstrativos do Crédito Indevido de Energia Elétrica 2007 e 2008, Demonstrativo do Crédito Indevido 2009, Demonstrativo do Erro na Determinação da Alíquota 2009 e Demonstrativo da Diferença de Alíquotas 2009) e photocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS anexo I”.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor ICMS de R\$9.079,77, em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

“Consta na descrição que o recolhimento a menor deu-se em dezembro de 2009, conforme demonstrativos Auditoria da Conta Corrente do ICMS dos exercícios de 2007 a 2009 quando foram excluído do crédito fiscal os lançamentos de energia elétrica em 2007, período em que a empresa não possuía estoques inicial e final, não tendo adquirido matérias-prima (aparas) para a fabricação do produto acabado (lona), e em 2008 período que não possuía estoques inicial e final, bem como não adquiriu matéria-prima nem vendeu produtos acabados (lona), conforme demonstrativos das exclusões no Conta Corrente do ICMS (Demonstrativos do Crédito Indevido de Energia Elétrica 2007 e 2008, Demonstrativo do Crédito Indevido 2009, Demonstrativo do Erro na Determinação da Alíquota 2009 e Demonstrativo da Diferença de Alíquotas 2009) e photocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS anexo I. Valor Histórico: R\$9.079,77 – Multa de 60%”;

INFRAÇÃO 3 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas, photocópias dos documentos fiscais respectivos e do livro Registro de Entradas, anexo II. Multa de 10%: R\$1.266,55.

INFRAÇÃO 4 - Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Omissão de entrega do arquivo. Deixou de apresentar, apesar de intimado, os arquivos magnéticos SINTEGRA com as retificações das inconsistências apuradas, conforme photocópias do Termo de Intimação, Relação dos Arquivos Repcionados e demonstrativo anexo III. Multa Fixa: R\$1.380,00.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$21.431,87, 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 (2009).

Valor apurado conforme Demonstrativos: Auditoria de Estoque; Levantamento das Entradas e Saídas; Cálculo do Preço Médio; photocópias do livro Registro de Inventário; Declaração do Processo de Transformação de Mat. Prima em Produto Acabado e Percentual de Perda, fornecido pela autuada, anexo IV, e descrição a seguir: A) AQUISIÇÃO DE APARAS - 424.472 KG (MAT. PRIMA - CORRESPONDE A 97% DA LONA) B) PIGMENTOS - 13.128,00 KG (MAT. PRIMA CORRESPONDE A 3% DA LONA) C) TOTAL LONA PRODUZIDA (A+B) - 437.600,00 KG D) ESTOQUE FINAL LONA - 9.040,35 KG E) LONA DISPONIVEL VENDA (C-D) - 428.559,65 KG F) REGRANULADO- 52.880,00 KG G) TOTAL LONA VENDIDA (F+G) 481.439,65 KG H) VENDA NF LONA- 583.520,50 KG (VENDA - 584.675,50 KG / DEV. DE VENDA - 1.155 KG) I) OMISSÃO DE ENTRADAS - 102.080,85 KG OMISSÃO ENTRADAS APARAS 97%- 99.018,42 KG OMISSÃO ENTRADAS PIGMENTO 3%-3.062,42 KG. Valor Histórico: R\$21.431,87 – Multa de 70%;

O autuado se defende às fls. 291/292:

INFRAÇÕES 1 e 2 – Afirma que tentou por diversas vezes regularizar a situação fiscal junto à Inspetoria, não tendo sucesso, pois o Inspetor fazendário, naquela época, Sr. Ademilson Barnabé da Silva, não aceitava a regularização cadastral da empresa, principalmente com a liberação para impressão dos talonários de notas fiscais, sem a devida quitação dos débitos existentes, conforme processo e documentação em anexo. Assim, no período a empresa possuía cerca de 50 (cinquenta) funcionários, não podendo ficar sem exercer atividades produtivas, motivo pelo qual a única solução foi a prestação de serviços para concorrentes na reciclagem e granulação das aparas plásticas, conforme habilitação junto a Prefeitura Municipal de Simões Filho, documentação anexa, gerando desta maneira consumos de energia elétrica.

INFRAÇÃO 3 – Diz que as notas fiscais mencionadas pela fiscalização, todas da empresa KAFERRO – COMERCIAL DE FERROS LTDA. – Inscrição Estadual nº 24.064.752, são de produtos para manutenção e reparação de máquinas, tais como: Telha zinical, parafusos, soquetes, cantoneiras, etc., desta forma se conclui que não tem influência na apuração do ICMS, pois a atividade do autuado é a fabricação de laminados planos e tubulares de material plástico (lonas de plásticos) CNAE 22.21-8-00, bem como, recuperação de materiais plásticos (serviços de reciclagem e granulagem de plásticos) CNAE 38.32.7-00.

INFRAÇÃO 4 - Reconhece a imputação e solicita a devida emissão do documento para pagamento.

INFRAÇÃO 5 - Não reconhece a maneira de presunção feita na falta de recolhimento do ICMS, solicitando desde já uma nova apuração com o devido conhecimento do espaço físico onde as transformações são realizadas.

Nas fls. 293 a 296, consta Ofício VFP nº 130/04, referente ao Mandado de Segurança nº 414407-4/2004 – 53.584, impetrado no sentido de que se promova o imediato restabelecimento da Inscrição Estadual do autuado, autorizando a devolução dos talonários de notas fiscais e, autorizando a retirada do lacre colocado no seu estabelecimento pelos agentes fiscais. Às fls. 294/296 consta cópia da decisão judicial e às fls. 297/303, cópia da ação mandamental.

À fl. 322 consta intimação para informar Arquivamento da Defesa por intempestividade. A fl. 326 é o Recurso de Impugnação ao Arquivamento da Defesa que, conforme fl. 330 foi atendido no interesse da empresa.

A Informação Fiscal foi prestada às fls. 339/346, da seguinte forma:

Infrações 1 e 2: Diz que o recolhimento a menos do ICMS decorre do desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, tendo em vista as exclusões na Conta Corrente do ICMS de Créditos Indevidos oriundos de energia elétrica (fls. 28 e 29), de erro na determinação da alíquota do ICMS (fl. 30), da falta de recolhimento da diferença de alíquotas (fl. 31) e de créditos indevidos oriundos de aquisições de mercadorias e frete para uso e consumo e do valor do IPI nas devoluções de vendas (fl. 32).

Fala que conforme o art. 93 inc. II alínea “a”, constitui crédito fiscal o valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, quando consumida no processo de industrialização e o contribuinte não possuindo estoques inicial e final, não adquiriu matéria-prima (aparas) para a fabricação do produto acabado (lona) no exercício de 2007, e em 2008 não adquiriu matérias-prima nem vendeu produtos acabados (lona), comprova que a energia elétrica não foi utilizada no processo de industrialização, e sim, na prestação de serviços, conforme confessa o autuado.

Afirma que o argumento defensivo de que estava com sua inscrição estadual cancelada não procede, conforme se pode verificar nos Relatórios INC - Histórico de Atividade Econômica Principal, Condição e Situação anexo fl. 255, bem como Dados Cadastrais – Editais anexo fl. 320, a mesma no período fiscalizado se encontrava ativa no cadastro estadual. Ademais, a concessão de liminar ocorreu em 12/05/2004, conforme Ofício nº 130/04 anexo fl. 293 para o restabelecimento da inscrição estadual, a devolução de talonários de notas fiscais e a retirada do lacre. Ratifica o entendimento mantendo integralmente estas infrações.

Infração 3: Diz que a falta de registro das notas fiscais de entradas tem prova nos autos (demonstrativo, intimação para apresentação, cópia das NF's e do LRE: fls. 133/160). São de empresas fornecedoras do autuado, nelas constando todos os seus dados.

Aduz que o contribuinte confessou que não as escriturou alegando referir-se a aquisição de mercadoria destinada à manutenção e reparo de máquinas e, por isso não deve a multa proposta, o que contraria os arts. 42 inc. IX da Lei nº 7.014/96, 322 inc. I e 915 inc. IX do RICMS/BA.

Infração 05: Diz que infração é prevista nos arts. 1º, I, § 3º, I e § 2º do RICMS-BA. O levantamento se compõe por diversos demonstrativos especificando as mercadorias, as quantidades

movimentadas, os documentos fiscais emitidos e os estoques inicial e final (fls. 224/244) cujas cópias foram fornecidas ao autuado, inclusive em CD-R, conforme ele declarou e assinou recibo (fl. 279) e foi feito de acordo com a declaração do processo de transformação de matéria-prima em produto acabado e percentual de perda fornecido pelo próprio autuado (fl. 234).

Afirma que conforme o art. 8º, Inc. IV e § 1º do RPAF/BA, cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações e que isso ele não fez por não possuí-los. Assim, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal.

Firma que as infrações estão lastreadas em demonstrativos fiscais, vias e photocópias de documentos e de livros fiscais, e o contribuinte não questiona o mérito de forma específica em sua impugnação, nem traz ao processo qualquer prova de improcedência ou a possibilidade da ocorrência de equívocos numéricos nos levantamentos fiscais.

Concluiu pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Em face do expresso reconhecimento do seu cometimento pelo Impugnante, a infração 4 não terá o mérito apreciado e por nada ter a reparar quanto ao seu aspecto formal, subsiste integralmente.

Infração procedente.

O contribuinte se defende das infrações 1 e 2 dizendo ter direito ao crédito fiscal de energia elétrica (fls. 28/29) que corresponde a 98% do valor das infrações, por tê-la utilizado no seu processo produtivo prestando serviço de industrialização para concorrentes na reciclagem e granulação de aparas plásticas, enquanto que o autuante informa ter excluído esses créditos na auditoria da conta corrente de ICMS que refez por serem indevidos tendo em vista que não tendo adquirido matéria prima nem tendo vendido produto acabado em 2007 e 2008, fica comprovado que a energia não foi utilizada no processo de industrialização. O valor restante das infrações o autuante informa corresponder a erro na determinação da alíquota do ICMS (fl. 30) e falta de recolhimento de DIFAL (fl. 31).

De logo, observo flagrante incongruência entre a tipificação das infrações (falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar referente operações escrituradas - infração 1 - e recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e escriturado no LRAICMS – infração 2) e os ilícitos narrados, o que implica em insegurança na determinação de quais infrações, de fato, foram cometidas.

Além disso, segundo o autuante, os atos infracionais em enfoque, em especial os relativos à energia elétrica (fls. 28/29) ocorreram em 2007 e 2008 e as ocorrências correspondentes (infrações 1 e 2) estão registradas como de 2009.

Com fundamento no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, declaro nulas as infrações 1 e 2 e com base no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas, observando que, quanto ao crédito de energia elétrica, devem ser vistas as disposições contidas nos arts. 2º, VI, “a” e “b”, 59, II, “a”, 93, II, “a”, 2, § 1º, I, “a”, “b” e “c”, II, 97, I, “a”, III e VI, todos do RICMS-BA.

A infração 3 trata de multa por falta de registro de NF's de entrada de mercadoria tributável (fls. 135/140) no estabelecimento autuado, cujo demonstrativo consta à fl. 133. O Impugnante justifica o não registro dessas NF's porque são de mercadorias destinadas à manutenção e reparo de máquinas e, segundo ele, por isso, a penalidade não seria devida, o que se constitui em ledo equívoco, tendo em vista serem de mercadorias tributáveis e legalidade penal constituída no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Infração procedente.

Para a infração 5 (presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributável apurada por levantamento quantitativo de estoque), na oportunidade da defesa assegurada nos termos do art. 123 do RPAF, o Impugnante apenas não a reconhece e solicita nova apuração, pedido que denego com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF, pois além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, o pedido é destinado a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal e a documentos que, se existirem, estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

A simples negativa do cometimento da presunção legal da omissão de saída de mercadoria tributável, cujo imposto devido se está exigindo mediante regular procedimento de auditoria orientado pela Portaria nº 445/98, impõe a incidência das disposições contidas nos artigos 140, 142 e 143, do RPAF, abaixo transcritos, para confirmar a acusação fiscal, uma vez que seus objetivos dados constantes dos demonstrativos de fls. 225/234 não foram contestados.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração procedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0001/12-8**, lavrado contra **LISE EMBALAGENS E FILMES DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.431,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.646,55**, prevista nos incisos IX e XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Representa-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas nas infrações 1 e 2.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR