

A. I. Nº - 207095.07010/11-6
AUTUADO - BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 04.04.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-02/13

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. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Revisão fiscal confirma que não houve erro na apuração do débito, conforme alegado na defesa. Infração caracterizada. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Corrigido o valor da multa por erro na sua apuração. Não foi comprovada a alegação de que o livro em questão estava escriturado antes da ação fiscal. 4. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. VENDAS A EMPRESA DO SIMBAHIA COM ALÍQUOTA REDUZIDA INDEVIDAMENTE. Infração caracterizada. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/07/2011, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$3.090.183,27, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes nos exercícios de 2007 e 2008, conforme demonstrativos às fls. 57 a 59. Imposto lançado: R\$2.053.329,99.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$2.138,13, relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, utilizada nas áreas administrativas do estabelecimento, no período de fevereiro de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativo à fl. 55.
3. Deixou de escriturar o livro de Registro de Inventário, nos exercícios de 2007 e 2008, sendo aplicada a multa formal no valor de R\$1.022.236,27, equivalente a 5% sobre o valor contábil das entradas, conforme documentos às fls.163 a 164. Em complemento consta: *livro Registro de Controle da Produção Industrial e do Estoque, tipificado no artigo 325, do RICMS. Aplicação de 5% de multa formal sobre o valor contábil das entradas, conforme demonstrativo anexo à 1ª intimação fiscal para retificação de informações em meio magnético, cientificada em 20/07/2009.*
4. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$12.478,88, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro e março de 2007, conforme demonstrativos às fls.52 a 53. Em complemento consta: *Vendas a empresas do SIMBAHIA com alíquota reduzida indevidamente, conforme demonstrativo anexo.*

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresenta defesa às fls.789 a 825, repisa todas as infrações, e argüiu a nulidade da infração 04 por erro na sua capitulação, e impugnou as infrações 01, 02 e 03, pelos motivos de fato e direito a seguir aduzidas.

Quanto a preliminar de nulidade da infração 04, aduz que existe incongruência entre a realidade fática e o enquadramento legal, pois a conclusão fiscal está baseada na constatação de que ocorreu a redução na alíquota aplicável em algumas vendas realizadas nos meses de fevereiro e março de 2007, porém, o enquadramento legal nos artigos 116, 124 inciso I, e 331 § 8º do RICMS, tratam a respeito da forma de apuração do imposto no regime normal, sobre a data de vencimento do mencionado tributo e a respeito de aspectos formais que devem ser respeitados na lavratura do livro de Registro de Apuração do ICMS.

Assim, sustenta ausentes os elementos que identifiquem com clareza a infração imputada.

Diz que por possuir atividade industrial, quando da realização de vendas para micro e pequenas empresas deve realizar a operação de circulação de mercadorias valendo-se da alíquota de 7%, o que é determinado pelo próprio RICMS.

Com base nisso, suscita a declaração da nulidade desta infração, nos termos do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, por falta de certeza e segurança na determinação da infração e a sua correlação com a capitulação legal, e cita a jurisprudência do próprio CONSEF, representada pelo Processo AI nº 192900014/04-9 - ACÓRDÃO JJF Nº 0252-04/05

No mérito, impugnou as infrações 01, 02 e 03, com base no que segue.

Infração 01

Alega que foram feridos os princípios de contabilidade, em razão dos seguintes erros constatados no levantamento fiscal constante às fls.57 a 59, quais sejam:

- a) Referente a 2007 (fl. 57) somente foi considerada como integrante do passivo comprovado parte das notas fiscais com data de emissão a partir de 03/novembro até 26/dezembro.
- b) No tocante ao exercício de 2008 o levantamento realizado às fls. 58/59 dos autos, somente foi considerado como passivo comprovado, também parte das notas fiscais com data de emissão a partir de 02/novembro até 24/dezembro.

Afirma que o passivo da empresa no final do exercício de 2007 e 2008 era composto por Notas Fiscais emitidas durante todo o curso do ano-calendário, tendo apresentado como elemento de prova os DEMONSTRATIVOS DE COMPROVAÇÃO DO PASSIVO - CONTA FORNECEDORES, destacando que a coluna “Pagamento” se refere a data de liquidação da obrigação comercial (docs.fls. 830 a 847) relativos aos Balanços encerrados em 31/12/2007 e 31/12/2008.

Assim, explica que a planilha elaborada pela fiscalização considerou, de maneira indiscriminada, que todas as notas fiscais que tinham vencimento dentro do exercício foram efetivamente pagas, o que segundo o defendente não ocorreu, pois alguns títulos, por motivo de ordem financeira, foram quitados no exercício seguinte, com juros pagos aos fornecedores, nos valores de R\$413.020,73 e R\$137.389,02, conforme consta nas fls. 413/414 (livro Razão nº 8 de 2008 – docs.fls. 848/9) e fls. 673/675 (Livro Razão nº 2 de 2007 – docs.fls.850/852).

Por conta disso, requer diligência revisora para que sejam consideradas na composição do PASSIVO CIRCULANTE – CONTA FORNECEDOR (fl. 57 a 59 do processo) todas as Notas Fiscais emitidas nos respectivos exercícios, inclusive no que se refere aos débitos cuja data de vencimento (sem o respectivo pagamento) já tenha sido ultrapassada. Frisa que nos referidos demonstrativos aparece: (I) o nome do fornecedor; (II) data de registro da nota fiscal/data de emissão; (III) data de vencimento; (IV) nº da NF/duplicata; (V) valor da NF/duplicata; e (VI) data de pagamento, o que não foi feito pelo autuante que deixou de identificar o nome dos fornecedores trazendo prejuízo a sua defesa.

Chama a atenção que o autuante recebeu para o seu trabalho os livros da contabilidade, especialmente o RAZÃO (fl. 714 do processo), no qual se encontram as informações para

identificar a conta analítica por cada fornecedor (docs.fls.853/864), com amostragem das operações, no exercício de 2008, com as empresas PRODUMASTER, COELBA, SUZANO PETROQUIMICA – Conta Contábil 3087 e 3108 – INDÚSTRIAS ROMI, D.A.LOG, BRASKEM, EMPRESA DE TERMOPLÁSTICOS LTDA, etc.), e caberia a ele ter realizado a auditoria do passivo de maneira técnica, apurando o saldo do passivo individualizado, especificando as Notas Fiscais pagas no exercício seguinte que foram regularmente contabilizadas e por consequência deveriam constar no levantamento da fiscalização (fls. 57 a 59 dos autos), sendo, pois, excluídas do dito passivo fictício.

Reafirma seu pedido de diligência por auditor estranho ao feito para conferência dos DEMONSTRATIVOS DE COMPROVAÇÃO DO PASSIVO CONTA FORNECEDORES em 31/12/2007 e 31/12/2008 (docs. fls. 830/847), os quais diz justificar o saldo a pagar listado nos Balancetes Analíticos – Conta Fornecedores referentes aos exercícios encerrados em 31/12/2007 e 31/12/2008 (docs. fls. 830 a 947, DOCS. 16 e 17 ANEXOS), que se encontram escriturados nos livro Diário nº 2 de 2007 (fls. 618/619) e Livro Diário nº 8 de 2008 (fls. 617/622).

Prosseguindo, passa a comentar sobre a existência de passivo real relacionado à empresa D. A. Log Distribuidora de Plásticos Ltda, e quanto a informação do autuante, com base em uma declaração prestada pelo Sr. Amauri Kravaski de que as Notas Fiscais nº 6114, 6115, 6850, 6852, 6853, 6854, 6855, 6856 e 6857 deveriam ser tidas como liquidadas em 24/09/2007, de forma a não poder constar na conta “Fornecedores” da empresa autuada em 31/12/2007, o defendente ressalta que o autuante desconsiderou indevidamente as informações contidas nos livros contábeis da empresa autuada, que gozam de presunção de legitimidade e certeza, visto estarem inteiramente regulares segundo os princípios de contabilidade geralmente aceitos, com fundamento em mero arrazoado contido às folhas 573 e 574 dos autos.

Assim, argumenta que a fiscalização desconsiderou toda a escrita contábil da empresa, sem demonstrar a existência de qualquer vício que a maculasse pautada apenas na mencionada declaração, a qual não pode ser concedido valor probante pelas seguintes razões:

- a) *No documento de fls. 573/574 consta a assinatura de um indivíduo que diz ser Amauri Kravaski. No entanto, a mencionada declaração não se fez acompanhar de qualquer documento pessoal do mesmo, de sorte a atestar a autenticidade da assinatura ali constante;*
- b) *Não consta a qualificação do Amauri, deixando de fazer menção a dados básico, necessários para a correta identificação do mesmo como representante legal da empresa D.A.LOG, como: (I) Número da carteira de identidade; (II) número do CPF; (III) nacionalidade; (IV) estado civil; e (V) endereço no qual o mesmo poderia ser encontrado, elementos exigidos pelo Código de Processo Civil Brasileiro para a regular qualificação das pessoas envolvidas como parte ou terceiro em um processo, seja judicial ou administrativo.*
- c) *Além da ausência de completa identificação do suposto signatário da declaração, junto a mesma sequer consta documento que prove que Amauri Kravaski era sócio da empresa D.A.LOG (última alteração do contrato social), quiçá que o mesmo seria representante legal da mesma. Insta ressaltar que no próprio documento consta referência que há terceiro, sócio da empresa, que ficou responsável pela representação e guarda dos documentos após a baixa (o que demonstra que o signatário não possuía competência para tanto).*
- d) *Além dos vícios formais acima mencionados, a Declaração incorre em contradição, na medida em que indica que não teve acesso à documentação solicitada, uma vez que as mesmas foram deterioradas em um alagamento provocado por fortes chuvas e, de maneira simultânea indica com precisão que as Notas Fiscais indicadas estavam escrituradas nos livros fiscais e contábeis. Ora, se não foi possível analisar os livros, como seria possível afirmar que determinados documentos foram escriturados, ou não?*

Chama a atenção para o teor do documento de fl. 576, de lavra da Agente Fiscal e de Rendas do Estado de São Paulo que procedeu às verificações solicitadas perante a D.A.LOG, argüindo que no

referido documento, a preposta da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo afirma que não foram apresentados pela empresa domiciliada naquele Estado os comprovantes de quitação das Notas Fiscais relacionadas o que, no seu entendimento, confirma a não existência de um passivo fictício, mas sim um PASSIVO REAL, uma vez que os valores eram efetivamente devidos conforme a escrita contábil.

Com relação ao passivo de 2008, aduz que além das irregularidades contidas no levantamento fiscal anteriormente mencionadas, incorre em outros vícios, quais sejam:

a) *Falta de exclusão do passivo fictício autuado em exercício anterior (2007) quando da apuração da base de cálculo da mesma infração no ano subsequente (2008), caracterizando duplicidade de cobrança em 2008. Transcreveu a jurisprudência do CONSEF em julgamento em que foi excluído o saldo não justificado do ano anterior, através dos Acórdãos JJF nº 0049-02/04/CJF nº 0059-12/04; JJF nº 0331-01/02/CJF nº 0057-11/03. Assim, requer que seja excluída toda a base de cálculo lançada anteriormente relativa a 2007, no valor de R\$ 5.525.644,85, retirando do Auto de Infração a cobrança em duplicidade, efetuando a retificação dos cálculos. É o que se requer, com fundamento nos precedentes acima transcritos.*

b) *Superposição de cobrança de ICMS sobre passivo fictício, em razão da duplicidade de autuação de 2008 relativa aos mesmos títulos autuados em 2007, correspondente a aquisição de bens junto a empresa D. A. Log Distribuidora de Plásticos Ltda.*

Salienta que mesmo que não seja acolhida a RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS INTEGRANTES DO “DEMONSTRATIVO DE COMPROVAÇÃO DO PASSIVO CONTA FORNECEDORES”, referente ao balanço encerrado em 31/12/2007 e 31/12/2008 (docs. fls. 830/847), como prova da inexistência do Passivo Fictício no montante apontado na Infração 01, cabe que se considere no lançamento objeto da presente Impugnação que o autuante cometeu o imperdoável erro de tributar a mesma base de cálculo em dois exercícios sucessivos.

Argumenta que, se o saldo do passivo do final de um exercício é o saldo inicial do exercício seguinte, tudo que foi autuado em exercício anterior (2007) tem que ser abatido do exercício subsequente (2008) que está sendo objeto da fiscalização sob pena de incidir em duplicidade da mesma base de cálculo para fins de tributação ao argumento de passivo fictício.

Feitas estas considerações, passa a apontar os enganos que diz existir no levantamento fiscal intitulado de “DEMONSTRATIVO DO PASSIVO CIRCULANTE – CONTA FORNECEDOR” DE 2008 (fl. 58 e 59 do processo), dizendo que:

a) *o passivo real da empresa em 2008 é composto de dívidas do exercício anterior (2007) acrescido de novos débitos relativos ao exercício examinado (2008), conforme consta em relação ao EXERCÍCIO DE 2008, uma vez que na COMPOSIÇÃO DO PASSIVO - DOC. 03 ANEXO sob o título de “DEMONSTRATIVO DE COMPROVAÇÃO DO PASSIVO CONTA FORNECEDORES - consta um saldo de 2007 no valor de R\$ 2.444.990,67 (vide fl. 237 do Livro Razão Nº 08 de 2008 - DOC. 11 ANEXO - ao qual o autuante teve pleno acesso) correspondente as aquisições de bens junto a D.A. LOG. DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS referentes as notas fiscais de nº 006854/1, 006855/1, 006856/1, 006857/1, 006858/1 e 006859/1 cujas cópias já se encontram no processo.*

b) *tais valores, relacionados abaixo, no total de R\$ 2.444.990,67, devem ser abatidos do saldo do balanço de 2008 no montante de R\$ 7.112.336,81, assim como o valor comprovado considerado pelo autuante (R\$ 559.569,66), uma vez que as aludidas notas fiscais também podem ser conferidas no Livro Razão de 2007 e no Balancete Analítico – Conta Fornecedores nº 4725 referente a D.A.LOG, escriturado nos Livros Diário nº 02 de 2007 e nº 8 de 2008 (DOCS. 16 e 17 ANEXOS), observando-se a discriminação a seguir:*

	D. Registro	Vencimento	Nº NF/duplicata	Valor R\$
D A LOG DISTRIBUIDORA DE PLASTICOS LTDA	30-Mar-07	29-Jun-07	006854/1	9.990,67

D A LOG DISTRIBUIDORA DE PLASTICOS LTDA	30-Mar-07	29-Jun-07	006855/1	75.000,00
D A LOG DISTRIBUIDORA DE PLASTICOS LTDA	30-Mar-07	29-Jun-07	006856/1	1.000.000,00
D A LOG DISTRIBUIDORA DE PLASTICOS LTDA	30-Mar-07	29-Jun-07	006857/1	1.000.000,00
D A LOG DISTRIBUIDORA DE PLASTICOS LTDA	30-Mar-07	29-Jun-07	006858/1	215.000,00
D A LOG DISTRIBUIDORA DE PLASTICOS LTDA	30-Mar-07	29-Jun-07	006859/1	145.000,00
			TOTAL	2.444.990,67

Além disso, diz que no passivo fictício do ano de 2008, deve ser deduzido no “DEMONSTRATIVO DO PASSIVO CIRCULANTE – CONTA FORNECEDOR” DE 2008 (fl. 59 do processo), o valor correspondente a compra de equipamento perante a INDÚSTRIAS ROMI S/A, com financiamento de longo prazo através do BNDES – Nº P.A.C. 08/207-0/34686-1/301 (DOC. 18 ANEXO – “PLANILHA DE VENCIMENTO – PÓS FIXADA” emitida em 23/11/2010) referente a nota fiscal de nº 273317, lançada na escrita contábil em 13/08/2008 (vide cópia da fl. 230 do Razão nº 08 de 2008– DOC. 10 ANEXO), que gerou diversas duplicatas com vencimento até 15 de outubro de 2012, perfazendo o total a vencer de Janeiro/2009 em diante de R\$ 1.223.225,00, como aparece no DEMONSTRATIVO DE COMPROVAÇÃO DO PASSIVO CONTA FORNECEDORES EM 31/12/2008 (DOC. 03 ANEXO) abaixo transcrito.

Credor	D.e Registro	Vencimento	Nº NF/Duplicata	Valor (R\$)	D. de Pagamento
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	23-Oct-08	273317/2	10.825,00	23/04/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	03-Feb-09	273317/5	118,00	27/01/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	03-Feb-09	273317/5	10.707,00	03/02/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	23-Feb-09	273317/6	10.825,00	20/02/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	23/mar/09	273317/7	10.825,00	23/03/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-May-09	273317/8	27.835,71	15/05/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	25-May-09	273317/3	10.825,00	25/05/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jun/09	273317/9	27.835,71	12/06/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jul/09	273317/A	27.835,71	15/07/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Aug-09	273317/B	27.835,71	17/08/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Sep-09	273317/C	27.835,71	15/09/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Oct-09	273317/D	27.835,71	15/10/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/nov/09	273317/E	27.835,71	16/11/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Dec-09	273317/F	27.835,71	15/12/2009
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jan/10	273317/G	27.835,71	14/01/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Feb-10	273317/H	27.835,71	25/02/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/mar/10	273317/I	27.835,71	15/03/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Apr-10	273317/J	27.835,71	15/04/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-May-10	273317/K	27.835,71	17/05/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jun/10	273317/L	27.835,71	18/06/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jul/10	273317/M	27.835,71	15/07/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Aug-10	273317/N	27.835,71	17/08/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Sep-10	273317/O	27.835,71	20/09/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Oct-10	273317/P	27.835,71	15/10/2010

INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/nov/10	273317/Q	27.835,71	16/11/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Dec-10	273317/R	27.835,71	15/12/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jan/11	273317/S	27.835,71	04/02/2011
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Feb-11	273317/T	27.835,71	28/02/2010
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/mar/11	273317/U	27.835,71	30/03/2011
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Apr-11	273317/V	27.835,71	29/04/2011
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-May-11	273317/W	27.835,71	30/05/2011
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jun/11	273317/X	27.835,71	15/06/2011
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jul/11	273317/Y	27.835,71	PROR. P/25/09
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Aug-11	273317/Z	27.835,71	15/08/2011
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Sep-11	273317A1	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Oct-11	273317A2	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/nov/11	273317A3	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Dec-11	273317A4	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jan/12	273317A5	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Feb-12	273317A6	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/mar/12	273317A7	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Apr-12	273317A8	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-May-12	273317A9	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jun/12	273317B1	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15/jul/12	273317B2	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Aug-12	273317B3	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Sep-12	273317B4	27.835,71	A VENCER
INDUSTRIAS ROMI S.A.	13-Oct-08	15-Oct-12	273317B5	27.835,89	A VENCER
TOTAL				1.223.225,00	

Prosseguindo, argüiu que após a realização dos ajustes acima demonstrados, na hipótese desta Junta de Julgamento Fiscal entender, parcialmente, pela presunção prevista no § 4º, III, do art. 4º da Lei 7.014/96, ou seja, pela manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, entende que deve ser aplicada a proporcionalidade prevista no item “1” da Instrução Normativa 56/2007, para que seja retirada da base de cálculo do imposto cobrado o montante relativo às operações que refletiam hipóteses de operações não tributadas pelo ICMS (como operações que envolvam produtos sujeito a antecipação ou substituição tributária, mercadorias isentas ou que sobre as quais não cabe incidência do imposto).

Elaborou um quadro demonstrativo dos percentuais das saídas tributadas e das saídas não tributadas, realizado com base no Livro de Registro de Apuração do ICMS, ora anexados (DOC. 19 e DOC. 20 ANEXOS) e cuja amostragem pode ser observada às folhas 616 a 632 dos presentes autos, onde consta cópia do aludido livro apenas no tocante aos meses de abril/2007, setembro/2007, março/2008 e outubro/2008.

ANO	SAÍDAS TRIBUTADAS	S. NÃO TRIBUTADAS	TOTAL
2007	76,02%	23,98%	100,00%
2008	80,32%	19,68%	100,00%

Infração 02

Destaca que a conclusão fiscal de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizadas nas áreas administrativas do estabelecimento, está

baseada no Laudo Técnico do consumo de energia elétrica que foi fornecido pela empresa, com base nos seguintes percentuais: a) 1,16% na área administrativa; e b) 98,84% na área produtiva.

Diz inexistir qualquer controvérsia quanto ao percentual de energia consumida na produção, cujo respectivo ICMS poderá ser utilizado como crédito fiscal no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias.

No caso, alega que a fiscalização incorreu em equívoco na determinação da Base de Cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica nos meses de novembro/2007 a dezembro/2008, em razão de ter considerado o valor constante no livro de Registro de Entrada de Mercadoria, enquanto que no mencionado registro contábil já constava o valor correspondente ao Imposto incidente sobre a energia utilizada na área produtiva da indústria (98,84% do total).

Elaborou demonstrativo da Infração 02, tendo juntado faturas de energia elétrica emitidas pela COELBA (DOC. 23 a DOC. 36 ANEXOS), consoante resumo abaixo:

INFORMAÇÕES CONFORME FATURAS DA COELBA							
Período	Valor NF	BC ICMS	ALIQ	V. ICMS	C.(98,84%)	V.Creditado	C. Indevido
fev/07	35.927,98	17.229,51	27%	4.651,97	4.598,01	4.651,97	53,96
mar/07	38.844,71	18.628,48	27%	5.029,65	4.971,31	5.029,69	58,38
abr/07	40.791,53	19.564,02	27%	5.282,25	5.220,98	5.282,29	61,31
mai/07	52.913,53	25.382,56	27%	6.853,28	6.773,78	6.853,28	79,50
jun/07	49.207,00	23.603,44	27%	6.372,91	6.298,98	6.372,91	73,93
jul/07	53.875,55	25.844,34	27%	6.977,94	6.897,00	6.977,94	80,94
ago/07	63.340,66	30.387,60	27%	8.204,62	8.109,45	8.204,62	95,17
set/07	53.513,66	25.670,65	27%	6.931,05	6.850,65	6.931,05	80,40
out/07	80.641,12	38.691,82	27%	10.446,75	10.325,57	10.325,61	0,04
nov/07	63.339,34	30.386,98	27%	8.204,46	8.109,29	8.109,31	0,02
						TOTAL 2007	R\$ 583,67
jan/08	59.645,62	28.613,97	27%	7.725,75	7.636,13	7.636,15	0,02
fev/08	49.248,86	23.623,54	27%	6.378,31	6.304,32	6.304,37	0,05
mar/08	60.651,80	29.095,84	27%	7.855,85	7.764,72	7.764,75	0,03
abr/08	72.754,57	34.905,18	27%	9.424,36	9.315,04	9.315,08	0,04
mai/08	87.902,22	42.176,06	27%	11.387,49	11.255,40	11.255,44	0,04
jun/08	85.520,28	41.032,71	27%	11.078,81	10.950,30	10.950,32	0,02
jul/08	80.205,12	38.481,44	27%	10.389,96	10.269,44	10.269,47	0,03
ago/08	94.587,86	45.385,15	27%	12.253,96	12.111,81	12.111,84	0,03
set/08	76.376,66	36.643,78	27%	9.893,79	9.779,02	9.779,05	0,03
out/08	74.306,77	35.650,22	27%	9.625,54	9.513,88	9.513,90	0,02
nov/08	82.818,63	36.622,96	27%	9.888,16	9.773,46	9.773,50	0,04
dez/08	113.131,56	40.798,81	27%	11.015,67	10.887,89	10.887,90	0,01
						TOTAL 2008	R\$ 0,36

Com base no demonstrativo acima, pugna que seja acolhida a reconstituição anexada (DOC. 37), com a redução do valor do ICMS exigido neste item, pois apresenta o excesso de R\$1.554,10.

Infração 03

Considerou indevida a acusação de não escrituração do Livro de Registro de Inventário, visto que foi reconhecido pelo autuante os documentos que foram apresentados em duas oportunidades.

Esclarece que antes da lavratura do Auto de Infração ora impugnado, o autuante autuou o contribuinte pelo fato do mesmo não ter entregue os livros solicitados (em duas oportunidades). Diz que esse fato, por si só seria suficiente para elidir a presente autuação, uma vez que é pressuposto da lavratura do Auto de Infração pela não entrega do Livro de Inventário que esse efetivamente exista.

Chama a atenção de que acaso o auditor fiscal entendesse de maneira diferente (pela não escrituração do livro), deveria ter realizado, desde o início, a lavratura do auto de infração pela inexistência do referido livro. No entanto, não é dado ao mesmo considerar que o livro teria existência para a lavratura do AI de nº 207095.0800/09-2 e do AI nº 207095.9001/10-9, e agora em 2011 imputar a falta de escrituração do livro fiscal com o fito de penalizar o contribuinte.

Assevera que o autuante confirma que foram entregues a ele o Livro de Registro de Inventário, bem como o Relatório de Consumo e Produção, quando afirma: *“A empresa recentemente entregou 02 folhas avulsas, como sendo o próprio livro, subscritas por um dos administradores e o contador, intituladas: Livro Registro de Inventário – 31/12/2007 e 31/12/2008 [...] 54 folhas avulsas, subscrita pelo representante legal, intituladas: Relatório de Consumo e Produção – matéria prima e produtos acabados – todos com a mesma unidade (kg);”*

Para comprovar o alegado, ou seja, a existência do livro de Registro de Inventário escriturado, juntou à impugnação cópia manuscrita das respectivas folhas do livro fiscal em referência (docs.fls. 939/940), os quais, diz possuir idêntico conteúdo aos livros digitados e impressos, entregues à fiscalização (contidos às fls. 163/164 dos autos).

Assim, diz que como foi comprovado que todos os documentos requeridos pela fiscalização ao contribuinte foram devidamente entregues em mais de uma oportunidade ao auditor designado para realizar a fiscalização (vide fls. 578, 590, 596, 714 e 769 do processo), e como não existe qualquer ilícito nas especificações do livro Registro de Inventário da Recorrente (fls. 163/164 dos autos – de igual teor em relação ao livro escriturado manualmente – DOC. 38 ANEXO), na hipótese de o auditor entender que os livros apresentados não cumpriam com as formalidades prescritas no RICMS, deveria ter apontado os vícios que poderiam existir e imputar a penalidade prevista na Lei 7.014/96, no art. 42, inciso XVIII, alínea “b”, qual seja, de R\$140,00, por escrituração irregular do RI.

Transcreveu o inciso XII do art. 42 da Lei 7.014/96, para argüir que no referido dispositivo legal, a aplicação da penalidade é condicionada à impossibilidade de apurar o imposto devido no período, em razão da falta de escrituração do livro de Inventário, o que segundo o defendente, não ocorreu no presente caso, conforme se verifica nas demais infrações que foram imputadas na autuação.

Por fim, argumenta que além de o contribuinte promover a entrega do livro de Registro de Inventário em versão digitalizada e impressa ao Auditor Fiscal, todas as informações constantes do referido documento (fls. 163/164 dos autos) foram devidamente registradas no SINTEGRA, como pode ser observado às fls. 242 a 286 dos autos, inclusive que tais folhas foram impressas do referido sistema pelo próprio autuante, o que é confirmado, especialmente, pelas fls. 261 e 286 nas quais consta a assinatura do mesmo, comprovando que o mesmo teve integral acesso às informações pormenorizadas do rol de mercadorias componentes do valor do estoque registrado no Balanço.

Prosseguindo, argüiu que, se ultrapassados todos os argumentos anteriormente tratados, houve erro na base de cálculo utilizada para apurar o valor da penalidade, pois, a própria descrição fática da Infração 3, onde o Auditor fez referência ao “Valor Contábil/Entradas” enquanto deveria ter-se utilizado das “Entradas Tributadas o autuante tomou por base o total, em desacordo com o art. 42, inciso XII da Lei nº 7.014/96.

Por conta disso, aduz que na hipótese de se entender pela aplicação da mencionada penalidade, a base de apuração da multa deve ser ajustada, para fazer constar o valor relativo às entradas de

mercadorias tributadas (operações com débito de imposto), com base nos livros de Registro de Apuração do ICMS (DOC. 19 e 20 ANEXOS) da seguinte maneira:

ENTRADAS - 2007		
MÊS	VALOR AUTO DE INFRAÇÃO	OPERAÇÕES TRIBUTADAS
JANEIRO	SEM MOVIMENTO	
FEVEREIRO	-	R\$ 765.098,87
MARÇO	-	R\$ 29.851,24
ABRIL	-	R\$ 98.842,96
MAIO	-	R\$ 110.725,33
JUNHO	-	R\$ 61.043,05
JULHO	-	R\$ 115.003,99
AGOSTO	-	R\$ 133.287,02
SETEMBRO	-	R\$ 116.924,49
OUTUBRO	-	R\$ 305.724,05
NOVEMBRO	-	R\$ 193.093,78
DEZEMBRO	-	R\$ 75.750,28
TOTAL	R\$ 9.085.195,43	R\$ 2.005.345,06

ENTRADAS - 2008		
MÊS	VALOR AUTO DE INFRAÇÃO	OPERAÇÕES TRIBUTADAS
JANEIRO	-	R\$ 54.731,96
FEVEREIRO	-	R\$ 147.369,50
MARÇO	-	R\$ 75.238,93
ABRIL	-	R\$ 178.110,10
MAIO	-	R\$ 168.051,54
JUNHO	-	R\$ 68.436,93
JULHO	-	R\$ 71.975,26
AGOSTO	-	R\$ 185.900,93
SETEMBRO	-	R\$ 69.412,55
OUTUBRO	-	R\$ 66.201,90
NOVEMBRO	-	R\$ 355.334,31
DEZEMBRO	-	R\$ 370.925,84
TOTAL	11.359.530,08	R\$ 1.811.689,75

Requeru a realização de diligência por fiscal estranho ao feito no sentido de:

- Verificar e constatar a veracidade (certeza e segurança) do levantamento ("DEMONSTRATIVO DE COMPROVAÇÃO DO PASSIVO CONTA FORNECEDORES – DOCS. 02 e 03 ANEXOS) exibido pela empresa em relação a INFRAÇÃO 1, o qual encontra-se devidamente registrado na escrituração contábil (LIVRO DIÁRIO) e que pode ser comprovado pelo RAZÃO ANALÍTICO DAS CONTAS INDIVIDUALIZADAS POR FORNECEDOR (DOC. 06 a DOC. 15 – a título de amostragem) componentes da conta sintética fornecedores que aparece no grupo do Passivo conforme balanço patrimonial.*
- Confirmar, com fundamento nos livros de registro de apuração do ICMS (DOC. 19 e DOC. 20 ANEXOS) da empresa autuada, o índice de proporcionalidade entre as saídas tributadas e as não tributadas para, acaso entenda-se pela parcial manutenção da presunção em que se pauta a infração 1 seja aplicada a Instrução Normativa 56/2007;*
- Confirmar a base de cálculo das faturas emitidas pela COELBA (DOC. 23 a DOC. 36 ANEXOS) com vista a atestar a correta apuração do crédito fiscal proporcional ao consumo de energia elétrica na área industrial (DOC. 37);*
- Confirmar, as informações prestadas pelo contribuinte em relação ao equivoco na base de cálculo da multa aplicada na Infração 3, bem como ratificar, com base no Registro de Apuração de ICMS – DOC. 19 e 20 - o demonstrativo constante do texto no item 3.3.4 desta impugnação;*

Ao final, requer:

- Nulidade da Infração 4 em razão do vício na capitulação da suposta infração, implicando em violação do princípio da tipicidade cerrada o que impede que o contribuinte tome conhecimento dos fatos tidos como contrário a legislação que lhe foram imputados (tópico 2 da presente petição);*
- Improcedência da Infração 1 em razão dos erros perpetrados na apuração da base de cálculo do dito passivo fictício, uma vez que a empresa autuada possui, em verdade, um PASSIVO REAL como está comprovado nos DOCS. 02 e 03 que acompanham a presente petição (tópico 3.1 e sub-tópicos);*

- c) *Improcedência da infração 2 em razão do equívoco quanto a base de cálculo do crédito fiscal de ICMS incidente sobre a energia elétrica utilizada na área industrial do estabelecimento do contribuinte autuado, conforme planilha de reconstituição do débito de ICMS – DOC. 37 (tópico 3.2);*
- d) *Improcedência da Infração 3 em decorrência da escrituração do Livro Registro de Inventário, bem ainda da impossibilidade de se aplicar o inciso XII do art. 42 da Lei 7.014/96 à hipótese em comento, tendo em vista as razões contidas no tópico 3.3 e subtópicos.*
- e) *Na hipótese de ultrapassados os argumentos relativos a improcedência da infração 1, acaso ainda seja reputado como existente eventual saldo de passivo fictício, que seja realizada uma reapuração da base de cálculo na presunção de omissão de saídas com fundamento na Instrução Normativa 56/2007 (tópico 3.1.6).*
- f) *Na hipótese de ultrapassados os argumentos relativos a total improcedência da infração 3, acaso se entenda como devida a aplicação da penalidade prevista no inciso XII do art. 42 da Lei 7.014/96, seja realizada a retificação na base de cálculo da multa, de sorte a fazer com que a penalidade de 5% incida apenas sobre o valor das entradas de mercadorias tributadas no estabelecimento (tópico 3.3.4).*

Protesta pela juntada posterior de documentos, planilhas em contra prova, bem ainda, o deferimento do pedido de realização de diligência por auditor fiscal estranho ao feito, sendo neste momento, também, permitida a exibição dos elementos complementares para dirimir os erros de direito e de fato cometidos pela fiscalização ora impugnada.

Foram juntados à peça defensiva, os seguintes documentos: DOCUMENTOS ANEXADOS A PRESENTE IMPUGNAÇÃO, fls. 826/827; o mandado de procuração, cópia da carteira da OAB de um dos procuradores; Demonstrativo de Comprovação do Passivo Conta Fornecedores em 2007 e 2008, fls. 830/847; do Razão Geral 2007 e 2008, fls. 848/852; do Livro Diário 2007 e 2008, fls. 853/872; de Planilha de Vencimento – Pós – Fixada, fls. 873/874; do Livro de RAICMS 2007 e 2008, fls. 875/922; Demonstrativo de Saídas com Base no livro RAICMS 2007 e 2008, fls. 922/923; NF-Fatura/Conta de Energia Elétrica, fls. 924/937; Reconstituição do Demonstrativo da infração 02, fls. 938; do Livro de Inventário mod. 7, emitido em 30/03/2005, fls. 939/942, e email enviado ao CONSEF ref. à recepção do arquivo contendo a impugnação, fls. 943.

Na informação fiscal às fls. 944 a 956, o autuante esclareceu que a infração 04 está descrita na alínea ‘c’ do item 2, do SEAI, fls. 03, e que:

a) *A autuada está cadastrada na SEFAZ com a atividade econômica principal Indústria e comércio de utilidades domésticas, móveis e embalagens de plásticos em geral desde 20/12/2006, porém, iniciou-as em 02/02/2007. A partir de 06/02/2007 registrava vendas de produtos acabados como sendo de fabricação própria (CFOP 5101) para empresas do SimBahia com benefício fiscal de redução da alíquota do ICMS.*

b) *Segundo escrituração do REM nº 02, fls. 04, 09/10, as aquisições dos bens de capital da D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA, advindas do Estado de São Paulo, deram-se em 28/02 e 30/03/2007.*

c) *Como até então a empresa não possuía os bens de transformação de matérias-primas em produtos acabados, a fim de caracterizar atividade industrial, como sugeriria o CFOP utilizado nas operações, o benefício da redução da alíquota fora afastado nos meses de fevereiro e março, reclamado-se o ICMS devido à alíquota de 17%. O demonstrativo consta nas fls. 52/53 e as notas fiscais de saídas às fls. 414/461 do PAF.*

Com base nisso, diz que descabe a declaração de nulidade pretendida, tendo transcrito os §§ 1º, 2º e 3º do art.18 e art.19, do RPAF.

No mérito, quanto a infração 01, rebateu os argumentos defensivos dizendo que o autuado atendendo intimações apresentou as seguintes justificativas:

a) quanto aos títulos de créditos da conta Fornecedores (duplicatas, DOC, TED, etc): *“O nosso sistema de arquivo de documentos é feito por notas fiscais de saídas, notas fiscais de entradas e movimento bancário, por banco. Não temos por hábito manter nossos arquivos na forma solicitada por V. Sas.”*

b) quanto aos comprovantes de quitações das NF, fls. 371/386, da empresa D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA: *“Estamos providenciando a documentação e tão logo concluamos lhes repassaremos, ademais, ressaltamos tratar-se de uma operação normal de compra e venda de bens, amparada pela legislação e por documentos fiscais pertinentes regularmente lançados nas escritas fisco-contábil”*.

Salienta que com as evasivas explicações e insistente omissão da empresa em entregar os documentos requisitados, confeccionou o demonstrativo do Passivo Circulante - exercícios 2007 e 2008, listando as informações contidas nas notas fiscais/Faturas recepcionadas pela empresa e anexadas ao PAF fls. 60/161, confrontando os saldos com os do Livro Diário, fls. 288/297, presumindo-se a existência de Passivo Fictício. Diz que as demais notas fiscais de entrada não continham em seu ‘corpo’ os dados necessários à apuração daquela conta integral, somente se fosse apresentado os respectivos documentos de créditos (Duplicatas, boletos, etc.), insistentemente omitidos pelo autuado até na impugnação, objeto dessa informação.

Aduz que os lançamentos contábeis só têm presunção absoluta se forem lastreados em documentos probatórios, e estes por diversas oportunidades (através de termos de intimações) foram requisitados da empresa e seus administradores, como bem demonstram os autos do PAF.

Transcreveu as Normas Brasileiras de Contabilidade representada pela NBC T 2 que trata da escrituração contábil, comentou sobre a questão relacionada a prova, e transcreveu o artigo 34, VII, da Lei nº 7.014/96, e o artigo 123 do RPAF/99.

Esclarece que a empresa deixou de apresentar os documentos probatórios dos lançamentos fisco-contábeis quanto a essa infração, anexando à impugnação apenas demonstrativos e cópias dos registros inseridos nos livros por ela confeccionados. Assim, argumenta que com base no parágrafo 5º do art.123 do RPAF, operou-se a preclusão no caso daquela desejar juntar os documentos probatórios na esfera administrativa.

Diz que a tentativa da defesa em desqualificar o sócio AMAURI KRAVASKI da empresa D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA emitente das notas fiscais dos bens de capital, cai por terra ao apreciar os relatórios emitidos pela SEFAZ paulista, fls. 542, 558/564.

Admitiu que assente razão a empresa quanto à dedução de R\$ 2.444.990,67 na base de cálculo do **Passivo Fictício de 2008**, vez que foi duplamente reclamado, referente aos bens de produção advindos da empresa D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA, **apurando o ICMS de R\$698.322,00** [(R\$ 6.552.767,15 - 2.444.990,67)*17%].

Com relação ao pedido pela improcedência da base de cálculo em razão da aplicabilidade da Instrução Normativa 56/2007, diz que os valores registrados nas colunas ISENTAS ou OUTRAS dos Livros de Saídas referem-se a valores das Mercadorias/produtos com benefício fiscal do programa DESENVOLVE, bens do imobilizado para conserto ou simples remessa, a exemplo das NF 00043, 000348 e 000531 - fls. 388, 390/391; empréstimo de mercadoria com retorno – fls. 394, 397/98.

Infração 02

Sobre a alegação defensiva de que foi considerado erroneamente como base de cálculo do ICMS o valor constante no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, pois no mencionado registro contábil já constava o valor correspondente ao imposto incidente sobre a energia elétrica utilizada na área produtiva da indústria (98,84%), o preposto fiscal esclareceu que consta nos autos

cópias dos livros de Entradas 2007 e 2008, fls. 299/347, com os lançamentos de crédito a maior do devido, ou seja, sem o abatimento das áreas administrativas, com bem aduziu a empresa.

Sustenta que o crédito fiscal foi lançado erroneamente no REM e transposto ao RAICMS para apuração mensal do quantum devido de ICMS.

Assim, expressa seu entendimento que os registros contábeis nada mais são que espelho da escrituração fiscal, e vice-versa, e que fazer de modo distinto como supõe a empresa, é rasgar os princípios que norteiam à contabilidade e a legislação tributária do ICMS.

Infração 03

Rebateu o argumento defensivo de que foi reconhecido que os documentos foram apresentados em duas oportunidades, argüindo que:

Ao PAF foi juntado às fls. 580/589, a PRIMEIRA ALTERAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL registrada na JUCEB em 06/10/2006.

O subscritor do termo de abertura do Livro de Inventário acostado ao PAF nas fls. 939/942, Sr. Francisco Adolfo Vianna Martins somente ingressara na sociedade empresarial em 06/10/2006, por cessão de quotas do Sr. Rodrigo Morales, sócio desde 30/03/2005.

A rubrica contida no termo de abertura do Livro de Inventário – fls. 939, é totalmente distinta dos citados livros infracitados, donde se apura a má-fé da autuada.

Nos livros fiscais, exceto no de Inventário juntado na impugnação, a data do termo de abertura deu-se em 01 de janeiro de 2007, p. ex.: REM – fls. 299, RICMS – fls. 349 e RSM – fls. 402, e as rubricas são do mesmo sócio.

Nos termos de arrecadação dos livros e documentos, fls. 578, 590, 596 não constam o livro de Inventário nem o do Registro de Controle Industrial e Estoque.

A representante legal da empresa cientificou dois termos de intimação em 19/06 e 04/08/2009. Em resposta protocolada no Sipro: 125612/2009-1, em 11/08/2009, dispôs: “Estamos providenciando a escrituração do livro de Inventário e do livro de controle e produção da produção e para tanto solicitamos um prazo de 30 dias”. Em 10/11/2009, protocolou no Sipro: 180966/2009-2: “Em atendimento as intimações de 04/08/2009 temos a informar que infelizmente ainda não foi possível concluir os registros contábeis de 2008 da empresa assim como a escrituração do livro de Inventário e do livro de controle e produção da produção e para tanto solicitamos um prazo de 90 dias”.

Afirma que o autuado não escriturou o livro RI, e tentou dias antes da autuação minimizar a omissão, apresentando folhas avulsas, fls. 163/218, documentos esses, que segundo o autuante não se prestaram ao trabalho da fiscalização, pois inviabilizaram a realização do roteiro de estoque de mercadorias, pois a descrição, a unidade e os valores não correspondem à realidade negócio-produtivo do estabelecimento, e aos registros do Livro de Inventário juntado aos fls. 939/942, por ser objeto de fraude.

Indaga: *Por que entregar folhas avulsas se o que foi requisitado através de termos de intimações foi o livro de Controle de Produção Industrial e Estoque e era o mesmo que a empresa referia-se nas petições protocoladas e ainda não disponibilizado?*

O autuante concordou com a alteração sugerida pelo patrono do autuado no que diz respeito à aplicação da multa de 5% sobre o valor das mercadorias sujeitas a tributação nos dois exercícios fiscalizados. Explica que levou em conta os valores das bases de cálculos dos demonstrativos às fls. 30/31 e as retificações feitas pela empresa conf. resposta protocolada no SIPRO: 129740/2009-5, fls. 603/639 e os demonstrativos às fls. 922/923: 2007 > R\$430.665,71 (R\$ 8.613.314,28 x 5%) e 2008 > R\$706.455,75 (R\$ 14.129.115 x 5%).

Concluindo, retifica o valor apurado nas infrações 1 e 3, para os valores de R\$1.542.554,75 e R\$1.137.121,46, respectivamente, ao concordar com as alegações defensivas, solicitando, por isso, a procedência parcial deste PAF.

Informa, ainda, que intimou, fl. 957, a empresa para apresentar as notas fiscais de saídas e o livro de saídas a fim de comprovar os tipos de mercadorias que foram registradas nas colunas Isentas e Outras, porém, que não foi atendido.

Na fase de instrução, entendendo o Relator que apesar de o autuante ter admitido em parte as alegações defensivas, e efetuado as retificações nas infrações 01 e 03, por ocasião da informação fiscal, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, foi proposta e acolhida pelos demais membros desta 2ª JF, na pauta suplementar do dia 21/12/2011, com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, deferir o pedido do autuado no sentido de converter o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF para que fosse efetuada uma revisão fiscal do lançamento de ofício, por auditor fiscal estranho ao feito, obedecendo aos quesitos formulados na peça defensiva e constantes no despacho de diligência às fls. 962 a 963.

O processo foi encaminhado para a ASTEC/CONSEF para revisão fiscal, cujo trabalho foi realizado conforme Parecer nº 0075/2012 (docs.fls.965 a 970), sendo adotadas as providências abaixo para a realização do trabalho fiscal:

- a) O autuado foi intimado, conforme fl. 971, a apresentar a comprovação dos pagamentos realizados, conforme relacionados pelo autuado em seu Recurso em 20/09/2011 (SIPRO nº 183699/2011-8), bem como os livros Diário e Razão, referentes 2007, 2008 e 2009.

Em atendimento à intimação, o autuado apresentou comprovação de alguns dos pagamentos, conforme documentos de fls. 997 / 1.409, os quais foram verificados pelo diligente, bem como “**declaração**” de empresas fornecedoras;

Foram efetuadas as devidas verificações, constatando que os pagamentos cujos comprovantes foram apresentados pelo autuado, encontram-se devidamente contabilizados no livro Diário e Razão; Foram elaborados demonstrativos com os valores comprovados e com os valores não comprovados, bem como o saldo remanescente, conforme fls. 972 / 977, 978 / 981, 982 / 990 e 991 / 996.

- b) Com fundamento nos livros de Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 875 / 921) da empresa autuada, foi confirmado o índice de proporcionalidade entre as saídas tributadas e as não tributadas, conforme demonstrativo às fls. 922 e 923. Foi aplicada a Instrução Normativa 56/2007, nos valores remanescentes da infração 01, conforme demonstrativos às fls. 977 e 990.
- c) Efetuadas as devidas verificações, ficou confirmada a base de cálculo das faturas emitidas pela COELBA (docs. fls. 924 a 937), as quais foram confrontadas com os lançamentos no livro de Registro de Apuração do ICMS às fls. 875 / 921, constatando estarem corretos os demonstrativos elaborados pelo autuante à fl. 55.
- d) As informações prestadas pelo contribuinte em relação ao equívoco na base de cálculo da multa aplicada na infração 03, tem procedência. Foi elaborado demonstrativo considerando-se as entradas tributáveis, com base no livro de Registro de Apuração do ICMS, fls. 875 a 921, conforme a seguir:

MÊS	ENTRADAS 2007		ENTRADAS 2008	
	V. AUTO INFRAÇÃO	OPERAÇÕES TRIBUTADAS	V. AUTO DE INFRAÇÃO	OPERAÇÕES TRIBUTADAS
JANEIRO	0,00	0,00		54.731,96
FEVEREIRO		765.098,87		147.369,50
MARÇO		29.851,24		75.238,93
ABRIL		98.842,96		178.110,10
MAIO		110.725,33		168.051,54
JUNHO		61.043,05		68.436,93
JULHO		115.003,99		71.975,26

AGOSTO		133.287,02		185.900,93
SETEMBRO		116.924,49		69.412,55
OUTUBRO		305.724,05		66.201,91
NOVEMBRO		193.093,78		355.334,31
DEZEMBRO		75.750,28		370.925,84
T O T A L	9.085.195,43	2.005.345,06	11.359.530,08	1.811.689,76
MULTA		5%		5%
VALOR		100.267,25		90.584,49

O revisor informou que o autuado foi intimado a apresentar o livro de Registro de Inventário referente aos exercícios de 2007 e 2008, tendo atendido ao solicitado, conforme fls. 1.420 / 1.426.

E quanto a afirmar se realmente o citado livro em questão encontrava-se escriturado antes da ação fiscal e na forma regulamentar (docs. fls. 939 a 942), diz que não pode fazer tal afirmativa, pois se trata de fato pretérito, exercícios de 2007 e 2008 e, na ação fiscal não foi anexada cópia do livro que pudesse comprovar a falta de escrituração.

O revisor fiscal após examinar a documentação apresentada pelo autuado e a constante nos autos, informou que:

- a) *Tendo sido o autuado intimado a apresentar a comprovação dos pagamentos realizados, o mesmo apresentou alguns comprovantes de pagamentos, fls. 997 / 1.409, bem como “declaração” de empresas fornecedoras, fls. 1.410 / 1.419, sendo efetuadas as devidas verificações, constatando estarem os pagamentos comprovadamente lançados no livro Diário e Razão do autuado; Foi elaborado demonstrativo com os valores comprovados, e sobre estes aplicado a Instrução Normativa nº 56/2007.*
- b) *Com fundamento nos livros de Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 875 / 921) da empresa autuada, foi confirmado o índice de proporcionalidade entre as saídas tributadas e as não tributadas, conforme demonstrativo às fls. 922 e 923, sendo aplicada a Instrução Normativa nº 56/2007 sobre os valores remanescentes da infração 01.*
- c) *Efetuadas as devidas verificações, ficou confirmada a base de cálculo das faturas emitidas pela COELBA (docs. fls. 924 a 937), as quais foram confrontadas com os lançamentos no livro de Registro de Apuração do ICMS às fls. 875 / 921, constatando estarem corretos os demonstrativos elaborados pelo autuante à fl. 55.*
- d) *As informações prestadas pelo contribuinte em relação ao equívoco na base de cálculo da multa aplicada na infração 03, tem procedência. Foi elaborado demonstrativo considerando-se as entradas tributáveis, com base no livro de Registro de Apuração do ICMS, fls. 875 a 921.*

Quanto a afirmar se realmente o citado livro em questão encontrava-se escriturado antes da ação fiscal e na forma regulamentar (docs. fls. 939 a 942), não pode o diligente fazer tal afirmativa, pois trata-se de fato pretérito, exercícios de 2007 e 2008 e, na ação fiscal não foi anexada cópia do livro que pudesse comprovar a falta de escrituração.

Com base no exposto acima, concluiu que o valor do débito das infrações 01, 02 e 03, ficaram reduzidas para R\$868.852,38, sendo R\$675.872,51 (infrações 01); R\$2.128,13 (infração 02); e R\$190.851,74 (infração 03).

Conforme Termo de Cientificação e AR dos Correios, fls. 1.430 a 1.431, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e da revisão constante às fls. 944 a 997, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 1.435 a 1.447, argüindo que, inobstante a verificação de acertos na revisão da fiscalização apresentada pela ASTEC, com significativa diminuição do débito com

base no parecer e nos demonstrativos que o acompanha, indicou a necessidade de correções e ajustes, relativamente ao que segue.

Aduz que o revisor fiscal salientou que o autuante em sua informação fiscal concordou com a defesa quanto à dedução de R\$ 2.444.990,67 na base de cálculo do Passivo Fictício de 2008, vez que foi duplamente reclamado, referente aos bens de produção advindos da empresa D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA, fato verificado pela 2ª JJF no requerimento da diligência fiscal, porém, no seu “Demonstrativo de comprovação do passivo conta fornecedores em 31/12/2007” juntado aos autos pelo Auditor Fiscal revisor, fl. 973, remanejou tal valor para o passivo não comprovado de 2008 (fl. 992).

Diz que o revisor fiscal, em seu parecer, aduziu que dentre os comprovantes de pagamento apresentados pelo autuado, não se encontrariam as notas fiscais 006854, 006855, 006856, 006857, 006858 e 006859, emitidas em junho de 2007, referentes ao passivo junto à D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA.

Rebateu tal assertiva dizendo que os comprovantes de pagamento solicitados durante o procedimento de revisão fiscal jamais poderiam ser entregues, visto que o citado total continua em aberto desde 2007, diante das justificativas do item 3.1.4 da Impugnação. Sustenta que somente pode comprovar o que alega através do devido registro na escrita contábil da empresa, através dos livros Diário e Razão, os quais, argumenta que gozam de presunção de legitimidade e certeza.

Além disso, diz que outro vício a ser sanado na revisão efetuada diz respeito ao saldo em aberto em nome de Indústrias Romi S.A, e reitera sua informação de que se trata de compra de equipamento com financiamento de longo prazo através do BNDES, referente à nota fiscal de nº 273317, devidamente lançada em sua escrita contábil, resultando na emissão de uma série de duplicatas com datas de vencimento entre os meses de janeiro de 2009 e outubro de 2012, perfazendo o total de R\$ 1.223.225,00, conforme (DOC. 18 anexos à Impugnação), além de cópia da folha 230 do Livro Razão nº 08 de 2008 (DOC. 10 anexos à Impugnação).

Diz que as duplicatas de número 273317/Y (prorrogada para 25/09) e 273317A1 a 273317B5, jamais poderiam ser consideradas passivo da empresa, tampouco passivo fictício, haja vista não terem sequer atingido a respectiva data de vencimento.

Por conta disso, argumenta que a revisão fiscal, limitou-se a verificar a entrega de duplicatas (tendo em vista que foram considerados comprovados os pagamentos referentes às duplicatas de nº 273317/5, 273317/6, 273317/7 e 273317/8), sem levar em consideração os documentos anexados aos autos na defesa, assim como os argumentos apresentados na Impugnação (item 3.1.5.3), que comprovam a existência de passivo real com relação a todas as parcelas, não apenas aquelas cujas duplicatas foram entregues.

Assim, pede que o valor de R\$1.223.225,00 referente ao passivo real da empresa acima citada, seja deduzido do demonstrativo de fls. 994/995 do passivo não comprovado pela revisão fiscal, referente ao ano de 2008, conforme a prova através do DOC. 18 anexado à sua impugnação (fls. 873/874).

Sobre a infração 02, quanto a questão relacionada com a confirmação da base de cálculo das faturas emitidas pela Coelba, não concordou com a revisão fiscal no sentido do acolhimento dos demonstrativos apresentados pelo autuante adotando as faturas emitidas pela Coelba, por entender o defendente que tal equívoco se deve ao fato de que, quando da verificação do livro de Registro de Entrada de Mercadorias, durante o procedimento fiscalizatório, não foi observado que os valores ali constantes já refletiam a proporcionalidade de 98,84% referente ao percentual de consumo de energia elétrica na área produtiva da empresa, cujo respectivo ICMS poderia ser utilizado como crédito fiscal. Ou seja, sustenta que tal percentual foi aplicado duas vezes: uma pela própria empresa, cujo resultado já havia sido registrado na sua escrita contábil, e outro pela autoridade fiscal, sobre o valor já calculado.

Pede a correção do valor apurado na revisão fiscal, dizendo que somente é devida a cobrança por lançamento fiscal de R\$584,03, conforme detalhadamente demonstrado na tabela constante do tópico 3.2 da Impugnação.

Com relação a infração 03, salienta que não obstante o revisor fiscal ter concordado que a base de apuração da multa deveria ser ajustada para fazer constar o valor relativo às entradas de mercadorias tributadas (operações com débito de imposto), com base nos livros de Registro de Apuração do ICMS, impende ressaltar que o Parecer Técnico nº 0075/2012, nesse ponto específico, ainda não representa a verdade material para ocorrência do fato gerador caracterizador da sanção.

Assevera que os livros solicitados durante a fiscalização, especialmente o livro de Registro de Inventário, foram devidamente escriturados, cujas cópias manuscritas foram anexadas aos autos pelo autuado – DOC. 38, fls. 939/940, que acompanham a Impugnação), fato que se comprova em razão de já haver sido autuado, em momento anterior, pela não entrega do referido livro, situação que pressupõe a existência do mesmo.

Observa que o autuante confirmou, no próprio Auto de Infração, a existência, bem como a entrega, dos livros fiscais requeridos, inclusive o livro de Registro de Inventário, recebido em vias impressas e digitalizadas, ambas colacionadas pelo mesmo aos próprios autos, nos quais é possível verificar, à fl. 769, o protocolo de entrega de documentos, onde consta o livro de Inventário de 2006 a 2008.

Desta forma, diz que a imposição da multa em questão não pode prosperar, pois comprovou nos autos a existência do livro de Registro de Inventário regularmente escriturado, estando tal verdade expressamente atestada pelo Auditor Fiscal designado pelo próprio CONSEF para revisão do Auto de Infração em tela.

Prosseguindo, alega que ainda que se entenda que os livros fiscais não foram entregues pela empresa, a aplicação de multa no percentual de 5% está condicionada à absoluta impossibilidade de apuração do ICMS no período fiscalizado, decorrente da não escrituração do livro de Registro de Inventário. No caso, diz que a própria lavratura do presente Auto de Infração é prova mais do que suficiente de que a suposta não escrituração do livro de Registro de Inventário pelo autuado, não representou qualquer óbice ao procedimento de fiscalização, e portanto, às conclusões fiscais.

Concluindo, o defendente reitera todos os termos e os pedidos da Impugnação ao Auto de Infração apresentada, reservando-se ainda ao direito de valer-se, posteriormente, de todos os meios de prova em direito admitidos, tais como, juntada de documentos, inclusive em contra prova, pugnando, a realização dos ajustes necessários no Parecer ASTEC nº 0075/2012, complementa-o ao final:

a) com a redução do valor cobrado na Infração 01, tendo em vista a existência tanto em 2007 como em 2008 de passivo real da Autuada junto às empresas D.A. LOG (especialmente, pelo fato do Autuante concordar expressamente pela redução da quantia de R\$2.444.990,67 na base de cálculo do Passivo de 2008 constante do Auto de Infração, bem ainda quanto a INDÚSTRIAS ROMI S.A, em face da comprovação (Docs. 10 e 18 que acompanham à Impugnação) de que o saldo da dívida que integra o Passivo de 2008 é oriundo de financiamento de longo prazo pela aquisição de maquinário industrial, cujo termo final de liquidação expira em outubro de 2012;

b) com a redução do valor cobrado através da Infração 02, haja vista o erro cometido na apuração da base de cálculo para efeito de crédito do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica na área industrial da empresa;

c) com o reconhecimento da improcedência da Infração 03, ante a comprovação, inclusive pelo próprio Auditor Fiscal da ASTEC/CONSEF, da existência do Livro de Registro de Inventário regularmente escriturado, bem ainda, a sua apresentação, o que afasta a acusação fiscal tipificada no Auto de Infração.

Em 26/09/2012, o autuante, fl. 1.447, declarou ciente da revisão fiscal e da manifestação do contribuinte, e em 26/10/2012, apresentou informação fiscal, fls. 1.434 a 1.440, onde informou: que a empresa às fls. 1421/1427 atendendo intimação do auditor revisor apresentou livro de Inventário modelo 7 com o termo de abertura totalmente preenchido e datado em 30/03/2005, rubricado pelo Sr. Francisco Adolfo Vianna Martins.

Esclarece que consta na Primeira Alteração e Consolidação do Contrato Social, fls. 580/589, que aquela data referiu-se ao do registro na JUCEB e que o endereço comercial era na Av. Tancredo Neves, 1543, Edf. Centro Empresarial Garcia D'Ávila, Sala 202, Caminho das Árvores, CEP: 41820-020, Salvador/BA, jamais no atual em Feira de Santana. Destacou como outro importante detalhe é que o subscritor do livro somente ingressou na sociedade empresarial em 06/10/2006, com aquela Alteração registrada na JUCEB em 25/10/2006;

Frisa que o auditor revisor deixou de observar também que a data de inclusão da empresa no Cadastro dos Contribuintes do ICMS da Bahia deu-se apenas em 03/11/2006, fls. 15, quase 30 (trinta) após a emissão e 08 (oito) dias do registro na JUCEB da alteração contratual;

Além disso, que o revisor fiscal não observou que: *a) como poderia aquele senhor subscrever o termo de abertura do livro em março de 2005 SE ingressou como sócio da empresa apenas em 06/10/2006 e nos autos não foi juntado procuração alguma lhe concedendo tal poder? b) Como saberia o atual endereço em Feira de Santana SE este fora mencionado somente naquela Alteração Contratual mais de um ano após? c) Como saberia em 30/03/2005, o número da inscrição estadual da empresa SE a inclusão no cadastro do ICMS deu-se em 03/11/2006 ?*

Com base nisso, afirma que o livro Registro de Inventário modelo 7 foi forjado, porque nas informações protocoladas pela representante legal da empresa afirmavam sua inexistência: fls. 591 (Sipro nº 125612/2009-1): *"Estamos providenciando a escrituração do livro de inventário e o do livro de controle e produção da produção industrial e do estoque e para tanto solicitamos um prazo de 30 dias"*; fls. 598 (Sipro nº 180966/2009-2): *...*

"Em atendimento as intimações datadas de 04/08/2009 temos a informar que infelizmente ainda não foi possível concluir os registros contábeis de 2008 da empresa assim como a escrituração do Livro Registro de Inventário e o de Controle e Produção industrial razão pela qual solicitamos mais uma prorrogação de 90 dias"

Assim, considerou que a empresa simulou a escrituração, e o auditor revisor informou às fls. 968, que o autuado atendera ao solicitado sem ao menos citar qualquer tipo de anormalidade formal diante dos documentos acostados ao PAF.

Quanto ao passivo fictício, o autuante explica que a descrição dos fatos concernente à existência de passivo irreais quanto às aquisições de bens do ativo imobilizado da empresa D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA está bastante clara nas fls. 03 do PAF.

Relata que no livro Diário constam lançamentos daquela empresa como credora do autuado registrada na Conta Fornecedor do Passivo Circulante, porém, que a veracidade daqueles dependem da existência de documentos de crédito ou mesmo que nas notas fiscais, fls. 371/386, tivessem dados ou qualquer informação que pudesse atribuir à obrigação de dar.

Diz que o sócio da empresa emitente e supostamente credora declarou ao fisco paulista, atendendo sua solicitação, que recebera integralmente o valor devido até 24/09/2007, fls. 573/574, sendo assim, inexistente razão de incluí-los como débitos a saldar no Passivo Circulante de 2007. Argumenta que a jurisprudência é pacífica quanto à necessidade da prova material no direito tributário, tendo citado um julgamento do CONSEF representado pelo Acórdão JF nº 0270-002/11, tendo transcrito o voto do referido julgamento, e a jurisprudência no âmbito judicial sobre a apresentação de prova para descaracterizar a presunção legal.

Dito isso, o autuante ressalta que nos demonstrativos, fls. 972/977, mesmo sem os títulos de créditos (duplicatas) da empresa D. A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA o revisor considerou como devido o lançamento na Conta Fornecedor do Passivo Circulante de 2007,

contrariando a declaração do sócio administrador ao fisco paulista retro mencionada.

Concluindo, discordou do parecer do auditor revisor no tocante às infrações 01 e 03 do auto de infração, tendo apresentado o quadro comparativo abaixo dos valores apurados na revisão fiscal para os que entende como corretos.

	PARECER ASTEC		INFORMAÇÃO DO AUTUANTE	
	2007	2008	2007	2008
Saldo Contábil	5.710.337,75	7.112.336,81	5.710.337,75	7.112.336,81
(-) Comprovação	4.623.722,95	3.080.253,45	2.178.732,28	3.080.253,45
(=) Total não Comprovado	1.045.792,02	3.980.046,76	3.531.605,47	4.032.083,36
Proporcionalidade	76,02%	80,32%	76,02%	80,32%
	795.011,09	3.180.709,56	2.684.726,48	3.238.569,35
ICMS (17%)	135.151,89	540.720,63	456.403,50	550.556,79

ERRO ARITMÉTICO DO REVISOR

Saldo Contábil	5.710.337,75	7.112.336,81
(-) Comprovação	4.623.722,95	3.080.253,45
(=) Total não Comprovado	1.086.614,80	4.032.083,36

Observa que na rubrica Comprovação de 2007 (informação autuante) foram excluídos os créditos da empresa D.A. LOG Distribuidora de Plásticos Ltda, listados pelo Revisor no demonstrativo de fls. 973.

O autuante solicitou o encaminhamento de sua informação junto com o Relatório da DMA Consolidada de 2008 ao autuado para que, ele querendo, se manifestasse ou pagasse o quantum considerar devido, no prazo regulamentar.

Conforme Termo de Cientificação e AR dos Correios, fls. 1.460 a 1.461, lavrado pelos autuantes, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal às fls. 1.434 a 1.440, tendo protocolado a manifestação às fls. 1.464 a 1.470, na qual, expressou sua surpresa diante da “cientificação” recebida por iniciativa do auditor fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração, por entender que tal procedimento não possui guarida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF, pois o autuante não tem competência para tal.

Manifestando-se sobre a infração 01, relativa a suposta existência de passivo fictício nos anos de 2007 e 2008, o defendente diz que o autuante concordou com as alterações promovidas pelo auditor fiscal estranho ao feito (ASTEC), com exceção dos ajustes relativos aos valores a pagar junto a empresa D.A. LOG DISTRIBUIDORA DE PLÁSTICOS LTDA.

Ressalta que a revisão fiscal levou em conta as informações constantes nos documentos e livros contábeis da empresa autuada, e o autuante pugna pela desconsideração dos documentos contábeis acostados ao processo pelo próprio auditor revisor que gozam de presunção de validade, sem, contudo, trazer qualquer elemento apto a influenciar no julgamento a ser realizado pelo CONSEF/BA.

Reiterou seus argumentos anteriores, em especial os constantes na impugnação e em sua manifestação protocolizada em 10/09/2012.

Quanto a infração 03, referente a multa por falta de escrituração do livro Registro de Inventários, destaca que o autuante manifestou-se no mesmo sentido que o auditor revisor, quanto ao valor a ser cobrado caso não seja declarada a total improcedência da exigência em face da inexistência de prova de ocorrência do fato gerador da multa, ou seja, o descumprimento da obrigação acessória.

Reiterou os fundamentos contidos em suas impugnações, por considerar que o argumento relativo ao erro no cálculo da penalidade aplicada a infração 3, o qual foi acolhido pelo revisor e

pelo autuante, é subsidiário.

Pugnou pela improcedência da infração 03 em decorrência do acolhimento dos seguintes argumentos, devidamente fundamentados e comprovados ao longo do processo, quais sejam: efetiva entrega do livro de registro de inventário à fiscalização; ao erro quanto a capitulação legal da penalidade aplicada; e indevida aplicação da penalidade prevista no art. 42, inciso XII da Lei 7.014/96, ou acaso ultrapassadas tais razões, pugna que seja julgada parcialmente procedente em decorrência da anuência dos Auditores Fiscais (Autuante e Revisor) que se manifestaram ao longo da instrução processual de forma a reduzir o valor da exigência.

Com relação a acusação do Autuante de que foi forjado o livro de Registro de Inventário, a considerou grave e desprovida de fundamento que não poderá ser atacada.

Salienta que inexistente óbice a que o livro de Registro de Inventário tenha sido assinado pelo sócio Francisco Adolfo Viana Martins, o qual ingressou na sociedade em 06/10/2006, por meio de alteração ao contrato social registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia em 25/10/2006, e portanto, que inexistente vício no livro fiscal apresentado, inclusive, que o revisor fiscal confirmou a existência do referido livro, tendo transcrito trecho do que consta no parecer técnico, qual seja:

“O autuado foi intimado a apresentar o livro de registro de inventário referente aos exercícios de 2007 e 2008, tendo atendido ao solicitado conforme fls. 1.420/1426

[...] e na ação fiscal não foi anexado cópia do livro que pudesse comprovar a falta de escrituração”

Destaca que se houver dúvida quanto aos requisitos necessários a aplicação da penalidade, será de aplicação cogente o princípio do in dubio pro contribuinte, estampado no art. 112 do Código Tributário Nacional.

Concluindo, reitera todos os termos e os pedidos da Impugnação ao Auto de Infração e Manifestação a Informação Fiscal anteriormente apresentada, pugnando ainda pela apreciação e acolhimento das razões ora expostas em relação às infrações 1 e 3, objeto da presente petição.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 21/02/2013, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos para a decisão sobre a lide.

VOTO

O auto de infração compreende quatro infrações, sendo que, na defesa fiscal foram impugnadas as infrações, 01, 02 e 03, e suscitada uma preliminar de nulidade da infração 04, a pretexto de que existe incongruência entre a realidade fática e o enquadramento legal.

Quanto a preliminar argüida em relação à infração 04, reza o artigo 19 do RPAF/99, *in verbis*: *A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

Verifico que consta no complemento da descrição do fato que a exigência fiscal se refere a *“vendas a empresas do SIMBAHIA com alíquota reduzida indevidamente, conforme demonstrativo anexo”*.

Portanto, a acusação fiscal deste item constante da peça inicial está de acordo com o fato apurado pela fiscalização, cuja descrição está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 52 a 53, identificam de forma bastante clara a infração, tendo em vista que estão especificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão

Assim, fica rejeitada a preliminar suscitada pelo defendente, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mais, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado, tendo o mesmo exercido com plenitude a ampla defesa e contraditório como veremos a seguir.

Passo agora a examinar o mérito das questões discutidas neste processo, levando em conta os fatos, as provas e o direito aplicável.

Inicialmente, registro que em virtude de comprovados equívocos no procedimento fiscal pelo patrono do autuado, o processo foi baixado em diligência a pedido desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme despacho de diligência às fls. 962 a 963.

Assim, para preferir meu voto tomo como base a revisão fiscal procedida por preposto fiscal da Assessoria Técnica do CONSEF, consoante Parecer Técnico nº 0075/2012 (fls.965 a 970), pois foram trazidas aos autos a comprovação e demonstrativos refeitos necessários para o deslinde das questões suscitadas na defesa, tendo o sujeito passivo exercido a ampla defesa e contraditório.

Infração 01 – Passivo Fictício

O fulcro da acusação fiscal é a imputação de ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes nos exercícios de 2007 e 2008.

A exigência fiscal está fundamentada na presunção legal, prevista no parágrafo 3º do artigo 2º do RICMS/97, da ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, em razão da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos Balanços encerrados nos exercícios de 2007 e 2008.

Como já me manifestei em outros processos que versam sobre a matéria da trata este item, a Conta FORNECEDORES na contabilidade é utilizada pela empresa para registrar suas obrigações, notadamente a aquisição de mercadorias e os respectivos pagamentos, cujo saldo no final do exercício deve representar as duplicatas com vencimento no exercício subsequente.

Ou seja, o saldo da conta “Fornecedores”, figurante no balanço anual, é resultado do saldo existente no balanço do ano anterior mais as novas obrigações representadas pelas compras dentro do exercício, e menos os títulos pagos no exercício. Portanto, o saldo acaso restante, nada mais é do que o montante das duplicatas relativas a compras do exercício, mas com vencimento no exercício seguinte. Na auditoria desta conta, para se verificar sua regularidade, o saldo existente no final do exercício deve representar os títulos pagos no exercício seguinte, ou que se encontrem em aberto por motivo justificável.

No caso em concreto, observa-se nos demonstrativos que instruem a autuação, que o trabalho fiscal evidenciou que foram apurados, nos dois exercícios fiscalizados, para cada fornecedor, os valores considerados como passivo fictício, cujos valores não comprovados foram extraídos da contabilidade da empresa, da Conta Razão e reproduzidos nas planilhas às fls. 57 a 59, com a indicação dos valores correspondentes aos fornecedores relacionados.

A manutenção de obrigações pagas ou inexistentes na conta “Fornecedores”, apurada no balanço patrimonial caracteriza passivo fictício, que induz à presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme § 3º, do artigo 2º do RICMS/97, que reza, *in verbis*: “*Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:*

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados.

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

O autuado não apontou erro nos números consignados no levantamento fiscal, limitando-se na impugnação, dentre outras, a alegar que além de efetuar o pagamento a seus fornecedores de forma convencional através da rede bancária, realiza periodicamente o envio de títulos e duplicatas próprios, cuja cobrança é escritural em carteira, para com isso realizar o adimplemento de mercadorias e insumos adquiridos de seus fornecedores.

Para descaracterizar a conclusão fiscal, o autuado deveria ter comprovado o saldo escritural na Conta Fornecedores mediante a apresentação das duplicatas vencíveis no exercício subsequente com quitação realizada nas datas aprazadas, que acaso não foram consideradas pela fiscalização, de modo a descaracterizar a presunção de omissão de receitas pela manutenção de obrigações inexistentes, ou comprovando o motivo de tais obrigações se encontrarem em “aberto”.

Verifico que o autuante considerou como quitados nos exercícios seguintes os títulos relacionados no levantamento fiscal, dos anos de 2007 e 2008, apurando as diferenças que foram objeto do lançamento deste item.

Examinando as alegações defensivas, verifico o seguinte:

1. O autuante considerou os saldos da conta “Fornecedores” apurado pelo autuado em sua escrita contábil dos exercícios objeto da autuação, quais sejam, os valores de R\$5.710.337,75 e R\$7.112.336,81, respectivamente.
2. Quanto ao exercício de 2007, a alegação defensiva sobre a existência de passivo real relacionado à empresa D. A. Log Distribuidora de Plásticos Ltda, no total de R\$2.444.990,67, referente as Notas Fiscais nº 6114, 6115, 6850, 6852, 6853, 6854, 6855, 6856 e 6857, não foi comprovada pelo autuado, mas tão-somente apresentado os registros da quitação através lançamentos em sua contabilidade. Por se tratar de obrigações vencidas em 2007, caberia ao autuado comprovar as reais datas de quitação e os respectivos títulos quitados, uma vez que os lançamentos contábeis precisam ser comprovados com os respectivos documentos. O autuante, por seu turno, para comprovar que tais obrigações já haviam sido quitadas, trouxe ao processo documentos representados por declaração do referido fornecedor, subscrita pelo sócio Amauri Kravaski, bem como, declaração do fisco paulista, de lavra da Agente Fiscal e de Rendas do Estado de São Paulo que procedeu às verificações solicitadas perante a D.A.Log, fl. 576, nos quais, restou evidenciado que o autuado não tinha nenhum débito junto a empresa D.A.Log... Ressalto que não existe nenhum vício nos citados documentos capaz de invalidar o seu conteúdo.
3. Com relação ao passivo de 2008, tem razão o autuado em sua arguição de que deveria ter sido excluído do passivo fictício autuado em 2008, o valor apurado em exercício anterior (2007), e que houve superposição de cobrança em 2008 do débito em nome de D.A. Log. Tais questões, serão consideradas na apuração do débito no final do presente voto.
4. Sobre o passivo de 2008, referente ao saldo em nome do fornecedor Indústria Romi S/A, no total de R\$1.223.225,00, verifico que o autuado não comprovou que a totalidade dos títulos foi paga nas datas informadas na defesa, conforme informação do revisor fiscal, que somente considerou como passivo real, os títulos que comprovadamente foram apresentados. Por isso, não acolho a pretensão do autuado no sentido que seja abatido do passivo desse exercício.
5. No tocante ao pedido de autuado para que seja aplicada a proporcionalidade prevista no item “1” da Instrução Normativa 56/2007, sobre a base de cálculo remanescente, de fato tem razão o defendente, pois por se tratar a imputação de omissão de saídas por presunção, deve retirada

da base de cálculo do imposto cobrado o montante relativo às operações isentas e/ou enquadradas no regime de substituição tributária. Esta questão já foi observada pelo revisor fiscal em seus cálculos, inclusive considerou os percentuais das saídas tributadas informados pelo autuado, de 76,02% para 2007, e 80,32% para 2008, por refletirem as operações escrituradas nos livros fiscais.

Efetuando-se os ajustes cabíveis na apuração do passivo fictício, resulta nos quadros abaixo:

PASSIVO DE 2007

ESPECIFICAÇÃO	VALORES
Saldo do Balanço	5.710.337,75
Titulos pagos em 2008	(2.178.732,28)
Saldo não comprovado	3.531.605,47
Proporcionalidade	76,02%
Base de cálculo	2.684.726,48
ICMS devido (17%)	456.403,50

PASSIVO DE 2008

ESPECIFICAÇÃO	VALORES
Saldo do Balanço	7.112.336,81
Titulos pagos em 2009	(3.080.253,45)
Saldo não comprovado	4.032.083,36
Proporcionalidade	80,32%
Valor não comprovado	3.238.569,35
Valor apurado em 2007	(2.684.726,48)
Base de cálculo	553.842,87
ICMS devido (17%)	94.153,29

Desta forma, subsiste em parte a autuação nos valores de R\$456.403,50 e R\$94.153,29, respectivamente para os anos de 2007 e 2008.

INFRAÇÃO 02

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$2.138,13, relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, utilizada nas áreas administrativas do estabelecimento, no período de fevereiro de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativo à fl. 55.

Ao defender-se o patrono do autuado alegou que houve erro na determinação da base de cálculo por não ter sido considerado o percentual correto de consumo da área administrativa, no que foi rechaçado pelo autuante que afirma que consta no registro contábil que foi utilizado para a determinação da BC, o valor correspondente ao imposto incidente sobre a energia elétrica utilizada na área produtiva da indústria (98,84%).

Diante do impasse, este item foi objeto de revisão fiscal, cujo parecerista que subscreve o Parecer Técnico nº 0075/2012, fls.965 a 970, atestou que “*Efetuadas as devidas verificações, ficou confirmada a base de cálculo das faturas emitidas pela COELBA (docs. fls. 924 a 937), as quais foram confrontadas com os lançamentos no livro de Registro de Apuração do ICMS às fls. 875 / 921, constatando estarem corretos os demonstrativos elaborados pelo autuante à fl. 55.*”

Acolho a conclusão constante no aludido parecer técnico, por restar confirmado o acerto da autuação, cujos argumentos defensivos não elidem o lançamento tributário, impondo, por isso, a subsistência da acusação fiscal.

INFRAÇÃO 03

Neste item foi aplicada multa formal por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 5% sobre o valor contábil das entradas, em razão da falta de escrituração do livro Registro de Inventários dos exercícios de 2007 e 2008.

Apesar de está assim descrita a infração, porém, consta no complemento que também não foi escriturado o “*Livro Registro de Controle da Produção Industrial e do Estoque, tipificado no artigo 325, SS do RICMS.*”

O lançamento foi impugnado com base em duas premissas: primeira, que em outra ação fiscal o livro foi entregue devidamente escriturado; e segunda, que houve erro no cálculo da multa, por ter sido aplicado o percentual de 5% sobre o total das entradas, quando o correto seria sobre o montante das mercadorias tributadas.

Quanto a primeira premissa, o patrono do autuado para comprovar o alegado, ou seja, a existência do livro de Registro de Inventário escriturado, juntou à impugnação cópia manuscrita das respectivas folhas do livro fiscal em referência (docs. fls. 939/940), os quais, diz possuir idêntico conteúdo aos livros digitados e impressos, entregues à fiscalização (contidos às fls. 163/164 dos autos).

Sobre a segunda premissa, apresentou no corpo de sua impugnação a demonstração dos valores das operações tributadas, quais sejam: R\$2.005.345,06 e R\$1.811.689,75, para os anos de 2007 e 2008, respectivamente, o que resultaria na multa no total de R\$190.851,74 (R\$100.267,25 + R\$ 90.584,49).

Apesar de o revisor fiscal ter informado que não teve como confirmar se o livro Registro de Inventários estava sem escrituração antes da ação fiscal, contudo, examinando as peças que se encontram nos autos, notadamente os documentos constantes à fl. 591 em diante, é possível chegar a conclusão que de fato o referido livro não estava escriturado, pois o próprio autuado atendendo intimações da fiscalização protocolou processo no Sipro sob nº: 125612/2009-1, em 11/08/2009, informando que: “*Estamos providenciando a escrituração do livro de Inventário e do livro de controle e produção da produção e para tanto solicitamos um prazo de 30 dias*”, e em 10/11/2009, protocolou processo no Sipro sob nº 180966/2009-2 informando que: “*Em atendimento as intimações de 04/08/2009 temos a informar que infelizmente ainda não foi possível concluir os registros contábeis de 2008 da empresa assim como a escrituração do livro de Inventário e do livro de controle e produção da produção e para tanto solicitamos um prazo de 90 dias*”.

Além do mais, pela análise documental constante nos autos, como bem esclareceu o autuante, *in verbis*:

Ao PAF foi juntado às fls. 580/589, a PRIMEIRA ALTERAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL registrada na JUCEB em 06/10/2006.

O subscritor do termo de abertura do Livro de Inventário acostado ao PAF nas fls. 939/942, Sr. Francisco Adolfo Vianna Martins somente ingressara na sociedade empresarial em 06/10/2006, por cessão de quotas do Sr. Rodrigo Morales, sócio desde 30/03/2005.

A rubrica contida no termo de abertura do Livro de Inventário – fls. 939, é totalmente distinta dos citados livros infracitado, donde se apura a má-fe da autuada.

Nos livros fiscais, exceto no de Inventário juntado na impugnação, a data do termo de abertura deu-se em 01 de janeiro de 2007, p. ex.: REM – fls. 299, RICMS – fls. 349 e RSM – fls. 402, e as rubricas são do mesmo sócio.

Nos termos de arrecadação dos livros e documentos, fls. 578, 590, 596 não constam o livro de Inventário nem o do Registro de Controle Industrial e Estoque

Ressalto que a falta do livro inviabilizou a realização de um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, o que levou a fiscalização, a apurar o débito por presunção, que tem amparo legal, pois foi apurado através da ocorrência de “passivo fictício”, nos mesmos períodos, na infração 01.

Nestas circunstâncias, não há dúvida sobre a imputação, e estou convencido de que realmente

restou caracterizada a infração, cujos documentos apresentados na defesa não elidem a acusação fiscal, sendo correta a multa que foi aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória – falta de escrituração do Registro de Inventários.

Quanto ao valor multa, o sujeito passivo logrou êxito na comprovação de que houve erro no cálculo, pois foi considerado o montante das saídas do período, quando o correto é sobre as saídas tributadas.

Acolho o resultado apurado na revisão fiscal, pois foram confirmados os valores apontados na defesa, inclusive o autuanrte acabou por reconhecer o equívoco cometido.

Mantenho o lançamento, com a redução da multa para os valores de R\$100.267,25 (2007) e R\$90.584,49 (2008).

INFRAÇÃO 04

Diz respeito a recolhimento a menor do ICMS, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Para este item, o sujeito passivo argüiu apenas a nulidade da autuação, por entender que existe incongruência entre o fato e o enquadramento legal nos artigos 116, 124 inciso I, e 331 § 8º do RICMS, que tratam a respeito da forma de apuração do imposto no regime normal.

Esta questão já foi analisada por ocasião do exame da preliminar de nulidade, inclusive acrescento que o autuante justificou satisfatoriamente, na informação fiscal, que foi utilizado texto padrão existente no sistema de lavratura de auto de infração, e o autuado teve conhecimento da referida informação fiscal.

De acordo com o artigo 18, § § 1º e 2º combinado com artigo 19, do RPAF/99, não implica nulidade o erro no enquadramento legal, desde que fique, pela descrição do fato, evidente o motivo da autuação. No caso, além do esclarecimento no corpo do auto de infração, os demonstrativos que fundamenta a autuação, fls.52 e 53, deixam claro o real motivo da imputação, qual seja, a realização de vendas a empresas do SimBahia com alíquota reduzida indevidamente, gerando diferenças no imposto apurado pelo regime normal.

Ressalto que a jurisprudência citada na defesa, por se tratar de caso diverso, não se aplica ao item em comento.

Ultrapassada a preliminar de nulidade, no mérito, por estar caracterizada a infração, fica mantido o lançamento dos valores consignados no demonstrativo de débito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$867.025,54, conforme demonstrativo de débito abaixo:

INFRAÇÕES	VL.LANÇADO	VL.JULGADOS
1	2.053.329,99	550.556,79
2	2.138,13	2.138,13
3	1.022.236,27	190.851,74
4	12.478,88	12.478,88
TOTAIS	3.090.183,27	756.025,54

DEMONST. DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.to.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2007	09/01/2008	2.684.726,47	17	70	456.403,50	1
31/12/2008	09/01/2009	553.842,88	17	70	94.153,29	1
TOTAL					550.556,79	

DEMONST. DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2007	09/01/2008	2.005.345,00	0	5	100.267,25	3
31/12/2008	09/01/2009	1.811.689,80	0	5	90.584,49	3
TOTAL					190.851,74	

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 **207095.701/11-6**, lavrado contra **BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$565.173,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.617,01 e de 70% sobre R\$550.556,73, previstas no artigo 42, II, “a”; VII, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$190.851,74**, prevista no inciso XII do citado dispositivo regulamentar e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

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, 25 de março de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA