

A. I. Nº - 298578.0002/11-0
AUTUADO - PROT CAP ARTIGOS PARA PROTEÇÃO INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25. 09. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas – entretanto, em face das alegações defensivas, a autuante na Informação Fiscal refez os cálculos, o que modificou a diferença de maior expressão monetária para as operações de saídas. Reduzido o valor do débito. Parcela remanescente reconhecida pelo autuado. Infração parcialmente subsistente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENERGIA ELÉTRICA. b) SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO.** Infrações reconhecidas. **3. REMESSA DE BENS PARA CONSERTO. FALTA DE RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração reconhecida. **4. REMESSA DE MERCADORIAS PARA DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração reconhecida. **5. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. a) Infração reconhecida. b) REMESSA EM CONSIGNAÇÃO.** Alegação defensiva de improcedência da exigência fiscal não restou comprovada. Apesar de o feito ter sido convertido em diligência a ASTEC/CONSEF, a fim de que o autuado comprovasse as suas alegações este não se incumbiu de atender a solicitação a contento. Não acolhida a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2011, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$160.447,98, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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, no exercício de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$45.274,64, acrescido da multa de 70%;

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.744,00, acrescido da multa de 60%;

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$27.274,26, acrescido da multa de 60%;

4. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, nos meses de abril a junho, setembro e outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.215,12, acrescido da multa de 60%;

5. Deixou de recolher ICMS em decorrência de remessas internas de bens para demonstração, sem o devido retorno, nos meses de março a maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.372,44, acrescido da multa de 60%;

6. Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a setembro de 2007, janeiro a abril, junho a outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.333,31, acrescido da multa de 60%;

7. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$64.234,21, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 681 a 689) discorrendo, inicialmente, sobre a tempestividade da defesa e as infrações apontadas no Auto de Infração.

Registra que reconhece as infrações 02 a 06, inclusive que quitou o valor do débito, conforme comprovante de recolhimento que anexa.

Rechaça a infração 01, afirmando que esta não deve prosperar pelas seguintes razões:

- a autuante realizou o levantamento utilizando o arquivo magnético que enviou, não fazendo assim testes físicos, nas notas fiscais de compra e venda, para ter certeza de suas alegações, o que daria melhor embasamento em seu Auto de Infração e não geraria autuação quanto a este item;

- diz que de forma equivocada, quando da digitação no sistema de registro fiscal, tomou como base para fins de entrada a quantidade como se fosse unidade, apurando assim 2.220 unidades, quando o correto seria 30.000 unidades, consoante atestam as Nota Fiscais de entrada n^{os} 720940 de 24.01.2008, 813165 de 19.04.2008 e 915690 de 11.07.2008, todas da empresa 3 M do Brasil Ltda;

- apurou que houveram outros equívocos quando da digitação do código de referência, uma vez que foi digitado o código do fornecedor, e na verdade deveria ser digitado o seu código, ocasionando assim a apuração de diferença de estoque por parte da autuante, o que diz não existe. Acrescenta que a planilha que acosta aos autos (Doc 4), demonstra de forma clara as suas alegações, restando comprovado que não houve qualquer ato ilícito que desse ensejo a autuação, mas sim tão somente um equívoco no momento da digitação, o que não pode ser considerado má-fé, uma vez que foi dada entrada nas mercadorias adquiridas;

- diz que agindo assim, a autuante aplicou uma multa totalmente descabida, uma vez que as entradas ocorreram de forma legal, foram registradas no livro de entradas e, quando vendidas foram emitidas as notas fiscais de saídas;

- diz que não pode alegar a autuante que agiu de má-fé, pois a empresa tem Matriz e onze filiais espalhadas pelo Brasil, e seu departamento fiscal é centralizado, o que gera um grande número

diário de lançamentos fiscais, sendo perfeitamente admissível a ocorrência de equívocos, uma vez que existem milhares de códigos de seus produtos;

- consigna que não pode desprezar o brilhante trabalho realizado pela autuante, que agiu dentro dos ditames legais e com muita lisura, concluindo seu trabalho dentro da linha por ela adotada, tendo impugnado somente as infrações 01 e 07, por não ter em momento algum agido de forma incorreta;

- observa que a multa apontada no Auto de Infração tem previsão no art. 42, inciso III, da Lei 7014/96, restando claro que não cometeu qualquer infração elencada no inciso II, art. 42 da Lei 7014/96, pois registrou de forma correta e tempestiva as notas fiscais em seu livro de entradas, apuração de ICMS, e conseqüentemente em seu estoque, não tendo cometido qualquer ilícito, consoante resta comprovado pelos documentos que acostou. Afirma que não é outro o entendimento Jurisprudencial, conforme decisão que transcreve.

No que tange à infração 07, sustenta que também não deve prosperar pelos relevantes motivos abaixo:

- diz que se revela totalmente indevida a autuação, uma vez que a autuante não efetuou o levantamento de forma correta e minuciosa, e sim tão somente de forma genérica, pois, consoante atestam as Notas Fiscais de Saídas acostadas a Impugnação, constata-se que foi destacado o ICMS, devidamente lançado em seu registro de saída e, conseqüentemente recolhido o imposto de forma correta. Ou seja, as Notas fiscais de Consignação foram emitidas/enviadas somente a um seu cliente, no caso, a empresa Millennium Inorganic Chemical do Brasil S/A e, depois, emitidas as notas fiscais com destaque de ICMS;

- as suas afirmações seriam facilmente comprovadas pela autuante se fossem somados os valores de todas as notas fiscais emitidas para a empresa Millennium com destaque de ICMS, o que bateria com as notas fiscais emitidas a título de consignação;

- diz que para comprovar suas alegações acosta a sua defesa as notas fiscais de consignação e as notas fiscais com destaque de ICMS emitidas para a empresa Millennium, comprovando assim que nada deve ao Estado quanto a esta operação;

- afirma que a autuante limitou-se a elencar no Auto de Infração as notas fiscais emitidas a título de Consignação em valores “Históricos” (Totais) e, por sua conclusão, foi em busca das Notas Fiscais de retorno ou de vendas com o referido destaque de ICMS de mesmo valor, quando deveria de forma minuciosa ir em buscar das notas fiscais de outros valores (menores), que uma vez somados, se chegaria ao valor “Total” das notas fiscais de consignação tidas como não tributadas pela autuante. Observa que esta operação ocorreu somente em relação ao um cliente Millennium.

Ressalta que a autuante em nenhum momento lhe convocou para que esclarecesse eventuais dúvidas ou divergências apuradas, o que, com certeza se o tivesse feito, não teria gerado a autuação quanto aos itens impugnados e que pede a anulação.

Afirma que este é o entendimento cristalino da legislação vigente, no tocante a aplicação de multa contida nas infrações 01 e 07, que, segundo diz, deve ser declarada nula.

Salienta que em conformidade com o disposto no Parágrafo único do art. 155 do RPAF/99, quando houver a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, adotando assim o comando da norma processual civil inserta no § 2º do art. 249 do CPC.

Assevera que o lançamento em questão viola outros princípios que embora não estejam expressamente no texto da Carta Constitucional são reconhecidos e realçados pela doutrina e a jurisprudência também já vem acolhendo de há muito tempo que são os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade que claramente foram ignorados no ato de lançamento do Auto de Infração.

Diz que, dessa forma, resta constatado que cumpriu com os requisitos e as obrigações em conformidade com o RICMS, não podendo prosperar as infrações 01 e 07.

Conclui requerendo o cancelamento parcial do Auto de Infração, com a declaração de nulidade das infrações 01 e 07. Protesta, ainda, pela produção de novas provas, realização de perícias, bem como pela juntada de novos documentos.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 1.119 a 1.122) registrando que o Auto de Infração foi lavrado com base nos documentos e informações entregues pelo contribuinte e coletados através dos sistemas informatizados INC, SINTEGRA e CFAMT, observada a legislação aplicável em cada período.

Consigna que o autuado reconheceu as infrações 02 a 06, para as quais fez a respectiva quitação, no valor histórico de R\$50.939,13, entretanto, quanto às infrações 01 e 07, apresentou impugnação.

Contesta a alegação defensiva atinente à infração 01, afirmando que o procedimento utilizado pela auditoria seguiu os roteiros de fiscalização estabelecidos para estoque fechado e considerou os princípios de auditoria geralmente aceitos, com a realização de testes por amostragem em notas fiscais de entrada e saída.

Salienta que procedeu a análise de todas as informações constantes da planilha elaborada pelo autuado, conferindo a existência de registro das notas fiscais nos arquivos magnéticos e no livro Registro de Entrada, além da existência, no presente processo, de cópia das notas fiscais elencadas. Acrescenta que após a conferência, as notas fiscais que apresentavam os elementos indispensáveis para a efetiva comprovação de sua existência foram consideradas no demonstrativo de omissões, alterando os valores a serem cobrados na infração 01, conforme planilha revisada que anexa. Observa que na planilha, os valores que sofreram alteração estão destacados em negrito.

Consigna que as Notas Fiscais nºs 3546, 431930, 799, 900, 922, 959, 1065, 717, 836, 942, 981, 1019, 98867 e 100189, indicadas pelo contribuinte em planilha, não foram localizadas, razão pela qual não considerou para efeito de revisão do valor do débito.

Assinala que no demonstrativo originário, que fundamentou a infração 01, fls. 169, foram apuradas omissões de entrada e saída nos valores R\$45.274,64 e R\$16.284,24, respectivamente, sendo que, após as correções, decorrentes de informações adicionais fornecidas pelo contribuinte em sua defesa, os cálculos foram refeitos, alterando os valores das omissões de entrada e saída para, respectivamente, R\$8.160,57 e R\$18.064,54. Acrescenta que, desse modo, considerando que houve inversão na diferença de maior expressão monetária, deve ser considerada para cobrança a omissão de saída no valor de R\$18.064,54, para a infração 01.

No que tange à infração 07, ressalta que as operações a título de consignação apresentam formalidades e peculiaridades destinadas a garantir o adequado registro e comprovação dessas operações, dada a sua natureza de “operação casada”, ou seja, transações que, por ocorrer no decorrer de algum tempo, devem conter dados que permitam rastrear e identificar a operação originária (primária) e as demais dela decorrentes. Invoca e reproduz nesse sentido o art. 409 do RICMS/BA/97.

Observa que a análise das consignações realizadas pelo contribuinte foi feita com base nos dispositivos legais acima mencionados. Acrescenta que no processo constam todas as notas fiscais de consignação emitidas para a empresa Millennium, no caso, Notas Fiscais nºs 20102/20103/20104, além de todas as notas fiscais de simples faturamento com a descrição “*NF de simples faturamento ref as NFs de consignação 20102/20103/20104 de 13/03/06*”.

Consigna que os exames consideraram o quantitativo de produtos envolvidos nas operações, não o seu valor, sendo com isso, verificadas, com exatidão, as quantidades consignadas e sua correspondente venda futura. Diz que a sugestão do autuado de que deveria somar todas as operações de venda feitas à empresa Millennium não representa alternativa plausível, uma vez que

as operações de consignação possuem referências próprias, e as operações de venda não trazem nenhuma vinculação com a consignação.

Observa que a planilha de fls. 550 a 560, apresenta os produtos que constam das notas fiscais de consignação 20102/20103/20104 e que foram faturados em quantidade superior. Já a planilha de fls. 561 a 567, demonstra os produtos que foram faturados, mas que não constam das notas fiscais de consignação supracitadas. Diz que as demais operações, realizadas entre o autuado e a Millennium, não foram consideradas na auditoria, pois não trazem nenhum elemento que indique tratar-se de consignação, conforme exige a legislação em vigor, razão pela qual não procedeu nenhuma alteração na Infração 07.

Finaliza dizendo que acolhe parcialmente as alegações apresentadas para a infração 01, convertendo-a para omissão de saída no valor de R\$18.064,54, contudo, no que se refere a infração 07, mantém a autuação, permanecendo inalterado o valor de R\$64.234,21. Assim, o valor histórico total do Auto de Infração passa para R\$133.237,88. Salienta que desse valor o contribuinte já fez o recolhimento do valor relativo às infrações 02 a 06, no valor histórico de R\$50.939,13, restando, assim, o valor histórico de R\$82.298,75, acrescidos de correção, mora e multa.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 1.142 a 1.143 – vol. III) dizendo que houve por parte da autuante concordância em boa parte quanto as suas alegações, e tendo em vista que o valor apurado, após reanálise do Auto de Infração, é bem inferior ao apurado anteriormente, efetuou o pagamento, conforme comprovante anexado, por entender que podem ter havido equívocos quando da digitação por parte de seus colaboradores quanto a quantidade/unidade de produtos e código de referencia/código de fornecedor, e também por não ter tempo hábil para efetuar novo levantamento e apurar de forma minuciosa junto ao seu acervo fiscal e contábil.

No que concerne à infração 07, afirma que a autuante se equivocou quando de sua explanação e fundamentação quanto a esta infração, uma vez que as Notas Fiscais por ela elencadas na Informação Fiscal, nada tem a ver com o que consta do Auto de Infração.

Diz que a autuante mencionou de forma totalmente equivocada as Notas Fiscais nº 20102/20103/20104 da empresa Millenium, e as Notas fiscais de simples Faturamento, Notas Fiscais de consignação 20102/20103/20104 de 13.03.06, uma vez que as referidas Notas Fiscais nada tem a ver com o objeto da infração. Ressalta mais uma vez que tal procedimento por si só já daria ensejo a nulidade da aplicação da referida multa, além de não ser cabível a aplicação da mesma por todos os motivos já arguidos em sede de defesa e reiterados nesta oportunidade.

Frisa que pelo que se depreende das alegações da autuante, esta autuou por suposição ou comparação ao Auto de Infração nº 9298578001/11-2 em 30/06/2011, que resta pago, conforme guia em anexo, que menciona as NFS mencionadas no item “b” acima. Acrescenta que agindo assim, comprometeu totalmente a autuação.

Afirma que dessa forma, comprova-se mais uma vez todas as suas alegações, ou seja, a análise incorreta, superficial e genérica dos documentos apresentados por parte da autuante.

Reitera que se revela totalmente indevida a autuação aplicada pela agente coatora, uma vez que não efetuou o levantamento de forma correta e minuciosa, e sim tão somente de forma genérica, pois consoante atestam as Notas Fiscais de Saídas acostadas, constata-se que foi destacado o ICMS, devidamente lançado em seu registro de saída e, conseqüentemente recolhido o imposto de forma correta, ou seja, as Notas fiscais de Consignação foram emitidas/enviadas somente a um cliente, a empresa Millennium Inorganic Chemical do Brasil S/A e depois emitidas as NFS com o destaque de ICMS.

Sustenta que as suas afirmações seriam facilmente comprovadas pela autuante se fossem somados os valores de todas as notas fiscais emitidas a empresa Millennium com destaque de ICMS, o que bateria com as notas fiscais emitidas a título de consignação, e, em caso de dúvidas do Fisco,

deveria notificar a empresa para que justificasse a operação, o que nunca ocorreu, sendo surpreendido com a autuação aplicada de forma incorreta e arbitrária.

Diz que para comprovar suas alegações acosta as notas fiscais de consignação e as com destaque de ICMS emitidas para a empresa Millennium, comprovando assim que nada deve ao Estado quanto a esta operação.

Ressalta que a autuante em sua resposta se equivocou totalmente, fundamentando sua resposta em notas fiscais que nada tem a ver com a multa aplicada, ensejando a nulidade do Auto de Infração quanto a este item, o que demonstra a falta de atenção da autuante quando do levantamento fiscal, ensejando a nulidade do AI quanto ao Item 07 do Auto de Infração por ter ficado caracterizado no mínimo um Grande equivoco quanto a elaboração do levantamento Fiscal.

Assevera que a autuante limitou-se somente a elencar em seu Auto de Infração as NFs. Emitidas a título de Consignação em valores “Históricos” (Totais) e foi em busca das Notas Fiscais de retorno ou de vendas com o referido destaque de ICMS de mesmo valor, quando deveria de forma minuciosa ir em busca das NFS de outros valores (menores), que uma vez somados, se chegaria ao valor “Total” das NFS de consignação tidas como não tributadas. Ressalta que esta operação ocorreu somente em relação a um cliente, a empresa Millennium.

Conclui requerendo que seja procedido o cancelamento parcial do Auto de Infração, revisto pela autuante, declarando nula a infração 07. Protesta pela produção de novas provas, realização de perícias, bem como pela juntada de novos documentos.

A autuante se pronunciou (fls. 1.156 a 1.158) registrando que ciente da informação fiscal o contribuinte efetuou o pagamento da infração 01, conforme DAE acostado à fl. 1.152.

Frisa que quanto à infração 07, o autuado mantém suas alegações e solicita a nulidade do lançamento, por considerar que a autuante “se equivocou quando de sua explanação e fundamentação quanto à infração aplicada, uma vez que as Notas Fiscais por ela elencadas em sua resposta a Impugnação Impetrada pela Recorrente, em nada tem a ver com o que consta do Auto de Infração em seu item 07”.

Afirma que o contribuinte, em sua manifestação às fls. 1142 a 1149, não agregou elemento novo a Impugnação apresentada anteriormente, com isso, reafirma as alegações apresentadas na Informação Fiscal de fls. 1.119 a 1.122.

Salienta que as Notas Fiscais que fundamentam esta infração, às fls. 571 a 672, correspondem às operações classificadas, pelo próprio autuado, com o CFOP 5.114 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, remetida anteriormente em consignação mercantil*. Observa que esse código corresponde às vendas efetivas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, remetidas anteriormente a título de consignação mercantil. Essas notas fiscais possuem, no campo de dados adicionais, referência às notas fiscais de consignação originárias, de nºs 20102/20103/20104, fls. 568 a 570, feitas pelo próprio contribuinte.

Registra que não foi apresentado pelo autuado nenhum demonstrativo ou cópia de notas fiscais que comprovem suas alegações, razão pela qual mantém os termos da autuação e da Informação Fiscal, para apreciação pelo órgão julgador.

Finaliza consignando que o contribuinte concordou e recolheu os valores devidos da infração 01 e não apresentou elementos novos que possibilitassem a reavaliação dos exames que resultaram na Infração 07, mantendo os termos da autuação.

A 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o presente processo em diligência a ASTEC/CONSEF (fl. 1.168), a fim de que fosse intimado o autuado a comprovar as suas alegações atinentes à infração 07.

Nos termos do Parecer ASTEC Nº 17/2013(fl. 1.173) a diligenciadora conclusivamente consignou que não foi possível a comprovação das alegações do autuado, haja vista que o mesmo não discriminou os produtos das notas fiscais relacionadas, inviabilizando o confronto dos mesmos.

Cientificado sobre o resultado do Parecer ASTEC Nº 17/2013, o autuado se manifestou (fls. 1.679 a 1.682) consignando que as ponderações da Fiscalização e sua conclusão não podem prosperar, uma vez que a solicitação feita pela autuante inicialmente, no mínimo gera dúvida quanto à elaboração de demonstrativo discriminando os produtos das notas fiscais relacionadas, pois em momento algum faz menção específica nesse sentido.

Diz que apresentou seu demonstrativo baseando-se nos valores correspondentes as Notas Fiscais de Remessa em Consignação, CFOP 5.917, com destaque do ICMS e com CFOP 5.114, sem destaque de ICMS, sendo possível atestar suas alegações apresentadas na impugnação, através do demonstrativo apresentado, uma vez que a diferença entre os referidos valores é insignificante.

Registra o seu inconformismo com a não aceitação do Demonstrativo apresentado, dizendo que se coloca à disposição para elaborar novo demonstrativo da forma solicitada, caso necessário, uma vez que comprovou tempestivamente que nada deve a Fazenda Estadual quanto a este ponto.

Conclui requerendo e protestando pela produção de novas provas, realização de perícias, apresentação de novos demonstrativos, bem como pela juntada de novos documentos.

Constam às fls. 472 a 475, extrato do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de sete infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu, já na defesa inicial, as infrações 02 a 06, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido e impugnou as infrações 01 e 07. Após a Informação Fiscal, com o acatamento das razões defensivas pela autuante, o que resultou na redução do valor do débito originalmente exigido na infração 01, também reconheceu o valor exigido, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido. Manteve integralmente a impugnação atinente à infração 07.

Inicialmente, não acolho a arguição de nulidade suscitadas pela defendente, haja vista que todos os elementos constantes nos autos, levam à segurança quanto à identificação da infração, do infrator, do montante do débito exigido, tendo sido observada pela Fiscalização as determinações previstas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente o seu art. 39, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 capazes de inquirir de nulidade o lançamento de ofício em exame.

Vale observar que, além de ter exercido o direito de ampla defesa quando apresentou impugnação inicial, o autuado também se manifestou após a Informação Fiscal, assim como ao ser cientificado sobre o resultado da diligência solicitada por esta JJF realizada pela ASTEC/CONSEF. Portanto, foram respeitados os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório.

No que diz respeito à alegação defensiva atinente à multa, convém registrar que esta tem previsão expressa no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não tendo este órgão julgador administrativo competência para apreciar argumentação referente à sua inconstitucionalidade, conforme determina o art. 167, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto à realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito-dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria.

Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da

lide por parte do julgador, não sendo este o caso do Auto de Infração em exame, haja vista as questões suscitadas pelo autuado encontram respostas nos documentos acostados aos autos, inclusive, na própria documentação do contribuinte e na legislação do ICMS. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, conforme dito linhas acima, a lide se cinge exclusivamente quanto à infração 07.

O autuado sustenta que este item da autuação não deve prosperar, uma vez que a autuante não efetuou o levantamento de forma correta e minuciosa, e sim tão somente de forma genérica, pois, consoante atestam as Notas Fiscais de Saídas acostadas a impugnação, constata-se que foi destacado o ICMS, devidamente lançado em seu registro de saída e, conseqüentemente, recolhido o imposto de forma correta. Ou seja, as Notas fiscais de Consignação foram emitidas/enviadas somente a um seu cliente, no caso, a empresa Millennium Inorganic Chemical do Brasil S/A e, depois, emitidas as notas fiscais com destaque de ICMS.

Alega, ainda, que a autuante limitou-se a elencar no Auto de Infração as notas fiscais emitidas a título de Consignação em valores “Históricos” (Totais) e, por sua conclusão, foi em busca das Notas Fiscais de retorno ou de vendas com o referido destaque de ICMS de mesmo valor, quando deveria de forma minuciosa ir em buscar das notas fiscais de outros valores (menores), que uma vez somados, se chegaria ao valor “Total” das notas fiscais de consignação tidas como não tributadas pela autuante. Observa que esta operação ocorreu somente em relação ao um cliente Millennium.

Já a autuante rechaça a argumentação defensiva, afirmando que as operações realizadas a título de consignação apresentam formalidades e peculiaridades destinadas a garantir o adequado registro e comprovação dessas operações, dada a sua natureza de “operação casada”, ou seja, transações que, por ocorrer no decorrer de algum tempo, devem conter dados que permitam rastrear e identificar a operação originária (primária) e as demais dela decorrentes, conforme o art. 409 do RICMS/BA/97.

Observa que a análise das consignações realizadas pelo contribuinte foi feita com base nos dispositivos legais acima mencionados. Acrescenta que no processo constam todas as notas fiscais de consignação emitidas para a empresa Millennium, no caso, Notas Fiscais nºs 20102/20103/20104, além de todas as notas fiscais de simples faturamento com a descrição “*NF de simples faturamento ref as NFs de consignação 20102/20103/20104 de 13/03/06*”.

Consigna que os exames consideraram o quantitativo de produtos envolvidos nas operações, não o seu valor, sendo com isso, verificadas, com exatidão, as quantidades consignadas e sua correspondente venda futura. Diz que a sugestão do autuado de que deveria somar todas as operações de venda feitas à empresa Millennium não representa alternativa plausível, uma vez que as operações de consignação possuem referências próprias, e as operações de venda não trazem nenhuma vinculação com a consignação.

Em face das alegações defensivas e contestações da autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência a Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito intimasse ao autuado para apresentar elementos, inclusive elaborasse demonstrativo no qual estabelecesse a vinculação entre as notas fiscais de remessa em consignação e respectivas vendas para comprovar as suas alegações.

A diligenciadora da ASTEC/CONSEF esclareceu no Parecer ASTEC Nº 17/2013, que não foi possível comprovar as alegações do autuado, haja vista que este não discriminou os produtos das notas fiscais relacionadas, inviabilizando o confronto dos mesmos.

Noto que ao ser cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº 17/2013, o autuado registrou o seu inconformismo com a não aceitação do demonstrativo apresentado, dizendo que se coloca à disposição para elaborar novo demonstrativo da forma solicitada, caso necessário, uma vez que comprovou tempestivamente que nada deve a Fazenda Estadual quanto a este ponto.

Conforme aduzido pela autuante a Planilha de fls. 550 a 560, apresenta os produtos que constam das notas fiscais de consignação 20102, 20103, 20104 e que foram faturados em quantidade superior. Já a Planilha de fls. 561 a 567, demonstra os produtos que foram faturados, mas que não constam das notas fiscais de consignação supracitadas, sendo que, quanto às demais operações, realizadas entre o autuado e a Millennium, não foram consideradas na auditoria, pois não trazem nenhum elemento que indique tratar-se de consignação, conforme exige a legislação em vigor, razão pela qual não procedeu nenhuma alteração nesta infração.

Ora, a conversão do feito em diligência por esta JJF foi para que o autuado comprovasse as suas alegações, ou seja, pudesse elidir a autuação, se fosse o caso, com apresentação dos elementos solicitados. Entretanto, apesar de intimado nesse sentido, o autuado não se incumbiu de comprovar a contento a regularidade das operações de consignação.

É certo que o simples registro do seu inconformismo por ter a diligenciadora afirmado que *não foi possível a comprovação das alegações do autuado, haja vista que o mesmo não discriminou os produtos das notas fiscais relacionadas, inviabilizando o confronto dos mesmos*, e que se colocava à disposição para elaborar novo demonstrativo da forma solicitada, caso necessário, não pode ser levado em consideração, haja vista que, independentemente de qualquer solicitação, cabe ao contribuinte apresentar todos os elementos de provas de que disponha em sua defesa.

Ademais, ainda na sessão de julgamento, quando poderia exercer o direito de sustentação oral de suas razões, caberia ao autuado trazer os elementos que considerasse capazes de elidir a autuação, o que não fez.

Diante disso, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298578.0002/11-0**, lavrado contra **PROT CAP ARTIGOS PARA PROTEÇÃO INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$133.237,88**, acrescido das multas de 60% sobre R\$115.173,34 e de 70% sobre R\$18.064,54, previstas no artigo 42 incisos II, “a”, “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR