

A. I. N° - 207185.0001/03-0
AUTUADO - MADEIREIRA IBIRACU LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 05. 10. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0371-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO E MULTA. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Com referência a multa indicada, descabe a exigência fiscal, por falta de respaldo na legislação do ICMS. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não comprovado pelo sujeito passivo, que o imposto creditado foi recolhido na operação de aquisição da mercadoria. Infração caracterizada. Não acolhida à solicitação de nulidade do lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/02/03, exige ICMS no valor de R\$ 88.629,13 e impõe multa de R\$ 18.966,50, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 48.830,64, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.
2. “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme apurado em Levantamento quantitativo, Demonstrativos anexos ao Auto e Anexo I com descrição das entradas omitidas”. Foi indicada a multa de R\$ 18.966,50, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 39.798,49, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 75 e 76) e, em relação à infração 1, argumenta que não houve nenhuma omissão de saídas, haja vista que todas as operações que efetua são acompanhadas de notas fiscais. Diz que a diferença encontrada na auditoria fiscal foi decorrente da utilização, sem amparo legal, do percentual de “quebra” de 10%. Explica que a “quebra” da madeira varia de acordo com o maquinário, com a espécie da madeira, com a mão-de-obra, etc, e

que os auditores fiscais utilizam percentuais que variam de 10% a 40%, não havendo consenso entre eles.

Quanto à infração 2, o autuado alega que o autuante aplicou “a multa em duplicidade com valores diferentes, com base no mesmo levantamento quantitativo. Diz que para essa infração são cabíveis as mesmas alegações expendidas na infração anterior.

Relativamente à infração 3, o autuado afirma que o imposto devido foi recolhido no momento da venda da mercadoria. Explica que utiliza esse critério – pagar o ICMS na saída da mercadoria – em virtude da dificuldade encontrada para conseguir certificados de crédito na inspetoria fiscal. Diz que chega a fazer cinco a seis viagens, gastando aproximadamente R\$ 400,00, para obter um certificado de crédito de, em média, R\$ 200,00, o que inviabiliza a sua atividade comercial. Frisa que o seu procedimento não causou prejuízo ao Estado e que chega a pagar a mais o imposto que o devido. Solicita que os valores pagos a mais sejam compensados.

Ao concluir a sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Na informação fiscal, ao se referir à infração 1, o autuante diz que as diferenças apuradas nos levantamentos quantitativos mostram a ocorrência de operações desacompanhadas de documentação fiscal. Diz que, no último mês em que houve operação na empresa (08/02), foram adquiridas mercadorias no valor de R\$ 4.531,20 e escrituradas saídas de apenas R\$ 996,80, sendo que os estoques inicial e final eram zero.

Segundo o auditor fiscal, o percentual de “perda” de 10%, na conversão de madeira em toros para madeira serrada, foi obtido junto à própria empresa autuado e a outras serrarias da região. Frisa que o autuado não apresenta qualquer evidência, relatório ou demonstrativo que conteste o percentual adotado. Diz que não há registro fiscal das “perdas” apuradas, sendo que, hoje, o estabelecimento está desativado e as máquinas já foram retiradas, impossibilitando qualquer teste prático. Aduz que as “perdas” são comercializadas como “aproveitamento de madeiras”.

Quanto à infração 2, o autuante explica que a exigência é resultante dos dados apurados nos levantamentos quantitativos de cada exercício. Diz que a multa é referente à falta de registro, na escrita fiscal, das entradas de madeiras, cujas saídas ocorreram com emissão de notas fiscais.

No que tange à infração 3, o auditor fiscal afirma que o autuado, ao adquirir madeira de produtores e extratores, emitia notas fiscais de entradas com destaque do ICMS de sua responsabilidade, porém, não recolhia a imposto e ainda se apropriava do crédito destacado. Salienta que o autuado não apresentou nenhum DAE contestando o levantamento efetuado e, além disso, os extratos de arrecadação (fls. 69 e 70) comprovam que não houve os recolhimentos. Ao final, o autuante solicita a procedência da autuação.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 4ª JF decidiu convertê-lo em diligência a ASTEC do CONSEF, para que fosse atendido o solicitado à fl. 81.

Por meio do Parecer ASTEC Nº 089/2003, fls. 83 e 84, a diligenciadora informou que refez os levantamentos quantitativos (fls. 87/90), onde considerou a perda de 20% sobre as entradas de madeiras em toros (fl. 85/86), bem como elaborou os demonstrativos dos preços médios (fls. 91/102). Diz que os levantamentos quantitativos refeitos detectaram a ocorrência de omissão de operações de entradas e de saídas de mercadorias. Explica que, de acordo com o previsto na Portaria 445/98, deve ser cobrado imposto sobre essas omissões, conforme demonstrado na tabela abaixo:

EXERCÍCIOS	OMISSÃO DE ENTRADA	OMISSÃO DE SAÍDA	ALÍQUOTA	ICMS DEVIDO
2001	R\$ 139.604,32	R\$ 182.491,86	17%	R\$ 31.023,62
2002	R\$ 11.596,73	R\$ 27.980,36	17%	R\$ 4.756,66

TOTAL	R\$ 35.780,28
-------	---------------

Instado a se pronunciar nos autos sobre o resultado da diligência da ASTEC, o autuante, às fls. 108 a 110, explicou que o percentual de perda de 10% utilizado na autuação foi aplicado em função de dados e informações coletados junto ao autuado, porém, o percentual de 20% empregado na diligência não está devidamente fundamentado, o que invalida essa última opção.

Prosseguindo em sua informação, o autuante diz que os resultados apurados pela auditora fiscal da ASTEC apresentam as seguintes incorreções:

a) Nos demonstrativos de fls. 85 e 86, a perda de 20% foi apurada sem observar que o autuante já tinha deduzido o percentual de 10%. Cita como exemplos de perdas erroneamente apuradas as madeiras serradas Araçá e Bacumixa;

b) Madeiras já serradas foram indevidamente consideradas como sendo em toros. Cita, como exemplo, a madeira Jequitibá serrada (fl. 47), a qual foi adquirida uma parte em toros e outra parte já serrada, não havendo como a perda abranger a madeira adquirida já serrada. Diz que há outros casos no demonstrativo efetuado na diligência, porém, não os especificou;

c) Há erros nas quantidades das entradas totais apuradas na diligência, as quais estão divergindo da autuação. Cita, como exemplos, Pau d'Arco em toros – entradas apuradas na autuação 1,92 m³, ao passo que na diligência foi consignado 2,13 m³ – Banha de Galinha em toros – entradas apuradas na autuação 0,96 m³, enquanto na diligência foi registrada 1,07 m³;

d) Algumas omissões foram calculadas sobre madeira em toras, isso é, a madeira foi adquirida e vendida em toros sem beneficiamento, não havendo o que se falar em perdas nessas operações. Cita, como exemplo, Banha de Galinha, Pau d'Arco, Paraju, etc.

Quanto ao preço unitário médio, o autuante aduz que utilizou os critérios previstos no Regulamento do ICMS. Alega que os preços unitários médios de Jequitibá serrado (exercício de 2002) e Banha de Galinha (exercício de 2001) apurados na diligência estão errados.

Assevera que a penalidade aplicada pela falta de registro na escrita fiscal das entradas omitidas está respaldada no art. 915, IX, do RICMS-BA/97.

Ao concluir, diz que os demonstrativos elaborados pela diligenciadora da ASTEC estão desprovidos de exatidão e, portanto, não podem respaldar o julgamento da lide. Solicita a procedência da autuação.

Tendo em vista que a INFAZ Itabuna não deu vistas ao autuado do resultado da diligência e nem reabriu o prazo de defesa, conforme solicitação à fl. 81, o processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido converter o mesmo em diligência para que essas solicitações fossem atendidas.

Conforme documentos às fls. 115 a 118, o autuado foi cientificado do resultado da diligência e teve reaberto o prazo de defesa, tendo as duas intimações expedidas retornado a INFAZ de origem, o que ensejou a expedição de uma nova intimação por meio do Edital nº 02/2003, no entanto, o contribuinte não se pronunciou a respeito.

O processo foi submetido novamente à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal convertido o mesmo em diligência a ASTEC, para o atendimento do solicitado à fl.122.

Ao cumprir a diligência solicitada, a auditora incumbida de sua realização, mediante o Parecer ASTEC nº 0124/04, inicialmente, descreveu o que foi solicitado pelo relator, além de detalhar como foi realizado o trabalho diligencial.

Ao concluir, disse que após o refazimento dos Demonstrativos de Estoques (fls. 129/132), apurou tanto omissão de entradas como de saídas e levando em consideração o disposto na Portaria nº 445/98, o valor do imposto devido para as infrações 1 e 2 passa a ser nas importâncias de R\$34.301,74 e R\$5.228,02, cujas base de cálculo importaram em R\$201.774,95 e R\$30.753,08, respectivamente.

O CONSEF, em despacho à fl. 134, encaminhou o PAF a INFAZ-Itabuna, para dar ciência da diligência da ASTEC ao autuado e ao autuante, o que foi cumprido, conforme documentos às fls. 135 e 136, no entanto, apenas o autuante se pronunciou, concordando com a conclusão do diligente.

VOTO

Inicialmente, com relação à solicitação do autuado ao final de sua defesa, para que o Auto de Infração seja julgado nulo, não posso acatá-la, pois, não fundamentada. Ademais, o presente lançamento, não possui nenhum dos vícios elencados no art. 18, do RPAF/99, que o inquine de nulidade.

Adentrando no mérito da lide e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infrações 1 e 2 - Ressalto, de início, que analisarei em conjunto as referidas infrações, já que foram apuradas mediante levantamento quantitativo, por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 2001 e 2002, tendo sido cobrado na primeira imposto por omissões de saídas de mercadorias, enquanto na segunda foi exigido multa de 10% sobre o valor comercial das omissões de entradas apuradas.

De acordo com o disposto no § 1º, do art. 60, do RICMS/97, constatando-se, num mesmo exercício, tanto omissão de entradas como de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor de maior expressão monetária. No caso desta autuação, o autuante exigiu imposto sobre o valor das saídas, enquanto sobre as omissões de entradas, foi aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, o que contraria o disposto no dispositivo acima citado, portanto, não prospera a exigência fiscal em relação à infração 2, cuja multa indicada deve ser excluída da autuação.

Com relação à infração 1, razão assiste parcialmente, ao autuado, já que a última diligência da ASTEC, a qual acato, após efetuar as devidas correções na auditoria de estoques, apurou uma omissões de saídas nas importâncias de R\$201.774,95 e R\$30.753,08, com ICMS devido nos valores de R\$34.301,74 e R\$5.228,02, respectivamente, relativos aos exercícios de 2001 e 2002, valores estes que não foram objeto de qualquer questionamento do autuado ao ser intimado pela INFAZ-Itabuna, para se manifestar, conforme intimação e AR às fls. 135 e 136.

Com base na explanação acima, entendo parcialmente caracterizada a infração, já que as diferenças nas quantidades de saídas se constituem em comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de notas fiscais, de uso obrigatório para documentá-las, fato que implicou na falta de recolhimento do imposto.

Infração 3 - Diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal, referente à mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Como prova da infração, o autuante elaborou o Anexo II (fls. 13 a 16), onde listou as notas fiscais de entradas emitidas pelo autuado, para documentar as aquisições de madeiras em toras efetuadas a extratores, cujo imposto nelas destacados foi apropriado pela empresa sem a apresentação dos DAE's comprobatórios do seu recolhimento.

Acerca da defesa formulada, a mesma não merece a minha acolhida, já que se limitou a alegar que o imposto foi recolhido sobre as operações de saídas, em razão da dificuldade para se conseguir um certificado de crédito junto à inspetoria fiscal, cuja alegação não foi acatada pelo autuante quanto prestou a sua informação fiscal, sob a justificativa de que a empresa ao não recolher os tributos antecipados, não teria direito a eventuais créditos.

Tendo em vista que o autuado não comprovou o recolhimento do ICMS destacado nas notas fiscais de entradas que emitiu, considero correta a exigência fiscal, haja vista que os créditos foram apropriados em sua escrita fiscal, para serem deduzidos do imposto devido sobre as operações de saídas, pelo que mantenho a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no importe de R\$79.328,25.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207185.0001/03-0**, lavrado contra **MADEIREIRA IBIRAÇU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$79.328,25**, acrescido da multas de 70% sobre R\$39.529,76 e de 60% sobre R\$39.798,49, previstas, respectivamente, no art. 42, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/9 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA