

A. I. Nº - 299324.9687/08-7
AUTUADO - BAHIA DISTRIBUIDORA DE MADEIRA LTDA.
AUTUANTES - LUCIA GARRIDO CARREIRO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 24.08.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0224-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA NÃO INGRESSADA NO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida pelo autuado. **b)** DEVOLUÇÃO DE VENDAS DE MERCADORIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO. O descumprimento das obrigações acessórias, bem como a falta de elementos que comprovem a devolução, resultaram na manutenção da exigência da obrigação principal. 2. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS VENDIDAS PELO SUJEITO PASSIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ESTORNO DE CRÉDITO. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatado que o autuante apurou, num mesmo exercício, diferenças tanto omissões de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas inferior ao das saídas, devendo ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das saídas não declaradas. Não comprovada pelo contribuinte as incorreções ou inconsistência do levantamento. Rejeitadas as argüições de nulidade e outras solicitações de diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008 ora impugnado, no total de R\$76.959,16 por descumprimento de obrigação acessória e principal, conforme segue:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Conta que a empresa efetuou Devolução de compras, portanto as mercadorias saíram do estabelecimento e não entraram. ICMS no valor de R\$3.123,01, multa de 150%; V “b”.

Infração 02 – deixou de recolher no(s) prazo(s), ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Conta que a empresa não escriturou no livro Registro de Saídas os débitos correspondentes ao estorno dos créditos referentes às devoluções de compras das

mercadorias constantes das notas fiscais nºs 189761 e 189764. ICMS no valor total de R\$1.285,94, multa de 70%;

Infração 03 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Consta que o autuado escriturou devolução de vendas emitindo para acobertar a operação, sua própria Nota fiscal, operação que apenas é permitida quando quem esta devolvendo a mercadoria não estiver obrigado a emitir documento fiscal. Não existe na documentação do contribuinte prova inequívoca da devolução da mercadoria. ICMS no valor de R\$ 8.255,96, multa de 60%; VII, “a”.

Infração 04 – deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 7.341,70;

Infração 05 – falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 56.952,55, multa de 70%;

O autuado, às fls. 384 a 415 dos autos, apresenta defesa alinhando, preliminarmente, considerações sobre o princípio da legalidade objetiva, princípio da verdade material, princípio da inquisitoriedade e o princípio da tipicidade cerrada.

Em seus preliminares de nulidades, aduz que ao encerrar o trabalho fiscal, a autuante forneceu ao autuado, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora. Entende que, com base nesses elementos, não é possível se elaborar uma defesa ideal, onde se pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Os demonstrativos fiscais fornecidos pela autuante não são, em si próprios, auto-explicativos, nem são claros.

Afirma que existem rotinas administrativas a serem observadas como as previstas na Portaria 445/98 e nas rotinas relativas no uso do sistema SAFA para apuração de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, que os senhores julgadores, no presente caso, concluirão que está patente a inobservância, por parte da autuante, dos dispositivos dos atos normativos acima citados.

Consigna que, quanto do procedimento para fazer o levantamento quantitativo do estoque, de que trata a Infração nº 05, a autuante não realizou a associação entre os produtos que tem uma ou mais descrições nas notas de entradas e que a empresa utiliza outras descrições quando da emissão de notas fiscais de saídas.

Entende que o autuante não cumpriu o determinado nas rotinas administrativas previstas na portaria 445/98 (especialmente o que determina o art. 3º, III) e nas rotinas previstas para o uso do sistema SAFA no levantamento para Auditoria de Estoques (não efetuou a correlação de mercadorias com nomenclaturas diferentes) cerceou o direito de ampla defesa da autuada.

Ressalta que ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, por não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

Apresenta decisões de órgãos julgadores federais, sobre o cerceamento de defesa, a exemplo do Ac. 303-25.277, Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, no Ac. 104-6.427, publicado no DOU de 31/08/89, bem como acórdãos do CONSEF/BA, Acórdão CJF nº 0033-12/05, Acórdão JJF nº 0159-04/05, ACORDÃO CJF nº 0270-11/05, Auto de Infração – 2690940111041, Acórdão CJF nº 0034-12/05, Acórdão JJF nº 0492-02/04, Acórdão JJF nº 0505-04/04.

Alega falta de descrição clara e precisa da acusação, ferindo o art. 39, II do RPAF/AB, destacando a infração 05, aduzindo que a autuante afirma ter apurado: “*Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Anexamos a este PAF no ANEXO V os demonstrativos do levantamento quantitativo de estoque e as xerox dos Livros Registro de inventário dos exercícios de 2003, 2004 e 2005*”, fato que teria lhe dado motivação para a exigência tributária ora em discussão.

Assegura que tal acontecimento não é verdadeiro, pois o autuante não forneceu à empresa planilha detalhada com os artigos separados, tanto aqueles que ele não encontrou diferença como aqueles que diz ter encontrado diferença. E, ainda não cumpriu o que determina a Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998 (DOE 11/08/1998) da Secretaria da Fazenda que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Argumenta que a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança.

Apresenta decisões do CONSEF/BA, relativas à nulidade quando não há segurança da infração imputada.

Quanto ao mérito, a autuada reconhece as infrações 01 e 02, insurgindo-se quanto à infração 03, “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação”.

Entende que a acusação fiscal é totalmente improcedente, pois, simplesmente não há a operação que a autuante descreve como “devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final” porque a autuada não comercializa com pessoas físicas e tão somente com pessoas jurídicas.

Afirma que a autuante acusa a autuada de simular devolução de vendas através de emissão de notas fiscais da própria autuada e que as mesmas não foram emitidas conforme determina os artigos 652 e 653 do RICMS.

Aduz que as vendas são efetuadas, através se seus prepostos, exclusivamente para pessoas jurídicas que irão revender os produtos e a entrega é realizada exclusivamente pela autuada através de seus prepostos e com veículo próprio da autuada. Após a emissão das notas fiscais e efetuado o carregamento das mercadorias no veículo da autuada é realizada a viagem para entrega das mercadorias nos estabelecimentos.

Explica que, ocorre que durante a viagem sempre ocorrem fatos que fazem com que não seja a concluída a operação de entrega, como:

- a)-Recusa do recebimento por parte do destinatário;
- b)-Falta de localização do endereço do destinatário;
- c)-A mercadoria está fora das especificações que o destinatário exige;
- d)-O estabelecimento do destinatário está fechado na hora que o preposto da autuada chega ao seu estabelecimento;
- e)-O responsável pelo estabelecimento do destinatário não está presente para efetuar o pagamento que é contra entrega da mercadoria.
- f)-O gerente do estabelecimento não tem conhecimento da compra efetuada pelo proprietário e recusa-se a receber a mercadoria;

Diane de tais hipóteses, alinha que, nada mais resta ao condutor do veiculo da autuada, do que retornar ao estabelecimento com a mercadoria que não foram entregues ao destinatário.

Consigna que, com estas ocorrências está caracterizado o previsto no artigo 654 do RICM/BA.

Alinha que o cerne da questão é: Houve concretização da operação de venda que teria como origem a emissão da nota fiscal, a entrega da mercadoria e o pagamento por parte do destinatário do valor expresso nos documentos fiscais relacionados pela autuante no processo fiscal? Responde que não, e que está anexando a esta defesa os jogos completos das notas fiscais originárias, que estão com seus canhotos intactos, comprovando que não houve o recebimento das mercadorias por parte dos destinatários. Quanto aos detalhes constantes do § 1º do art. 654 são procedimentos que por vezes não é efetuado por motivo da falta de informação ao motorista responsável pelo carro e pela entrega, que na maioria das vezes não tem condição intelectual para interpretar a legislação. Os motoristas, na maioria dos casos são empregados que não tem nem o curso primário completo das escolas.

Destaca que, em algumas notas consta a observação do motivo da falta de entrega no verso da 1ª via (vide cópia das notas fiscais 1974, 2283, 2315, 2321, 2335, 2343, 2401, 2457 e 2461). No caso da nota fiscal 2139, apesar do canhoto da nota estar assinado, os agentes do fisco visaram a nota fiscal com carimbo e assinatura que abrangeu o espaço “Reservado ao Fisco” e o “Canhoto” no dia 05/10/2005 comprovando que a mercadoria estava no veículo e de retorno à Salvador, já que a nota tem a data de emissão de 01/10/2005.

Assegura que não houve falta de pagamento do ICMS nem tentativa de fraude como induz o texto da autuante no auto de infração

Entende que houve apenas descumprimento de aposição nas notas fiscais de alguns detalhes previstos no §1º do artigo 654 DO RICMS. Isto apenas caracteriza falta de cumprimento de obrigação acessória cuja penalidade não está prevista na legislação e por isso solicitamos a esta junta que julgue pela procedência parcial da infração, com aplicação de multa de 1 (UMA) UPF.

Em relação à infração 04 – 16.01.01, reconhece a infração referente aos meses de Outubro de 2004, Janeiro de 2005, Março a Junho de 2005, Outubro e Novembro de 2005. Quanto ao mês de Fevereiro de 2005, constante do Auto de Infração, houve um engano da autuante quanto à data da Nota Fiscal de nº 0909. Afirma que o emitente apôs a data de 16/02/2005, quando a data correta é de 16/02/2006. Na própria nota consta a data de saída no dia 16/02/2006. Logo, não há a infração no mês citado no Auto de Infração pela autuante.

No que diz respeito à infração 05 – 04.05.02, entende que a pretensão do autuante é nula, não tem procedência, nem a mínima condição de prosperar.

Para iniciar, traz alguns conceitos das mercadorias que a autuada comercializa para que se avalie a correlação das expressões usadas quando da descrição das mesmas nas notas fiscais emitidas nas várias regiões do País, como também da maneira como são comercializadas pelas madeireiras.

Aduz que, ao adquirir as mercadorias constantes do levantamento efetuado pela ilustre autuante através de diversos fornecedores pode-se verificar que a espécie da mercadoria é a mesma, ou seja, a maioria das mercadorias são produtos derivados da indústria madeireira (portas, janelas, seteiras, esquadrias, basculantes e aduelas) que representam 96,42% da base de cálculo atribuída pela autuante nesta infração.

Assinala que a perfeita identificação destes e de outros produtos derivados da Indústria Madeireira e comercializado pela autuada é completamente impossível no exercício de 2003 e 2004, quando a autuada até o mês de julho de 2004 era uma empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia e não era obrigada a escriturar livros fiscais.

Passa a descrever como eram emitidas as notas fiscais por seus fornecedores:

"No corpo das notas, na coluna descrição dos produtos, os fornecedores usam diversas expressões, tais como:

ADUELA LOURO APARELHADA E ADUELA JATOBÁ APARELHADA – Vide nota fiscal 0309 – Taiplac Tailândia Lâminas e Placas Ltda. A mercadoria vem discriminada na coluna “unidade” em m³ e no levantamento efetuado pela autuante foi registrada a entrada como ADUELA MAD. MISTA S/ALIZAR 13 CM com a “unidade” registrada em Jogos e lançando a quantidade de 840 Jogos, não dizendo como foi feita a transformação e ainda englobando no mesmo item as duas mercadorias constantes naquela nota fiscal, ou seja, ADUELA LOURO APARELHADA E ADUELA JATOBÁ APARELHADA. A autuada nas notas fiscais de saídas discrimina a mercadoria como ADUELA MAD. MISTA S/ALIZAR 13 CM, mas, com a “unidade” usando a expressão Um. (Vide nota fiscal de saída nº 314 emitida em 06/03/2004. Logo, a saída se dá através de venda por unidade sem usar a expressão “Jogos ou M³. As unidades de entrada e de saída são heterogêneas não havendo como efetuar o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias que reflete a realidade das operações.

TIMBORANA SERRADA EM ADUELA DE 3X13CM E JARANA SERRADA EM ADUELA DE 3X13CM- Vide nota fiscal nº 8079 – Dalsam Madeiras Ltda. A mercadoria vem discriminada na coluna “unidade” em JG e no levantamento efetuado pela autuante foi registrada a entrada como ADUELA MAD. MISTA S/ALIZAR 13 CM (750 JOGOS) E ADUELA MAD MISTA C/ALIZAR 13CM (600 JOGOS) lançando estes produtos com a mesma nomenclatura do item anterior.

PORAS DE ALMOFADAS - Vide nota fiscal nº 2446 – Esquadrias Floresta Indústria Comércio e Transportes Ltda. Esta nota fiscal no 1º item, consta na coluna descrição dos produtos, a expressão “Portas de Almofadas” sem discriminar o comprimento da porta, largura da porta, bitola, etc. No espaço destinado ao transportador consta na coluna de Quantidade, a expressão 650 UNID, na coluna destinada à descrição da espécie de mercadorias, a expressão “MAÇARANDUBA” e na coluna destinada a Marca a expressão “DIV”. Esta mercadoria constante do primeiro item da nota trata-se de PORTAS DE MAÇARANDUBA dos mais diversos tamanhos, larguras e alturas. A autuante lançou no seu demonstrativo com a denominação de PORTA ALMOFADA/VD/DG 1B ARC 230 X 0,84, a quantidade TOTAL DO ITEM, OU SEJA, 200 PORTAS e considerou como medida a unidade de (UMA PORTA).

Esta mercadoria foi inventariada em 31/12/2003, com a expressão PORTA MASSARANDUBA, SEM DISCRIMINAR TAMANHO, LARGURA, ALTURA E ESPESSURA E A QUANTIDADE EXPRESSA DE 8.190 M². Portanto com a medida em m² e a autuante fez o levantamento considerando a medida por unidade.

Além do mais, a autuada no exercício de 2004 efetuou saídas destas mercadorias com a venda descritas nas notas de duas formas: Em m² e em unidade. Vide notas fiscais 319 (m²), 314 (unid.), 325(m²), 1913 (unid.) e 1911(unid.).

Diane da peculiaridade de comercialização deste produto, não há condição em se transformar um estoque do exercício de 2003 que foi expresso em m², para a medida unidade (cada) ou m³. Diante disso, fica comprovado que o levantamento efetuado pela autuante não reflete a realidade das operações não servindo para sustentar o Auto de Infração.

JANELAS DE ALMOFADAS, BASCULANTES DE ALMOFADAS E SETEIRAS DE ALMOFADAS - Vide nota fiscal nº 2446 – Esquadrias Floresta Indústria Comércio e Transportes Ltda. Esta nota fiscal no 2º ITEM, 3º ITEM E 4º ITEM consta na coluna descrição dos produtos, as expressões “Janelas de Almofadas, Basculantes de Almofadas e Seteiras de Almofadas” sem discriminar o comprimento, largura, altura e bitola das janelas, dos basculantes e das seteiras. No espaço destinado ao transportador, consta na coluna de Quantidade, a expressão 650 UNID, na coluna destinada à descrição da espécie de mercadorias, a expressão “MAÇARANDUBA” e na coluna destinada a Marca a expressão “DIV”. Estas mercadorias constantes do primeiro, segundo e terceiro item da nota trata-se de peças fabricadas em MADEIRA MAÇARANDUBA em vários tamanhos, larguras e alturas.

A autuante lançou no seu demonstrativo com a denominação de JANELA ALM/VD/DG ARC 120 X 0,84 a quantidade TOTAL do 2º ITEM, OU SEJA, 100 JANELAS e considerou como medida a unidade (cada), ou seja, de UMA JANELA.

Esta mercadoria foi inventariada em 31/12/2003, com a expressão JANELA MASSARANDUBA, SEM DISCRIMINAR TAMANHO, LARGURA, ALTURA E ESPESSURA E A QUANTIDADE EXPRESSA DE 6.668 M². Portanto com a medida em m² e a autuante fez o levantamento considerando a medida por unidade.

Além do mais, a autuada no exercício de 2004 efetuou saídas destas mercadorias com a venda descritas nas notas de duas formas: Em m² e em unidade. Vide notas fiscais 319(m²), 329(m²), 325(m²), 1910 (unid) e 1911(unid).

Dianete da peculiaridade de comercialização deste produto, não há condição em se transformar um estoque do exercício de 2002 que foi expresso em m², para a medida unidade (CADA) ou m³. Dianite disso, fica comprovado que o levantamento efetuado pela autuante não reflete a realidade das operações não servindo para sustentar o Auto de Infração.

Quanto às mercadorias BASCULANTES DE ALMOFADAS E SETEIRAS DE ALMOFADAS APRESENTA A MESMA DIFICULDADE DE SE FAZER O LEVANTAMENTO.

Todas as notas fiscais de saídas série Única emitidas pela autuada de nº 1600 a 2992 com datas posteriores a 01 de agosto de 2004 não foram recepcionados no sistema SAFA os produtos PORTA MASSARANDUBA, JANELAS MASSARANDUBA, BASCULANTE MASSARANDUBA E SETEIRA MASSARANDUBA nas quais as vendas efetuadas constem como a descrição dos produtos em unidade (CADA). NÃO FORAM LANÇADAS NO DEMONSTRATIVO REALIZADO E APRESENTADO PELA AUTUANTE NO ANEXO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Quando da emissão das notas fiscais de saídas por parte da autuada usamos EXPRESSÕES diferentes das utilizadas pelos fornecedores”.

Diante do exposto, argui que a Portaria 445 de 10 de agosto de 1998, que disciplina o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, e que foi citada pelo autuante no enquadramento desta suposta infração, com relação à apuração de débitos do ICMS mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no seu art. 3º, I, II e III.

Entende que a fiscalização, no tocante ao levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, o autuante deveria proceder como determina a Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998, da Secretaria da Fazenda.

Assegura que o autuante não procedeu de acordo com o que determina a Portaria 445/98, o que comprometeu completamente o seu trabalho de fiscalização não podendo, portanto, servir de base à sustentação do Auto de Infração.

Afirma que, no tocante ao levantamento fiscal realizado pelo autuante, o mesmo cometeu inúmeros erros, enganos, equívocos e falhas que deram lugar a dúvidas e causaram incorreção nos demonstrativos e consequentemente comprometeu o quantun apurado em sua plenitude, dos quais destaca os seguintes:

“a) Falta de lançamento de produtos constantes nas notas fiscais de saídas emitidas no período de agosto a dezembro de 2004 e que constam os produtos Portas, Janelas, Basculantes e Seteiras de Maçaranduba e nas quais a medida foi discriminada nas notas como unidade (CADA). Vide cópia das notas fiscais de nº 1914, 1913, 1912, 1911 e 1909, anexas (POR AMOSTRAGEM) e inúmeras outras que desde já requeremos a esta JJF que seja realizada diligência fiscal pelo autuante ou por preposto fiscal estranho ao feito para que sejam feitas as devidas correções aos demonstrativos apresentados pelo autuante.

b) Falta de lançamento de notas fiscais de entradas. Exercício de 2004 - Deixou de lançar a nota de entrada de nº 113 emitida por Ind. E Com. De Madeiras Jarana Ltda. que se refere à aquisição de Janelas de Aproveitamento Maçaranduba e que os fornecedores usam a esta expressão para os produtos considerados de 2ª Qualidade.

c) Caso idêntico ao citado quando nos referimos às compras de Portas de Almofadas, Janelas de Almofadas, Seteiras de Almofada e Basculantes de Almofadas aconteceram com as notas fiscais nº 2431 de 14/01/2004; nº 2447 de 06/02/2004; nº 0054 de 23/05/2004. ;

d) Assim sendo, senhores julgadores, no presente caso, está patente á inobservância, por parte do autuante, dos dispositivos do ato Normativo citado.”

Afirma que a autuante deve ter realizado o seu levantamento baseado nas informações contidas nos arquivos magnéticos que foram enviados pelo Sistema Sintegra para a Secretaria da Fazenda, apenas para cumprir uma obrigação prevista na Legislação.

Assegura, ainda, que a autuante não efetuou um exame comparativo entre os dados contidos nos arquivos magnéticos com os dados constantes dos documentos fiscais. Mesmo tendo realizado um esforço imenso para que os dados contidos nos documentos de aquisição e de venda das mercadorias constantes na sua documentação fiscal fossem iguais aos contidos nos arquivos magnéticos a ser enviado para a Secretaria da Fazenda, isto não foi possível de ocorrer, por causa da dificuldade em mensurar os produtos em medidas homogêneas e diante do tempo decorrido entre as operações do exercício de 2004 e da data em que foram confeccionados os arquivos.

Conclui que os dados contidos nos arquivos magnéticos não refletem, no que se refere à descrição de produtos e unidades de medidas, a igualdade em comparação com os contidos nos documentos fiscais de maneira que possa haver informações homogêneas.

Afirma que os arquivos magnéticos contêm inconsistências de ordem descritiva das especificações das mercadorias, logo os dados são imprestáveis para que seja realizado levantamento quantitativo por espécie de mercadorias. Os outros dados contidos nos arquivos magnéticos como base de cálculo, CFOP, impostos destacados, CNPJ dos adquirentes e dos emitentes etc., estão corretos.

Alinha que o levantamento efetuado pela autuante não contém elementos suficientes para se determinar com a segurança a quantidade das mercadorias omitidas com descrição homogênea com exatidão e consequentemente fica sem valor legal a base de cálculo e a infração apontada.

Considera comprometido o lançamento com o agravante de a autuante lançar notas com quantidade de produtos incorretos, com lançamentos de produtos com medidas divergentes nas entradas e nas saídas, apurou uma omissão de entradas e também de saídas inexistentes e ainda lançou um valor apurado na base de cálculo totalmente irreal, pois notas fiscais não lançadas referente ao mês de dezembro de 2004 servem de base para calcular o preço médio sobre as entradas ou saídas omitidas no exercício, se por acaso houver.

Consigna que todas as notas fiscais de Entradas e de Saídas citadas nesta defesa estão devidamente lançadas nos livros de Registro de Entradas e Registro de Saídas e estão à disposição da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Entende que o levantamento fiscal não foi feito de acordo com as regras básicas de Contabilidade, fato que faz com que o mesmo não sirva ao fim pretendido pela autoridade fiscal. Com isto, pode-se afirmar que a autuação deve ser julgada nula quanto à infração de Nº 05, posto que foi fruto de procedimento equivocado.

Considera ter trazido a comprovação cabal da base de cálculo utilizada para fins de exigência do tributo.

Alega que os enganos cometidos pelo autuante, nos levantamentos quantitativos por espécie de mercadorias, prejudicou o direito de defesa do Contribuinte, o qual a empresa só terá condições de realizá-la após o autuante ou outro preposto fiscal através de diligência que desde logo requeremos a esta JJF seja realizada, para que seja refeito de modo correto o levantamento da Auditoria de Estoques, nota fiscal por nota fiscal de entradas e de saídas, com as devidas correlações e associações dos produtos, efetuado o lançamento de todas as notas que não foram lançadas e seja retificado o lançamento das notas fiscais que por engano foram registrados com quantidades erradas e com espécie de mercadorias trocadas.

Afirma ter comprovado que quanto a Infração 03, 04 e 05, o autuante cometeu erros, enganos, falhas e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção

esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, desordenada, genérica e que os demonstrativos não apontam a verdade dos fatos, por isso requer que esta JJF julgue Procedente as Infrações nº 01, 02 (já reconhecidas na defesa), Improcedente a Infração nº 04 ou Procedente em Parte com aplicação da multa por penalidade de descumprimento de obrigação acessória de apenas 1 (uma) UPF, ou seja, R\$50,00, Procedente em Parte a Infração 04 e NULA a Infração nº 05.

Requerer que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração nº 299324.9687/08-7, em consonância com as argüições preliminares, visto que a sua constituição esta alicerçada em desacordo com os princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório, bem como pelo fato de não terem sido observadas diversas formalidades de vital importância para existência regular do processo.

Mais do que isto, a autuada pede que, não obstante o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, os julgadores não se esqueçam da determinação do art. 155, parágrafo único, do RPAF.

O autuante, às fls. 560 a 561 dos autos, apresenta a informação fiscal, afirmando, quanto à infração 03, que autuado às fls. 406 e 414 deste PAF requer que esta infração seja julgada improcedente ou procedente em parte com aplicação da multa por penalidade de descumprimento de obrigação acessória.

Assegura existir anexado ao PAF às fls. 15 a 61, demonstrativo e cópia reprográfica de 45 Notas fiscais de entradas emitidas pela empresa autuada, destinadas a mesma empresa e com natureza da operação Devolução de Vendas. Nestas Notas Fiscais nos campos Dados Adicionais e Reservado ao Fisco, afirma o autuante, não foram feitas nenhuma observação quanto ao motivo da suposta devolução. Não existe nenhuma prova de que as mercadorias foram devolvidas. Sem prova da efetiva devolução das mercadorias a empresa não poderia se creditar do ICMS referente às mesmas.

Quanto à infração 04, reconhece que para a Nota Fiscal nº 909 anexa a este PAF na pagina 74 existem duvidas quanto à data de emissão, se ocorreu em 16/02/2005 ou em 16/02/2006, e na dúvida, a autuante entende que o valor dos produtos desta Nota Fiscal não deve entrar na base de cálculo desta infração, portanto o valor de quinhentos e quarenta e dois reais e oitenta e oito centavos deve ser abatido desta infração.

No que se refere à infração 05, afirma que elaborou os demonstrativos com base na documentação e arquivos magnéticos apresentados pela empresa autuada. Afirma que às fls. 347 a 357 deste PAF está anexo o demonstrativo de cálculo das omissões, contendo 261 mercadorias de vários tipos, que tiveram o levantamento quantitativo de estoque efetuado por códigos utilizados e registrados pela empresa autuada. A empresa autuada não utilizou o mesmo código para mercadorias distintas, portanto, além do nome do produto descrito na nota fiscal, também foram considerados os códigos escriturados. Consigna que das 261 mercadorias que tiveram o levantamento quantitativo de estoque efetuado, 152 mercadoria não apresentaram nem omissão de entrada e nem omissão de saídas, sinalizando para o entendimento que os arquivos declarados pelo contribuinte estão corretos.

Alinha que, no mesmo demonstrativo, acima aludido, verificou que 72 mercadorias apresentaram omissão de entradas, porém, o valor desta omissão não entrou na base de cálculo do ICMS por ser inferior ao valor da omissão de saídas.

Aduz que 37 mercadorias apresentaram omissão de saídas, com valor das omissões superiores ao valor da omissão de entradas. Na base de cálculo desta infração entrou apenas os valores das omissões destas 37 mercadorias, conforme pode ser observado no demonstrativo: Infração 04.05.02 – Saídas de mercadorias tributadas maior que a de entrada, anexo na paginas 358 e 359 deste PAF.

Argumenta que na defesa as alegações apresentadas pela empresa nas páginas 407 a 414 deste PAF, são referentes a mercadorias que apresentaram omissão de entradas e não entraram na base de cálculo desta infração, que foi omissão de saídas.

Aduz que, das 37 mercadorias que apresentaram omissão de saídas cujos valores das omissões serviram de base de cálculo para esta infração, o autuado não contestou nenhum lançamento no estoque, anexando prova de equívoco cometido nas informações pela empresa nos arquivos magnéticos.

Conclui que, se o contribuinte cometeu algum equívoco nas informações do arquivo magnético, este equívoco não prejudicou o levantamento quantitativo de estoque, visto que os erros declarados pelo autuado referem-se a mercadorias que apresentaram omissão de entrada. Informa que se encontra anexo a este PAF um CD contendo o arquivo SAFA com o demonstrativo do estoque.

A 2ª JJF, em pauta suplementar, à fl. 566, deliberou que o processo fosse encaminhado ASTEC/CONSEF, para que o diligente, quanto à infração 05, se as possíveis incorreções, apontadas pelo autuado, alteram as quantidades e valores apurados nas omissões de saídas, alvo da presente exigência, bem como caso ocorram modificações, aplicar a Portaria 455/98, indicando quais as alterações introduzidas, além de efetuar novos demonstrativos ajustados.

O diligente, às fls. 469 e 570 dos autos, em seu Parecer número 30/2011, afirma que intimou a autuada em 24/11/2010, à fls. 571/572, nada apresentando quanto às infrações 04 e 05, seguida de novas intimações em 05/01/2011, fls. 594, 11/01/2011, fls. 596, 10/02/2011, fls. 597/599. Assegura que não sendo apresentadas planilhas e os respectivos documentos para demonstrar os erros alegados, prorrogou o prazo para o dia 25/02/2011, momento em que o autuado apresentou manifestação às fls. 601/607, com as mesmas alegações da defesa inicial e cópia do Livro Registro de Inventário 2003, fls. 608/614.

Assegura que, no prazo de 24/11/2011 a 25/02/2011, portanto, 92 dias, nada foi apresentado pelo autuado que comprovasse as alegações da defesa.

Afirma que o livro Registro de Inventário apresentado pelo impugnante, fls. 608/614, não corresponde ao livro de inventário juntado ao PAF pelo autuante, fls. 360/3066, pois o estoque total inventariado em 31/12/2003, de R\$85.326,12, fls. 366x612, está correto, porém as mercadorias e quantidades inventariadas não conferem.

Consigna que, quanto aos exemplos apontados na defesa, não puderam ser comprovados, pois para isso são necessários que fossem identificados e demonstrados os erros ocorridos, e informados o fator de conversão destas unidades, para que, pudessem ser comparadas com as quantidades informadas pela autuante e, corrigidas, caso ficasse comprovados os erros.

Afiram que em sua defesa o autuado mesmo confessa, à fl. 605, a necessidade do fator de conversão das unidades, adquiridas com denominações de medidas, tamanhos e bitolas diferentes, sejam convertidas (aplicadas um fator de conversão, de modo que a soma das quantidades, unidades revendidas e estocadas correspondam às quantidades unidades adquiridas. É o procedimento aplicado pela Portaria 445/98.

Afirma, por fim, que nos exemplos apresentados pelo autuado, o mesmo apenas questionou o levantamento do autuante, contudo nada comprovou.

O autuado, às fls. 618 a 630 dos autos, relativa à diligência fiscal realizada pela Auditora Fiscal Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, afirma que não tomou conhecimento até esta data, dos termos da Informação Fiscal produzida pela autuante.

Assegura que a Diligente também não examinou a documentação acostada na defesa original para fazer a confrontação entre o teor do corpo das notas (quantidade, descrição dos produtos e

especialmente a unidade de medida utilizada) e como a autuante teria lançado nos seus Demonstrativos de Entradas e Demonstrativos de Saídas.

Aduz que a autuada apresentou manifestação em 10 de fevereiro de 2011, acompanhada de seis caixas arquivo contendo as notas fiscais de saídas emitidas em 2004 e uma caixa arquivo contendo as notas fiscais de entradas, referente ao exercício de 2004 (Vide cópia da Manifestação anexa a esta nova Manifestação).

Quanto à afirmação da autuante de que nenhum demonstrativo ou planilha e respectivos documentos foram apresentados para comprovar os erros ou equívocos alegados pelo autuado, referentes ao levantamento quantitativo de estoque, e ciente da necessidade de apresentação dos mesmos, o prazo foi, mais uma vez, prorrogado para o dia 25/02/2011, afirma que é inverdade a declaração da Auditora Diligente, pois a Manifestação apresentada se fez acompanhar de todas as notas fiscais de entradas e saídas registradas na escrita fiscal da autuada.

Argumenta que a Auditora Diligente apenas solicitou que a autuada fizesse um levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Consigna que não dispõe do Sistema utilizado pela Secretaria da Fazenda para fazer tal levantamento, a obrigação de fazer é do Fisco, bem como esta JJF determinou que a Auditora Diligente “verifique se as possíveis incorreções, apontadas pelo autuado, alteram as quantidades e valores apurados nas omissões de saídas, alvo da presente defesa.

Entende que a Auditora Diligente, mesmo de posse de toda a documentação não cumpriu o determinado na Diligência.

Em relação às afirmações da diligente de que no dia 25/02/2011, o autuado apresentou Manifestação (fls. 601/607), com as mesmas alegações da defesa e cópia do livro Registro de Inventário de 2003 (fls. 608/614), bem como no prazo de 24/11/2010 a 25/02/2011, ou seja, 92 (noventa e dois) dias de prorrogação de prazo, nada foi apresentado que comprovasse as alegações da defesa, afirma que está comprovado que a Auditora Diligente se recusou a examinar a documentação acostada na defesa original e também a documentação acostada à Manifestação apresentada em 10/02/2011 e também de se pronunciar a respeito dos argumentos contidos nas fls. 03 a 06, letras “a” e “p” da Manifestação apresentada em 25/02/2011. Vide cópia da Manifestação apresentada em 25/02/2011 anexa a esta nova Manifestação.

Para a afirmação da diligente de que “Muito pelo contrário, injustificadamente, o livro Registro de Inventário referente ao exercício de 2003 (fls. 608/614), apresentado pelo autuado, não corresponde ao livro Registro de Inventário de 2003, juntado ao PAF pela autuante (fls. 360/366), o valor total do estoque inventariado em 31/12/2003, de R\$85.326,12 (fl. 366X613) está correto, porém as mercadorias e quantidades inventariadas não conferem”, aduz que o registro de Inventário apresentado de forma diferente é porque houve a conversão de m² em m³ ou de m² em unidade de algumas mercadorias, tanto que o valor total confere com o valor total do inventário anterior.

Ainda quanto à afirmação da diligente de que: “Em relação aos demais exemplos alegados na defesa, não puderam ser comprovados, pois para isso, são necessários que, fossem identificados e demonstrados os erros ocorridos, e informado o fator de conversão destas unidades, para que, pudessem ser comparadas com as quantidades informadas pela autuante e, corrigidas, caso ficassem comprovados os erros”, assegura que, mais uma vez está comprovado que a Auditora Diligente não realizou a diligência na forma solicitada. A mesma teria que analisar nota por nota das entradas e das saídas e junto à assessoria técnica de um Auditor especializado, de preferência com formação em Engenharia ou Matemática e caso necessário solicitar um preposto da empresa que conhecesse os materiais comercializados para acompanhar o levantamento e dirimisse as dúvidas porventura existentes.

Já no que diz respeito à afirmação da diligente de que: “O autuado ao informar em sua defesa que “com tais particularidades no comércio dos produtos derivados da indústria de madeiras as mercadorias são adquiridas com denominações, medidas, tamanhos, bitolas, e também revendidas com denominações, medidas, tamanhos e bitolas diferentes” (fl. 605), ele próprio confessa e reconhece a necessidade do fator de conversão dessas unidades, para que todas as mercadorias adquiridas, com denominações, medidas, tamanhos, bitolas diferentes sejam convertidas (aplicadas um fator de conversão), de modo que, a soma das quantidades/unidades revendidas e estocadas correspondam às quantidades unidades adquiridas. É o procedimento aplicado pela PORT. 445/98.

O autuado, nos seus “exemplos”, apenas questionou o levantamento da autuante, mas nada comprovou.”, consigna que mais uma vez a Auditora está completamente equivocada, pois a Portaria 445 de 10 de agosto de 1998, que disciplina o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, e que foi citada pelo autuante no enquadramento desta suposta infração, com relação à apuração de débitos do ICMS mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no seu art. 3º, I, II e III diz textualmente:

“Art. 3º – A apuração de débitos do ICMS mediante este tipo de auditoria requer os seguintes cuidados”:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar para a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte, para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de “x” quilos, caixas com “x” unidades, metros, litros, etc.;

III – nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item e reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Entende que a obrigação de fazer o agrupamento é do preposto fiscal quando da realização dos trabalhos de fiscalização.

Afirma que, se a autuante tivesse agrupado as mercadorias genericamente como Janelas, Portas, Basculantes e Seteiras e a medida usada fosse unidade (um ou uma) estaria cumprindo a Portaria e não estaria causando tamanha confusão.

Reafirma todo o conteúdo da defesa original, e das manifestações anteriores especialmente a apresentada em 25 de fevereiro de 2011 como abaixo:

“1 - A autuada apresentou defesa contra o Auto de Infração nº 299324.9687/08-7 em 07 de novembro de 2008.

2 - Após apresentação da defesa, nada mais foi informado à autuada pela Secretaria da Fazenda relativa à informação fiscal prestada pelo autuante.

3 - A autuada não recebeu cópia da informação fiscal prestada pelo autuante para que pudesse apresentar sua manifestação, conforme prevê o art. 18 § 1º do RPAF.

4 - A autuada reafirma que o cerne da questão em discussão neste Auto de Infração é o levantamento efetuado pelo autuante de forma incorreta, com mercadorias heterogêneas e sem cumprimento ao que determina a Portaria 445/98 da Secretaria da Fazenda.

5 – Já foi fartamente demonstrado às fls. 24 a 32 da defesa inicial que o levantamento contém erros e não pode ser realizado da maneira como o autuante efetuou, em virtude dos fornecedores de madeiras e seus derivados, discriminarem os seus produtos em m³ (metro cúbico), por unidade ou jogos e as mercadorias serem revendidas pela autuada por unidade ou m².

6 – Solicitamos que seja entregue à autuada, cópia de todos os documentos constantes deste processo, a partir da informação fiscal produzida pelo autuante, sob pena de alegarmos cerceamento do direito de defesa, o que seria caso de julgamento pela nulidade do Auto de Infração.

7 – O contribuinte coloca a disposição do Fisco, as notas fiscais de entradas e as notas fiscais de saídas do exercício de 2004, para que o autuante ou outro preposto fiscal estranho ao feito revise e refaça o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias da forma como que determina o Art. 3º, Incisos I, II e III da Portaria 445/98 excluindo as mercadorias que não houver condições de fazer a associação entre os produtos e as mercadorias que têm uma ou mais descrições e/ou unidades de medidas nas notas fiscais de entradas e que a autuada utiliza outras descrições e/ou unidade de medidas quando da emissão de notas fiscais de saídas.

8 – A diligência solicitada pela 2ª JJF nas fls. 566 determina que o Auditor Diligente:

1. verifique se as possíveis incorreções, apontadas pelo autuado, alteram as quantidades e valores apurados nas omissões de saídas, alvo da presente exigência.
2. caso ocorram modificações nos levantamentos, aplicar o disposto na Portaria 455/98, indicar quais as alterações introduzidas, bem como efetuar novos demonstrativos ajustados do levantamento e um novo demonstrativo de débito da infração.”

Cita os seguintes esclarecimentos para dirimir as dúvidas existentes neste processo:

- a) No exercício de 2003 a autuada era inscrita no Cadastro Estadual da Secretaria da Fazenda como estabelecimento de Empresa de Pequeno Porte.
- b) O Livro de Inventário contendo o estoque de 31 de dezembro de 2003 e que corresponde ao estoque inicial de 2004 foi escriturado na forma manual.
- c) No exercício de 2003 não havia obrigatoriedade de apresentação dos dados constantes do Livro de Inventário em forma de arquivo magnético à Secretaria da Fazenda.
- d) O livro de Inventário referente ao estoque de 31/12/2003 foi escriturado contendo apenas a discriminação das mercadorias, quantidade, unidade e preços de forma genérica e sem atribuição de código de produtos, pois não havia exigência de apresentação dos dados contidos no Livro de Inventário em forma de arquivos magnéticos.
- e) A exigência de apresentação dos dados dos registros de Inventário à Secretaria da Fazenda só passou a vigorar a partir da publicação da Alteração nº 62 do RICMS que acrescentou o § 6º no artigo 686 do referido RICMS com a vigência a partir de 15/02/2005 (Decreto nº 9.332, de 14/02/05. DOE de 15/02/2005).
- f) Os dados lançados pela autuante referente ao estoque inicial em 01/01/2004 e que corresponde ao estoque final de 2003 não correspondem aos dados escriturados no Livro de Inventário. Só a título de exemplo podemos citar a mercadoria Porta Massaranduba, que a autuante lançou como estoque inicial a quantidade de 8.190 m² (utilizou a medida m²) quando no Livro de Inventário (Fls. 3) constam as quantidades de Porta Maçaranduba 2,10 x 0,80 (92 unidades) e Porta Maçaranduba 2,10 x 0,84 (137 unidades) totalizando 229 unidades. A autuante lançou a mercadoria Porta Massaranduba em m² e o Livro de Inventário está escriturado em unidade.

- g) Ainda a titulo de exemplo podemos citar a mercadoria Janela Massaranduba, que a autuante lançou como estoque inicial a quantidade de 6.668 m² (utilizou a medida m²) quando no Livro de Inventário (Fls. 3) constam as quantidades de Janelas Maçaranduba 1,20 x 0,60 (37 unidades), Janelas Maçaranduba 1,20 x 1,00 (222 unidades), Janelas Maçaranduba 1,20 x 1,20 (20 unidades), Janelas Maçaranduba 1,20 x 1,40 (4 unidades), Janelas Maçaranduba 1,20 x 1,60 (42 unidades) Janelas Maçaranduba 1,20 x 0,84 (80 unidades), totalizando 405 Janelas. A autuante lançou a mercadoria Janela Massaranduba em m² e o Livro de Inventário está escriturado em unidade.
- h) Ainda a titulo de exemplo podemos citar a mercadoria Seteira Massaranduba, que a autuante lançou como estoque inicial a quantidade de 3.690 m² (utilizou a medida m²) quando no Livro de Inventário (Fls. 3) constam as quantidades de Seteira Maçaranduba 1,20 x 0,30 (218 unidades), Seteira Maçaranduba 1,20 x 0,40 (57 unidades), totalizando 275 Seteiras. A autuante lançou a mercadoria Seteira Massaranduba em m² e o Livro de Inventário está escriturado em unidade.
- i) Ainda a titulo de exemplo podemos citar a mercadoria Esquadria Massaranduba, que a autuante lançou como estoque inicial a quantidade de 19.291 m² (utilizou a medida m²) quando no Livro de Inventário (Fls. 3) não existe estoque.
- j) Ainda a titulo de exemplo podemos citar a mercadoria Basculante Massaranduba, que a autuante lançou como estoque inicial a quantidade de 1.122 m² (utilizou a medida m²) quando no Livro de Inventário (Fls. 3) não existe estoque.
- k) Os fornecedores das mercadorias acima citadas, como Portas, Janelas, Seteiras e Esquadrias no exercício de 2004 discriminavam as mercadorias com quantidades e denominações genéricas como Portas de Almofadas, Janelas de Almofadas, Seteiras de Almofadas e Basculantes de Almofadas sem discriminar no corpo das notas a quantidade de cada tamanho e/ou medida das portas. Vide notas fiscais 2431, 2447, 2448 emitidas por Esquadrias Floresta Ind. Com. e Transportes Ltda. em que o fornecedor declara que está vendendo 200 portas de almofadas, mas não declara a medida de tais portas, se é porta de 2,10 ou 2,20 ou 2,30 de altura, também não cita a largura: é de 0,60?, 0,70?, 0,84?, etc. ou se é de uma banda ou duas bandas.
- l) Idêntico procedimento teve os fornecedores Transafes com a nota fiscal 0069 emitida em 10/02/2004, Madeireira Letícia com a nota fiscal 070 emitida em 26/02/2004, Miguel Brito de Ataíde com a nota fiscal 0228 emitida em 07/05/2004, Esquadrias Novo Horizonte com a nota fiscal 00524 emitida em 23/05/2004, nota fiscal 0066 emitida em 04/09/2004, nota fiscal 0075 emitida em 20/09/2004, C.E. dos Santos Lameira com a nota fiscal 0075 emitida em 09/06/2004, Ipê Madeiras Ltda. com a nota fiscal 0818 emitida em 17/06/2004, nota fiscal 0924 emitida em 10/08/2004, Dupará Madeiras com a nota fiscal 348 emitida em 22/07/2004, Madeireira Cascavel com a nota fiscal 1198 emitida em 06/08/2004, nota fiscal 1273 emitida em 02/09/2004, nota fiscal 1346 emitida em 19/09/2004 e inúmeras outras notas fiscais recebidas pela autuada em 2004.
- m) Com tais particularidades no comércio dos produtos derivados da indústria madeireira, as mercadorias são adquiridas com denominações, medidas, tamanhos, bitolas diferentes e também revendidas com denominações, medidas, tamanhos e bitolas diferentes.
- n) No exercício de 2004 as mercadorias, por vezes foram adquiridas por unidades e revendidas com a discriminação nas notas fiscais de saídas em m², assim como as notas fiscais de devoluções efetuadas por clientes que receberam as mercadorias constando como medida m² foi dada entradas pela autuante em unidade de m². Este fato dificulta a realização de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias.

- o) A nota fiscal de nº 75 emitida por Esquadrias Novo Horizonte em 20/09/2004 e registrada pela autuante em 01/10/2004 consta a quantidade de 150 portas de almofada, 100 janelas de almofada e 100 seteiras de almofada e a autuante lançou no seu demonstrativo 140 janelas de almofada VD/DG ARC 1,20x0,84 com o código 0546610 e 10 janelas almofada VD/DG ARC 1,20x1,20 Produto 0546611 o que comprova a inexatidão do levantamento pois o lançamento está a maior em 50 unidades.*
- p) A nota fiscal 2446 emitida por Esquadrias Floresta em 27/01/2004 consta quantidade de 200 unidades de Porta de Almofadas. A autuante lançou no seu demonstrativo de entradas na mercadoria 0562518 Porta Almofada VD/DG 1B ARC 2,30 x 0,84 a quantidade de 200 unidades. Pergunta-se? Qual o critério que a autuante usou para classificar a entrada destas portas com tal descrição, já que na nota fiscal de entradas não tem a descrição pormenorizada do produto?*

Diante de todo o exposto, segundo o contribuinte, está caracterizado que o levantamento tem erros, enganos, incorreções e não foi realizado com os devidos cuidados de que recomenda o Art. 3º Incisos I, II e III da Portaria 445/98 que recomenda aos prepostos do fisco que faça o agrupamento de cada item num mesmo item quando tratar-se de mercadorias afins e que no caso neste processo é impossível fazer tal agrupamento, pois as mercadorias foram adquiridas em diversas unidades de medida e revendidas em outras unidades de medida.

A autuada solicita a esta JJF o julgamento pela nulidade da Infração 05 por estar fartamente comprovado que o procedimento fiscal não atendeu ao devido processo legal (a autuante não cumpriu o que determina a Portaria 445/98) e o processo não contém elementos suficientes para determinar, com precisão a infração e com segurança a determinação da base de cálculo utilizada na apuração dos valores constantes do Auto de Infração.

A autuante, às fls. 633 dos autos, toma ciência do parecer da ASTEC/CONSEF, não mais se manifestado.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de 05 infrações por descumprimento de obrigação acessória e principal, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, preliminarmente, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal, com indicação no Auto de Infração dos dispositivos RICMS/BA infringidos e os dispositivos das multas aplicadas constantes da Lei 7014/96, são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos (campo do Auto de Infração “Descrição dos Fatos”) que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, diferente do alegado, haja vista que obteve as peças necessárias a sua defesa, ou seja, todos os demonstrativos detalhados das infrações, com a indicação dos cálculos efetuados, e fontes, permitindo a clara compreensão das informações por ele produzidas, fato comprovado com o amplo conhecimento do autuado demonstrado em suas arguições de mérito, atendendo a todos os requisitos do art. 39 do RPAF/BA, bem como lhe foi oferecido, através de diligencia, a oportunidade de apresentar os dados que alegou estarem inconsistentes ou incorretos ou em desacordo com a Portaria 445/98 (infração 05), além de obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, não havendo, assim, violação aos princípios da verdade material, da inquisitoriedade e da tipicidade cerrada, conforme afirmou o autuado, ou qualquer outro

princípio aplicável ao processo administrativo em questão, não cabendo identidade, por conseguinte, com as decisões dos órgãos julgadores trazidos pelo impugnante.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de outras diligências ou perícias, além da já efetuada, na medida em que a diligência solicitada por essa JJF, com base nas argüições do autuado, não fora por ele atendida para dirimir as questões levantadas, conforme será, adiante, melhor detalhado.

Verifico que o autuado, em sua defesa, reconhece a procedência das infrações 01 e 02, que ora considero mantidas, tendo em vista que foram imputadas em obediência à Legislação Tributária Estadual.

Quanto à análise do mérito da infração 03, argumenta o autuado que as mercadorias em questão foram efetivamente devolvidas e quanto aos detalhes constantes do § 1º do art. 654 são procedimentos que, por vezes, não são efetuados por motivo da falta de informação ao motorista responsável pelo carreto e pela entrega, que na maioria das vezes não tem condição intelectual para interpretar a legislação. Afirma que os motoristas, na maioria dos casos são empregados que não tem nem o curso primário completo das escolas. Entende que houve apenas descumprimento de aposição nas notas fiscais de alguns detalhes previstos no §1º do artigo 654 do RICMS.

Foram relacionadas e anexadas pelo autuante 45 Notas fiscais de entradas emitidas pela empresa autuada, destinadas a mesma empresa e com natureza da operação “Devolução de Vendas”. Nestas Notas Fiscais nos campos “Dados Adicionais e Reservado ao Fisco”, realmente não contas, na forma do §1º do art. 654, as informações necessárias para demonstrar as alegações do autuado.

O próprio autuado, em sua impugnação, reconhece que houve descumprimento de aposição nas notas fiscais de “*alguns detalhes previstos no §1º do artigo 654 DO RICMS.*”

Ocorre que o aludido § 1º do art. 654 do RICMS/BA determina que, nas devoluções em lume, “*O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria Nota Fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadoria fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível, ou outro qualquer, devendo a mencionada observação ser feita, sempre que possível, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", ou, não havendo espaço suficiente, no quadro "Dados do Produto".*”

As devoluções, especialmente, quando as mercadorias não ingressam nos estabelecimentos destinatários, por serem de difícil apuração, o Estado se cercou de obrigações acessórias indispensáveis, sem as quais resultam na fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Assim, diante do não atendimento de tais obrigações, reconhecidas pelo próprio autuado, bem como sem provas contundentes trazidas pelo impugnante, não considero demonstrado que as devoluções efetivamente ocorreram. Não poderia o autuado, assim, se creditar do ICMS referente às mesmas.

Diante do exposto, fica mantida a exigência relativa à infração 03.

No que diz respeito à infração 04, alega o autuado que reconhece a infração referente aos meses de outubro de 2004, janeiro de 2005, março a junho de 2005, outubro e novembro de 2005. Quanto ao mês de fevereiro de 2005, entende que houve um engano da autuante quanto à data da Nota Fiscal de nº 0909. Afirma que o emitente apôs a data de 16/02/2005, quando a data correta é de

16/02/2006. O autuante, corretamente relator, reconhece que para a Nota Fiscal nº 909 anexa à fl. 74 doa autos, existem dúvidas quanto à data de emissão, se ocorreu em 16/02/2005 ou em 16/02/2006, e na dúvida, o valor dos produtos desta Nota Fiscal não deve entrar na base de cálculo desta infração, portanto o valor de R\$542,88 deve ser abatido desta infração, que passa a exigir no exercício de 2004, o mesmo valor original, ou seja, R\$ 208,15 e quanto ao exercício de 2005, com a aludida redução, passa para R\$6.590,67. Assim, o total da infração 04 passou a ser R\$6.798,82.

Quanto à infração 05, cabe, de logo alinhar, que as argüições trazidas pelo autuado quanto às incorreções, inconsistências ou inadequações relativas à Portaria 445/98, a exemplo de nomenclatura de mercadorias de entradas distintas das de saídas ou necessidade de efetuar o levantamento por gênero e não por espécie ou até mesmo quanto às questões inerentes às unidades de medidas, bem como outros exemplos e argüições trazidas, concernentes ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, foram alvo de diligencia para que o impugnante apresentasse as provas necessárias de tais argüições, contudo, conforme relata o diligente da ASTEC/CONSEF, destacado para tanto, às fls. 469 e 570 dos autos, em seu parecer número 30/2011, com ciência do autuado, à fl. 633, afirma que intimou a autuada em 24/11/2010, à fls. 571/572, nada apresentando quanto às infrações 04 e 05, seguida de novas intimações em 05/01/2011, fls. 594, 11/01/2011, fls. 596, 10/02/2011, fls. 597/599. Assegura que não sendo apresentadas planilhas e os respectivos documentos para demonstrar os erros alegados, prorrogou o prazo para o dia 25/02/2011, momento em que o autuado apresentou manifestação às fls. 601/607, com as mesmas alegações da defesa inicial e cópia dos livros Registro de Inventário 2003, fls. 608/614.

Assim, verifico que, no prazo de 24/11/2011 a 25/02/2011, portanto, 92 dias, nada foi apresentado pelo autuado ao diligente, que comprovasse as alegações da defesa, destacando o fato, apontado pelo diligente, que o livro de inventário apresentado pelo impugnante, fls. 608/614, não corresponde ao livro de inventário juntado ao PAF pelo autuante, fls. 360/3066, pois o estoque total inventariado em 31/12/2003, de R\$85.326,12, fls. 366/612, está correto, porém as mercadorias e quantidades inventariadas não conferem, cabendo a manutenção das informações constantes do inventário anexado pelo autuante.

Em consonância com o diligente considero que, “*quanto aos exemplos apontados na defesa, não puderam ser comprovados, pois para isso são necessários que fossem identificados e demonstrados os erros ocorridos, e informados o fator de conversão destas unidades, para que, pudessem ser comparadas com as quantidades informadas pela autuante e, corrigidas, caso ficassem comprovados os erros*”. Acrescentando o fato de que caberia a apresentação de todos os elementos necessários para a sustentação das argüições elaboradas pelo autuado o que efetivamente não ocorreu, bem como não foi provada à entrega dos documentos fiscais ao diligente; que foi solicitado ao impugnante que elaborasse um novo levantamento quantitativo; que o diligente se furtou de analisar os documentos apresentados pelo impugnante ou mesmo que era necessária a realização do agrupamento de espécies de mercadorias.

O certo é que as dúvidas suscitadas pela defesa, inclusive, na sua manifestação após a diligência, poderiam ser dirimidas pelo autuado, pois foram alvo de investigação por parte da 2ª JJF, quando determinou a ASTEC/CONSEF a apuração das possíveis irregularidades apontadas no levantamento quantitativo, cujas primeiras intimações não foram atendidas pelo autuado, e a última atendida parcialmente, evidenciando o seu desinteresse em esclarecer ou mesmo provar suas alegações.

Cabe destacar, conforme alinha o autuante, que, das 261 mercadorias que tiveram o levantamento quantitativo de estoque efetuado, 152 mercadorias não apresentaram nem omissão de entrada e nem omissão de saídas, permitindo a conclusão de que não cabem as afirmações do autuado de que seus arquivos magnéticos “*são imprestáveis para que seja realizado levantamento quantitativo por espécie de mercadorias*”.

Não há qualquer dispositivo legal ou regulamentar que dispense o impugnante de efetuar a identificação correta dos produtos derivados da Indústria Madeireira quando esta na condição de empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, pelo fato de não está obrigada a escriturar livros fiscais, até porque estava obrigada a escriturar o inventário, conforme art. 408-C, VI do RICMS/BA, vigente à época.

Constatou que na infração 05 o autuante apurou, num mesmo exercício, diferenças tanto as omissões de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas inferior ao das saídas, devendo ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das saídas não declaradas.

Avalio, por conseguinte, que o autuante atendeu ao previsto na Portaria 445/98, bem como o autuado não comprova as argüições trazidas aos autos, alvo, como já alinhado, de diligencia para tanto, cabendo a manutenção da presente exigência relativa à infração 05.

Diante do exposto, considero Procedente em Parte o Auto de Infração, cabendo a subsistência parcial apenas em relação à infração 04 que passa a exigir o ICMS no valor de R\$6.798,82 (R\$208,18 ocorrência de 30/10/2004 e R\$6.590,67 ocorrência de 30/11/2005), restando mantidas integralmente as infrações 01, 02, 03 e 05, reduzindo, assim, o total reclamado no Auto de Infração para R\$76.416,28.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299324.9687/08-7**, lavrado contra **BAHIA DISTRIBUIDORA DE MADEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.617,46**, acrescido das multas 60% sobre R\$8.255,96, de 70% sobre R\$58.238,49 e de 150% sobre R\$3.123,01, previstas no art. 42, incisos III, V, “b”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.798,82**, prevista no inciso X do art. 42 do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADORA