

A. I. N° - 299333.0012/15-9
AUTUADO - PLASCHIO PLÁSTICO CHIACCHIO LTDA.
AUTUANTE - ALAN ROBERTO DIAS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/03/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-03/16

EMENTA: ICMS. 1 OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais relativas às devoluções comprovadas. Infração parcialmente subsistente 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Reduzida multa para 1%, consoante alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea “c”, inciso II do art.106 do CTN. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infrações caracterizadas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. Erro no cálculo do preço médio, por não incluir todos os elementos que integram o produto objeto do levantamento quantitativo de estoques ocasionando falta de certeza e liquidez do lançamento. Infração Nula. Indeferido pedido de diligência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/05/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$140.118,35, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **02.01.03**. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e março de 2012. Exigido o valor de R\$16.395,37, acrescido da multa de 60%. Consta como complemento que “O contribuinte emitiu notas fiscais de vendas em consignação, CFOP 6917, sem o destaque do imposto, e sem as formalidades previstas no art. 409-A do RICMS DECRETO N° 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997. Por se tratar de produtos acabados do portfólio do contribuinte, e que não tem por finalidade a integração ou consumo em processo industrial, as mesmas foram consideradas como venda.”;

Infração 02 - **16.01.02**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$4.524,63;

Infração 03 - **16.01.01**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, abril, junho a dezembro de 2012. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$5.069,35;

Infração 04 - **04.05.04.** Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012. Exigido o valor de R\$114.129,00, acrescido da multa de 100%.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 518, apresenta impugnação às fls. 522 a 531. Comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz os itens da autuação fiscal.

Registra que na infração 01, é imputada a emissão de notas fiscais de venda em consignação sem destacar o imposto e sem obedecer às finalidades previstas no art. 409-A do RICMS-BA/97, cobrando o ICMS incidente sobre o valor das notas fiscais elencadas no demonstrativo constante do anexo I.

Revela que o Autuante desconsiderou a ocorrência de devolução de uma série de mercadorias encaminhadas em consignação à sociedade Girocamp Descartáveis Ltda. Informa que tais mercadorias encontram-se consubstanciadas nas Notas Fiscais de números 049.251, 053.053, 061.026, 061.037 e 073.045.

Assevera que as citadas devoluções invalidam a cobrança do tributo nos moldes pretendidos pela fiscalização, ao retirar a liquidez e certeza do crédito, fazendo-se imperioso o julgamento da improcedência desta infração.

Destaca que a apuração das citadas devoluções poderá ocorrer em futura diligência, que desde já se requer, quando o Autuante deverá realizar uma análise global das mercadorias encaminhadas e devolvidas, refazendo as planilhas por ele apresentadas.

Quanto às infrações 02 e 03, que exige multa pela entrada de mercadorias não tributáveis e tributáveis, respectivamente, sem o registro na escrita fiscal, revela que diversas notas fiscais incluídas pelo autuante em seus demonstrativos foram devidamente registradas, conforme planilha que colaciona às fls. 525 e 526, que contém, além do número das Notas Fiscais [6786, 20468 80818, 18977, 34282, 14634, 55843, 55843, 30, 31, 32, 33, 91710, 63494, 3414, 4749, 2955, 38172, 47236, 18644, 57494, 87, 88, 8599, 31765, 31766, 1157743, 369711], as respectivas datas de lançamento no livro.

Afirma que a verificação do registro das citadas notas poderá ser apurada em futura diligência, quando será comprovada a ausência de certeza e a liquidez do crédito cobrado por ocasião das infrações em comento.

Ao cuidar da infração 04, observa que a apuração das entradas não contabilizadas foi realizada a partir de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, cujo roteiro, descrito pelo Autuante, resume-se nos seguintes termos:

01. Conferência e todas as Notas Fiscais do livro registro de entradas relativo ao CFOP 1101, com exceção das entradas relativas a caixas de papelão;
02. Conferência de todas as notas de entradas de poliestireno e polipropileno, verificando o seu lançamento no livro registro de entradas;
03. Consideração das devoluções de vendas do estabelecimento dentro e fora do estado (CFOPS 1201 e 2201) constantes do Livro Registro de Entrada do contribuinte;
04. Nas saídas, considerou-se o peso líquido das notas fiscais, posto que, segundo o Autuante, *“conforme confirmação do contribuinte, o peso líquido das notas fiscais de saídas, correspondem efetivamente ao peso líquido de saída dos efetivos produtos”*.

Frisa que a presença de vícios no citado indica que o autuante não considerou no cômputo das entradas as notas fiscais não registradas pela contribuinte, o que, *de per si*, interferiria na apuração da suposta omissão de entradas pelo autuante.

Acrescenta destacando que, ao contrário do que alega a fiscalização, jamais confirmou que o peso líquido das notas fiscais de saídas correspondem efetivamente ao peso líquido das saídas dos efetivos produtos. Isso porque, o que ocorreu foi justamente o contrário: em razão de um equívoco em seu sistema interno, as notas fiscais de saída registraram peso maior do que o das mercadorias efetivamente constantes das operações.

Registra que ao se utilizar da informação das notas fiscais, sem realizar a pesagem das mercadorias, o autuante, considerando a ocorrência saídas com notas fiscais superiores às saídas reais, concluiu que teria havido omissão de entradas.

Diz que para apurar a verdade real, faz-se necessário que o autuante, em diligência que desde já se requer, dirija-se às suas instalações e realize a pesagem das mercadorias, comparando, para a mesma quantidade e espécie de produtos acabados, o peso encontrado com os constantes das notas fiscais de saída consideradas em seus demonstrativos.

Ressalta que o peso atual dos produtos é o mesmo peso dos produtos produzidos à época, haja vista que, desde 2010, uma vez vem seguindo a norma da ABNT NBR 14865 na produção de seus copos plásticos, em razão da Portaria Inmetro nº 453 que tornou compulsória, no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação de Conformidade - SBAC, a certificação para copos plásticos descartáveis.

Afirma que para comprovar sua alegação, acosta a contribuinte questionário de avaliação preliminar que demonstra as tratativas empreendidas junto à Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT para a prestação de serviços de auditoria que teria por objeto verificar a conformidade dos copos plásticos descartáveis com a norma técnica em comento.

Assevera que a verificação, em diligência, de que o peso dos produtos acabados da mesma espécie é inferior aos constantes das notas fiscais apreciadas pelo autuante, ratificará a informação atinente às saídas reais e afastará a presunção relativa da ocorrência de omissão de entradas, levando ao julgamento da total improcedência desse item da autuação.

Pondera que além da situação acima apontada que levará, *de per si*, ao julgamento da improcedência da infração 04, verifica-se, ainda nesta infração, que o autuante não observou o critério da proporcionalidade na determinação da alíquota do tributo.

Observa, o auditor fiscal autuante aplicou indistintamente a todas as saídas supostamente omitidas a alíquota de 17%, sem atentar a ocorrência de uma série de operações envolvendo mercadorias tributadas a 12% constantes dos demonstrativos de notas fiscais de saída do período de 01/01/2011 a 31/12/2011 acostados ao processo administrativo fiscal.

Afirma que a obrigação da utilização do critério da proporcionalidade, para o arbitramento da alíquota de ICMS encontra-se estampada no §2º, do art. 22 da Lei nº 7.014/96 e na Instrução Normativa nº 56/07 da SAT –SEFAZ, fl. 558 a 560.

Arremata frisando que em atenção ao expendido, conclui-se pela nulidade da cobrança perpetrada pela fiscalização, fazendo-se imperiosa, em futura diligência, que seja refeito o cálculo, considerando-se o critério da proporcionalidade para a aplicação das alíquotas de 12% e 17% nas operações de saída omitidas.

Pugna pelo funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Requer realização de diligência fiscal, para: a) em relação à infração 01, a realização de uma análise global das mercadorias vendidas em consignação excluindo todas as que foram devolvidas, refazendo-se o demonstrativo; b) em relação às infrações 02 e 03: exclusão das notas fiscais registradas pela Impugnante dos demonstrativos; c) em relação à infração 04: pesagem dos produtos fabricados pela Impugnante, comparando, para a mesma quantidade e espécie de produtos acabados, o peso encontrado com os constantes das notas fiscais de saída consideradas

nos demonstrativos; consideração das notas fiscais não registradas, para a realização do cálculo do estoque inicial; e refazimento do cálculo do tributo supostamente devido, considerando-se o critério da proporcionalidade para a aplicação das alíquotas de 12% e 17% nas operações de saída supostamente omitidas.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 547 a 561, salientando inicialmente que toda a fiscalização foi feita com uma interação constante com o contribuinte, inclusive dando ao mesmo a oportunidade de apresentar documentos e esclarecer fatos que pudessem vir a se tornar um contencioso sem necessidade. Informa que foram feitas algumas visitas a empresa para esclarecimento, bem como maior intimidade com o processo, bem como o comparecimento do contador a Inspetoria fiscal, para que todos os fatos apurados estivessem rigorosamente de acordo com a realidade dos mesmos.

No tocante à infração 01, depois de reproduzir o teor do art. 409-A do RICMS-BA/97, apresenta cópia de consulta ao SINTEGRA com as informações a cerca da empresa - GIROCAMP - DESCARTAVEIS LTDA., destinatária das remessas. Observa que se trata de uma empresa atacadista de vendas de embalagens.

Frisa que o contribuinte alega que as notas citadas pelo mesmo na sua defesa, e que ele não anexou para dificultar o esclarecimento da infração, seriam de notas de devolução quer elucidariam esta infração. Informa que localizou as referidas notas e tece comentários específicos a cada uma delas.

Nota Fiscal nº 53.053 de 08/05/2012, fl. 562. Menciona que esta nota fiscal, além de não obedecer as formalidades descritas, pois não faz referência a nenhuma nota fiscal de remessa, possui valores tão elevados, que o somatório de todas as notas constantes do auto de infração, relativas a esta infração, são inferiores ao valor desta nota, portanto, não se pode estabelecer qualquer relação entre esta e aquelas, visto que o valor máximo total de uma nota de devolução não poderia ser superior ao somatório daquelas descritas no campo de observação, além de nada constar sobre número de notas de remessa.

Nota Fiscal nº 61.026 de 02/08/2012, fl. 563. Registra que também nesta nota não consta nas informações complementares, a que nota fiscal se refere esta devolução. Cita que entre outros indícios de que esta nota não possui relação com as notas consideradas, estar o fato da mesma possuir 18 itens, e nenhuma considerada possui esta quantidade de itens. Relata que entre os produtos devolvidos, itens como potes e pratos de 15, 18 e 21 centímetros, que não constam em qualquer das notas consideradas no levantamento.

Nota Fiscal nº 73.045 de 19/12/2012, fl. 564. Diz trata-se de uma nota de devolução de mercadorias, CFOP 6202, segundo comentário nas observações complementares, por se tratar de uma mercadoria com defeito.

Nota Fiscal nº 61.037 de 01/08/2012, fl. 565. Afirma que está na mesma situação da Nota Fiscal nº 73.045 acima, pois trata-se de devolução de mercadoria CFOP 6202, referente a notas diversas conforme informações complementares.

Nota Fiscal nº 49.251 de 7/05/2012, fl. 566. Revela que apesar de ter apresentado ao contribuinte os demonstrativos, o mesmo não apresentou qualquer nota fiscal referente a devoluções, e esta nota fiscal é a única se encaixa nesta situação. Trazendo nas observações a Nota Fiscal de remessa nº 13.922.

Informa que colaciona à fl. 567 planilha refeita excluindo a Nota Fiscal nº 13.922 do demonstrativo de débito.

Conclui arrematando que o valor da infração passa de R\$16.395,37, para R\$10.036,99.

Ao tratar das infrações 02 e 03, salienta que o contribuinte é obrigado a apresentar o SPED fiscal desde janeiro de 2012, como pode ser observado à fl. 568, extraído do sítio da Receita Federal do Brasil. Portanto o mesmo não mais escritura livros fiscais de entradas de forma física.

Informa que foi anexado um CD, em envelope, fl. 514, os arquivos SPED do contribuinte, que serviram de base a confecção das planilhas relativas ao infrações 02 e 03.

Frisa que - diferentemente do contribuinte, que cita notas sem anexá-las, nem tão pouco colocando qualquer evidência sobre as afirmações colocadas - anexa aos autos a cópia do livro de entradas, obtida através do sistema SPED EFD ICMS IPI, da Receita Federal, onde os livros são gerados a partir do SPED do contribuinte, como meramente informativa, visto que o contribuinte de posse dos SPED fiscal teria total acesso a estas informações, fls. 569 a 661.

Assevera que pelos livros de entradas gerados podemos atestar que nenhuma das notas elencadas pelo contribuinte, constante da tabela com numeração e data de lançamento constantes às fls. 525 e 526, encontram-se escrituradas.

Sustenta que este procedimento é apenas para tornar mais claro que a lista colocada sob suspeição, fls. 525 e 526, de que as notas ali colocadas estariam registradas, são totalmente falsas. Nenhuma das notas ali relacionadas estão no livro de entrada do contribuinte, oriundo do seu SPED fiscal, demonstrando total improcedência das afirmações.

Para não deixar nada sem resposta, todas as informações colocadas na defesa, fl. 526, o contribuinte coloca quatro notas fiscais que não possuem nexos com as infrações 02 e 03, visto que, como consta no cabeçalho, se tratam de notas de retorno de consignação.

Analisa cada uma das notas fiscais.

Nota Fiscal nº 61275 de 05/08/2012 - registrada no livro Registro de Entrada do contribuinte, sem chave de acesso nem contemplada nos demonstrativos destas infrações. Portanto não entendi a razão da mesma estar citada aqui.

Nota Fiscal nº 61253 de 06/08/2012 - registrada no livro Registro de Entrada do contribuinte, trata-se de uma devolução, sem chave de acesso nem contemplada nos demonstrativos destas infrações. Portanto também não entendi a razão da mesma estar citada aqui.

Nota Fiscal nº 64043 de 11/09/2012 - registrada no livro Registro de Entrada do contribuinte, trata-se de uma devolução, sem chave de acesso nem contemplada nos demonstrativos destas infrações. Portanto também não entendi a razão da mesma estar citada aqui.

Nota Fiscal nº 53053 de 07/05/2012. - não registrada no livro Registro de Entrada do contribuinte, e portanto faz parte dos demonstrativos destas infrações.

Conclui pugnando pela procedência das infrações 02 e 03.

Em relação à infração 04, diz ser importante salientar, que por se tratar de um levantamento de estoque em uma indústria, todo o cuidado e zelo foi tomado para que o levantamento tivesse como base a verdade material dos fatos, e em caso de eventuais dúvidas, sempre foi considerado mais favorável ao contribuinte.

Destaca que, em função disto, o trabalho se deu de forma interativa com o contador, bem como o corpo técnico da empresa, com diversas interações, na inspetoria fiscal, via e-mail e através de visitas às instalações industriais.

Afirma que na realização do levantamento de estoque a primeira providência adotada foi uma visita às instalações da empresa, acompanhado do Sr Manoel e um supervisor de operação. Destaca que nesta visita teve a oportunidade de observar que o processo se constitui basicamente de algumas máquinas onde as matérias primas poliestireno e polipropileno, em pellets ou filmes, são aquecidas para proporcionar a extrusão no produto desejado, copos ou pratos.

Destaca que as partes não utilizadas são novamente aquecidas e voltam ao processo produtivo, de modo que as perdas envolvidas são mínimas, estimadas em 2%.

Informa que ao se reunir com o contador e buscando uma estratégia de elaboração do levantamento quantitativo, ele se afirmou que todo o seu balanço material de saída era feito pelo peso líquido das notas emitidas, o que era óbvio, pois, o peso líquido destacado no documento fiscal representa exatamente o peso da mercadoria, e principalmente neste caso onde existem apenas duas matérias primas que são usadas concomitantemente, dependendo apenas da disponibilidade de fornecedores e preço de ocasião. Prossegue destacando que seguiu por este caminho, visto que o contribuinte havia se mostrado diversas notas com os respectivos pesos líquidos destacados.

Explica que começou usando o sistema SIAF, para obter os campos das notas onde haviam os pesos líquidos, e para surpresa verificou que no desenvolvimento do sistema, não foi contemplada esta rotina.

Observa que depois de diversas conversas e ingerências, verificou que uma alteração de versão seria demorada e retardaria em demasiado o trabalho. Esclarece que buscando uma nova alternativa, fez um levantamento de todos os produtos produzidos pelo contribuinte no ano de 2011, e intimou o contribuinte a apresentar o peso de cada uma das embalagens, com os pesos brutos e líquidos, conforme intimação à fl. 09 e cuja resposta encontra-se à fl. 11. Prossegue observando que a partir deste momento, começou um trabalho árduo de transformar todas as notas por itens de saídas, e posteriormente fazer uma digitação dos valores passados pelo contribuinte constantes à fl. 11, para chegar ao volume final comercializado.

Observa que sempre com um espírito de parceria e busca da verdade, voltei ao parque fabril, para discutir com o contador e o diretor de operações, os valores encontrados, tendo inclusive neste momento feito a pesagem de alguns copos em uma balança para atestar a validação de algumas unidades.

Registra que após deixar o demonstrativo com o contribuinte, para apreciar eventuais falhas que pudessem ser sanadas, e neste levantamento já apresentava diferenças a serem cobradas pela metodologia utilizada com base nos valores informados pelo próprio contribuinte, os mesmos argumentaram que a tabela fornecida não corresponderia mais as normas vigentes da ABNT. Diz que solicitou ao contribuinte, a referida norma atualizada, para eventuais correções, e a mesma nunca foi apresentada. Revela que esta norma não foi apresentada, quando solicitada, pelo simples fato de que a norma vigente era exatamente aquela com a qual eu havia trabalhado com o estoque de 2011, pois a norma esta em vigência desde 2010. Explica que se a portaria era válida desde 2010, e o levantamento foi feito em 2011, esta argumentação perde todo o sentido.

Informa que conseguiu fazer aparecer o peso líquido das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, através da atualização de um programa chamado PRODIF. Neste sentido retomou a realização do roteiro de estoque através do balanço material dos produtos de entradas e saídas, conforme originalmente planejado. Diz que vez informou a empresa que estava abandonado a metodologia com base em índices, visto que havia conseguido obter os valores dos pesos líquidos pelas notas fiscais emitidas, fato este encarado com naturalidade pelo contador do contribuinte, visto que segundo o mesmo todo o seu controle de estoque era feito exatamente pelas saídas.

Observa que toda e qualquer empresa que quer sobreviver no mercado atualmente, tem que ter um controle dos seus custos, e um balanço onde possa acompanhar as entradas e saídas de suas matérias primas e produtos finais, através de índices que possam acompanhar o desempenho da empresa. Diz que esta consciência foi plenamente observada nos contatos efetuados com o contador e gerentes operacionais.

Quanto à alegação da defesa de que “em razão de um equívoco no sistema interno da Impugnante, as notas fiscais de saída registraram peso maior do que o das mercadorias efetivamente constantes das operações”, faz as seguintes indagações: Quem é o sistema?, como

poderia uma empresa de grande porte conviver com um erro desta natureza, não detectado através dos seus índices de desempenho?, Como poderia a empresa conviver com tais erros “ de sistema” se teria os próprios índices enviados por ele e constantes às fls. 11 e 12 para servirem de parâmetros? Arremata frisando ser evidente que tal argumentação é meramente protelatória.

Ressalta que, em relação a sugestão da defesa para mediante diligência realizar a pesagem das mercadorias, comparando, para a mesma quantidade e espécie de produtos acabados, o peso encontrado com os constantes das notas fiscais de saída consideradas em seus demonstrativos, somente poderia ser acatada, se estivessemos diante de uma fabriqueta de um pequeno contribuinte que tivesse montado uma fábrica sem nenhum suporte na garagem de casa. Afirmo que estamos tratando de uma indústria com alta tecnologia empregada, composta de um quadro de profissionais qualificados e máquinas de extrusão de última geração e pouco intensiva em mão de obra, onde existem diversos mecanismos de controle e pesagem. Diz que tal sugestão não apresenta o menor grau de razoabilidade. Menciona que pela listagem apresentada às fls. 11 e 12, pode-se verificar que a empresa dispõe de cerca de 84 tipos de produtos diferentes, e sugerir uma pesagem por nota, considerando todas as variações possíveis. Afirmo não parecer minimamente razoável essa argumentação de defesa.

Registra que toda a metodologia empregada na confecção do levantamento, foi descrita nas fls. 124 e 125, metodologia explicitada e com todos os demonstrativos anexos. Salienta, mais uma vez, que todas as informações aqui colocadas e anexadas, relativas ao levantamento, foram repassadas ao contribuinte para verificação de inconsistências, em um CD, tendo o mesmo um tempo razoável de análise, sem nenhuma observação que pudesse alterar os dados levantados.

Quanto à alegação da defesa de que não se considerou no cômputo das entradas as notas fiscais não registradas pela contribuinte, o que, de per si, interferiria na apuração da suposta omissão de entradas pelo autuante, afirmo não proceder, uma vez que o levantamento de estoque é relativo ao ano de 2011, e o nobre advogado não atentou que as notas efetivamente não registradas tributadas são referentes ao ano de 2012, portanto sem relação com infração em questão

Observa que a redação apresentada pela defesa fl. 529, relativa ao art. 22 da Lei nº 7.014/96, que reproduz, não estava vigente para o período de apuração da infração em questão, embora isto não seja relevante quanto a interpretação dos fatos.

Sustenta que a apuração efetuada que resultou na exigência fiscal relativa à infração 04 não se trata de arbitramento, visto não de enquadrar em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 22 da Lei nº 7.014/96, bem como ter sido adotada a metodologia disciplinada pela Portaria nº 445/98.

Assevera entender que, no caso concreto, não cabe a aplicação da proporcionalidade prevista no item 1, da IN Nº 56/07, tais circunstâncias de convencimento deverão estar registradas no termo de encerramento de fiscalização, sob pena de não registro do Auto de Infração. Prossegue esclarecendo que esta instrução Normativa fecha o arcabouço jurídico do levantamento quantitativo de estoque, colocando as circunstâncias em seus devidos lugares, não cabendo proporcionalidade por alíquota de 12% ou 17%, como desejaria o contribuinte, mas tão somente em relação ao descrito da IN, fato também claro no desenvolvimento do trabalho, visto que o contribuinte apenas trabalha com mercadorias tributáveis.

Conclui destacando que todas as considerações levantadas pela defesa foram devidamente esclarecidas, pois o trabalho foi desenvolvido de forma conjunta com o corpo técnico da empresa, sempre buscando a verdade material, sendo o resultado financeiro uma consequência do trabalho.

Pugna pela procedência parcial da infração 01, conforme demonstrativo refeito, fl. 567, e a procedência para as demais infrações reduzindo o valor da exigência para R\$133.759,97.

Esta 3ª Junta de Julgamento deliberou converter os autos em diligência, fl. 666, para que fosse dada ciência ao autuado do teor da informação fiscal prestada pelo autuante.

Consta à fls. 669 e 670 a intimação solicitada na diligência, no entanto o autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização da diligência requerida, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas. O sujeito passivo emitiu notas fiscais de vendas em consignação, CFOP 6917, sem o destaque do imposto, e sem as formalidades previstas no art. 409-A do RICMS-BA/97.

O autuado em suas razões de defesa alegou que não foram considerados no levantamento fiscal as devoluções de uma série de mercadorias enviadas em consignação referente às notas fiscais de nºs 49251, 53053, 61026, 61037 e 73045 emitidas pela empresa Girocamp Descartáveis Ltda.

Ao proceder à informação fiscal o autuante colacionou aos autos cópias das notas fiscais elencadas pelo impugnante, fls. 562 a 566, comprovando que somente a Nota Fiscal de nº 49251, efetivamente, corresponde a devolução das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 13.922 que integra o levantamento fiscal. As demais notas fiscais citadas pelo autuado não comprovam as devoluções alegadas pela defesa uma vez que não fazem referência às notas fiscais arroladas no levantamento fiscal conforme expressamente determinado no art. 409 do RICMS-BA.

Constato que o autuante com base na efetiva comprovação da devolução procedera à exclusão no novo levantamento fiscal, elaborado e acostado à fl. 567, da Nota Fiscal de nº 13922 que resultou na diminuição do débito da infração 01 para R\$10.036,99.

Acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 567, e concluo pela subsistência parcial da infração 01, no valor de R\$10.036,99.

As infrações 02 e 03 referem-se a entrada no estabelecimento autuado sem o devido registro na escrita fiscal, respectivamente, de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis, consoante demonstrativos, fls. 20 a 24 e fls. 93 a 95.

Na impugnação, o autuado não contestou a acusação fiscal, apenas indicou uma relação de notas fiscais apontando as datas de lançamento no livro Registro de entradas, fls. 525 e 526.

Ao prestar informação fiscal o autuante sustentou que o levantamento fiscal foi realizado com base no SPED discado contribuinte, conforme CD acostado à fl. 514, e que nenhuma das notas fiscais arroladas pela defesa às fls. 525 e 526, encontram-se escrituradas.

Depois de examinar as peças que compõem esses itens da autuação verifico que assiste razão ao autuante, uma vez que, efetivamente, as referidas notas fiscais não foram registradas.

Saliento que as multas indicadas atinentes a esses dois itens da autuação afiguram-se devidamente expressa nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei 7.014/96.

Em relação à infração 03, saliento que, consoante alteração do inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461 de 10/12/2015, publicada no DOE de 11 dez 2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%, *in verbis*:

“Art. 42.

[...]

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;"

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a disposição prevista na alínea "c", inciso II do art.106 do CTN, entendo ser cabível a aplicação à infração 03 a retroatividade benigna preconizada no referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, na infração 03 deve ser aplicada multa de 1% sobre as notas fiscais que tratam de mercadorias tributáveis, conforme discriminadas no demonstrativo às fls. 72 a 80, remanescendo o débito no montante de **R\$506,93** [3,43 - 03/2012; 46,92 - 04/2012; 109,76 - 06/2012; 8,22 - 07/2012; 107,26 - 08/2012; 1,72 - 09/2012; 34,56 - 10/2012; 115,53 - 11/2012; e 79,22 - 12/2012].

Nestes termos ficam mantidas as infrações 02 e 03, com a retificação da multa em relação à infração 03.

A infração 04 cuida da falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012.

A auditoria de estoques constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

A Portaria 445/98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, orienta que haja 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, bem como na demonstração da apuração do preço médio.

Ao compulsar as peças que compõem a apuração desse item da autuação, verifico que apesar de constar nos demonstrativos de apuração, bem como nas cópias dos Danfes acostados aos autos se referirem ao exercício de 2011, fls. 125 a 513, no Auto de Infração, fl. 02 e no Demonstrativo de Débito, fl. 05, constam a data da ocorrência como sendo 31/12/2012.

Ao examinar o "Demonstrativo do Processo de Produção - 2011", fl. 126, e a demonstração de apuração do preço médio adotado no levantamento, fl. 127, constato também que, apesar de no processo produtivo do autuado serem utilizadas diversas matérias primas, o preço médio foi obtido exclusivamente com o insumo Poliestireno.

Ressalto que a base de cálculo do imposto deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição, não podendo surgir do mero acaso da diferença algébrica de entradas ou saída da mercadoria, alvo da auditoria de estoques. Deve ser demonstrada de forma compreensiva e representar a dimensão material do tributo, pois decorre dos princípios da legalidade e da verdade material que norteiam a norma tributária.

Entendo que a imprecisão na apuração do preço médio, concomitantemente com a divergência entre a data de ocorrência consignada no Auto de Infração e o constante no demonstrativo de apuração, por configurar falta de certeza e liquidez do lançamento, implica vício insanável na

demonstração da base de cálculo do levantamento quantitativo de estoques, não tendo como prosperar validamente a exigência. Portanto, motivo suficiente para decretar a nulidade da infração, de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, RPAF-BA/99. Recomendo a renovação do procedimento fiscal, a salvo dos vícios materiais constatado neste processo.

Neste termos, concluo pela nulidade deste item da autuação.

O autuado intimado para tomar ciência da informação fiscal, fl. 666, não se manifestou no prazo regulamentar.

No tocante ao pedido de funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal, indefiro, haja vista a inexistência, nos presentes autos de qualquer dúvida atinente à aplicação ou interpretação da legislação tributária.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299333.0012/15-9**, lavrado contra **PLASCHIO PLÁSTICO CHIACCHIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.036,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$9.593,98**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR