

PROCESSO - A.I. Nº 114135.0011/00-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GEQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
RECORRIDOS - GEQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0396-02/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 14.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0216-11/03

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NAS VENDAS PARA MICROEMPRESA. Comprovadas as vendas para microempresa industrial. Falta de previsão legal para exigência do imposto antecipado. Infração insubsistente. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. Trata-se do livro Razão, instrumento auxiliar da escrita fiscal. Exigência parcialmente subsistente. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESTINATÁRIO DIVERSO. Infração não caracterizada. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente subsistente. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovada parcialmente a realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Acórdão recorrido majorou equivocadamente o valor do débito original pertinente a infração 8. Infrações 8 e 9 são providas para retornarem ao valor originalmente lançado no Auto de Infração. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício apresentado nos termos do art. 145, do COTEB e de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento da diferença de alíquotas do ICMS, no valor de R\$ 3.392,95, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento;
2. Falta de retenção do ICMS, no valor de R\$ 1.086,93, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas para microempresa.
3. Multa no valor de R\$ 397,10, por não ter apresentado o livro Razão, correspondente ao período fiscalizado;

4. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 20.000,00, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais, inerentes ao mês de fevereiro de 1997;
5. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 4.014,29, referente a lançamento em duplicidade de documento fiscal, no mês de maio/97;
6. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 23.197,36, referente a mercadorias destinadas à contribuinte diverso do indicado no documento fiscal;
7. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 400,90, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
8. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 35.474,56, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem documentação fiscal, detectadas por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, no exercício de 1996,
9. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 37.551,87, pela presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, anteriormente efetuadas, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria no exercício de 1997.

O Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo o relator da 2ª JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“Infração 1 – decorrente da diferença de alíquotas, foi reconhecida em parte pelo contribuinte, o que foi acatado pelo autuante diante das procedentes alegações de defesa. Infração subsistente em parte no valor de R\$ 2.828,19, consoante demonstrativo à fl. 307 do PAF.

Infração 2 – exigência insubsistente por falta de previsão legal para a retenção do ICMS-ST nas operações de vendas à microempresa industrial, conforme alegação acatada pelo autuante.

Infração 3 – cabível a multa no valor de 6 UPFs-BA, pela falta de apresentação ao fisco do livro Razão, instrumento auxiliar da escrita fiscal nos termos do art. 320 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, quando das duas intimações neste sentido (fls. 15 e 18 do PAF). A justificativa de que o referido livro estava de posse da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, deveria ser dada por escrito ao agente fiscal quando da ação fiscal, para que não caracterizasse o descumprimento da obrigação acessória. Exigência subsistente em parte com data de ocorrência em 26/12/2000.

Infração 4 – referente ao recolhimento do imposto a menos em função de divergência entre documentos fiscais e os seus respectivos lançamentos na escrita fiscal. Débito reconhecido e parcelado pelo contribuinte. Exigência subsistente.

Infração 5 – relativa ao crédito fiscal utilizado em duplicidade, inerente a Nota Fiscal nº 16164, o que foi objeto também de parcelamento pelo contribuinte. Exigência subsistente.

Infração 6 – inerente a utilização indevida de crédito fiscal por constar nos documentos fiscais a inscrição estadual de outro estabelecimento filial. Comprovado nos autos as alegações de defesa de que o estabelecimento filial de Salvador não se apropriou dos créditos fiscais (fls. 257 a 259) e que todos os outros dados cadastrais reportavam-se à filial de Madre de Deus, cujas mercadorias foram destinadas. Exigência insubsistente.

Infração 7 – relativa ao crédito indevido de material de consumo, diretamente relacionada com a cobrança de diferença de alíquota (infração 1), foi reconhecida em parte pelo contribuinte, o que foi corretamente acatado pelo autuante. Infração subsistente em parte no valor de R\$ 96,71, consoante demonstrativo à fl. 307 do PAF.

Infrações 8 e 9 – dizem respeito ao levantamento quantitativo de estoque de parafina, conforme demonstrativos de fls. 23 a 102 dos autos. O autuado questiona o preço médio apurado; o índice de perda de 3% aplicado pelo autuante, afirmando ser impossível mensurar a perda no seu processo produtivo; a consideração de GEWAX AZ-10 e GEWAX AZ-20 como se fosse parafina, como também o fato de não terem sido consideradas as remessas e retornos para beneficiamento ou industrialização para terceiros, o qual representava percentual significativo na empresa, do que entende ser correto utilizar todas as entradas e saídas, por produto de parafina, inclusive as devoluções de mercadorias.

Da análise das peças processuais, nota-se que não existe na contabilidade de custo qualquer controle do percentual de perda na industrialização e comercialização dos produtos derivados da parafina, como também o autuado não admite qualquer índice de perda, nem sequer a sua inexistência, (...) tenta o autuado atribuir às perdas do processo qualquer diferença existente em seus estoques, não admitindo tratar-se de uma eventual diferença de estoque de operações de vendas sem notas fiscais.

Contudo, tal presunção não é admissível uma vez que não foi contabilizado qualquer controle do percentual de perda na industrialização e comercialização dos produtos.

O PAF fundamenta-se em provas documentais, não sendo possível a atribuição de um suposto índice de perda pela conveniência do contribuinte.

Portanto, quando da última revisão fiscal, às fls. 455 a 457 dos autos, após exclusão dos produtos alheios a parafina e a inclusão das devoluções de clientes do autuado, o novo levantamento quantitativo, onde se percebe o agravamento da infração independente de qualquer percentual de perda aplicado. Já no exercício de 1997, constata-se a redução da omissão quando se considera nulo o percentual de perda.

Considerando que o contribuinte não possui qualquer controle contábil de tal percentual de perda, concluo pela manutenção do percentual de perda do processo industrial de 3% para o exercício de 1996, por ser mais benéfico para o autuado. Quanto ao exercício de 1997, pelo mesmo motivo, deve-se considerar o processo industrial sem perda, uma vez que não restou comprovado nos autos o percentual de 3% aplicado pelo autuante. Assim, numa demonstração de busca exaustiva da prova material, na qual o contribuinte limita-se a repetir as mesmas alegações, voto pela subsistência parcial destes itens, sendo R\$44.071,16 e R\$1.865,34, respectivamente para os exercícios de 1996 e 1997”.

Em resumo o Auto de Infração restou Procedente em Parte.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário apenas para a infração 8, onde alega que o levantamento efetuado no ano de 1996 considerou a perda de 3% e a diferença apurada elevou-se e que o de 1997 considerou a perda de 0%, Decisão esta que foi acatada e já paga pelo contribuinte.

Afirma que o fato do autuante não ter considerado no seu levantamento as entradas para beneficiamento ou industrialização para terceiros e o seu respectivo retorno provocou distorções no levantamento.

Que pela comparação entre as notas fiscais de entrada para beneficiamento ou industrialização e as notas fiscais de retorno observa-se que as quantidades de parafinas são iguais, ou seja, a perda na industrialização era absorvida pela própria Gequímica e este fato não foi levado em consideração, pois deveriam ser consideradas as quantidades de materiais recebidos para industrialização e o seu retorno.

Diz que no exercício de 1996 a industrialização para terceiros era a forma de comercialização preponderante nas suas atividades o que continuou durante todo o período analisado representando um percentual significativo.

Apresentou uma tabela onde afirma que a inclusão das quantidades industrializadas equivale ao mesmo valor que já foi reconhecido e pago.

Diz que as perdas nas operações de beneficiamento e industrialização não foram consideradas e estão sendo cobradas na diferença de estoque quando o correto seria utilizar todas as entradas e saídas, inclusive os recebimentos para industrialização e os seus respectivos retornos.

Ressalta que, conforme o Parecer da ASTEC, as industrializações efetuadas deveriam ser incluídas no levantamento.

Por fim, afirma ainda que o julgamento da JJF agravou a infração, aumentando o valor do débito referente ao item 8 em desacordo com o art. 156 do próprio RPAF.

Em um primeiro Parecer a PROFAZ sugere a realização de nova diligência a fim de verificar se no cálculo das perdas totais da infração 8 consta o material recebido para industrialização.

Na assentada da Pauta Suplementar do dia 25/02/2003 a 1ª CJF decidiu ser desnecessária a realização da diligência, uma vez que o próprio autuado não informou, quando da realização das diligências anteriores os índices de perda a ser aplicados.

Em novo Parecer a PROFAZ opina então pelo não provimento do Recurso Voluntário pois considera que a infração está devidamente caracterizada pelo autuante e claramente comprovada e ratificada em diligência fiscal da ASTEC, além de ter restado provado a impossibilidade técnica de se refazer os levantamentos em função do autuando não ter informado o índice de perdas referente ao seu processo industrial.

VOTO

Nesta oportunidade estamos diante do julgamento de um Recurso de Ofício e de um Recurso Voluntário.

Iniciaremos a análise pelo Recurso de Ofício que tem como objeto os itens 1, 2, 3, 6, 7 e 9.

Os itens 1 e 7 estão relacionados um com o outro pois tratam de crédito indevido de material de consumo (infração 7) , com a respectiva cobrança de diferença de alíquota (infração 1), estas infrações restaram procedentes em parte pois foram reconhecidas em parte tanto pelo contribuinte quanto pelo autuante, uma vez que ele constatou que parte das notas fiscais refere-se à aquisição de pallets de madeira, utilizado como material de embalagem e que as Notas Fiscais nºs 594 e 6989 referem-se à aquisição de um microcomputador com impressora e um fax, destinados ao ativo permanente, cuja exigência é apenas escritural, não ocasionando qualquer prejuízo ao erário estadual.

Quanto ao item 2, restou insubsistente a exigência por falta de previsão legal para a retenção do ICMS-ST nas operações de vendas à microempresa industrial o que desobriga o autuado de efetuar a retenção.

Já no item 3 o julgamento da 2ª JJF restou procedente em parte pois houve a redução da multa de 10 para 6 UPFs-BA pela falta de apresentação ao fisco do livro Razão.

Relativamente ao item 6, restaram comprovadas nos autos as alegações de defesa de que o estabelecimento filial de Salvador não se apropriou dos créditos fiscais (fls. 257 a 259) e que todos os outros dados cadastrais reportavam-se à filial de Madre de Deus, cujas mercadorias foram destinadas, o que levou ao julgamento pela improcedência do item.

Quanto ao item 9, ocorreu uma redução com base nos valores apurados na revisão fiscal que considerou o índice de perdas da produção como sendo de 0% , constatando-se a redução da omissão.

Ocorre que, com relação ao item 8 o julgamento considerou correto o índice de perdas de 3% utilizado pelo autuante para o exercício de 1996, uma vez que o recorrente em momento algum apresentou outro índice para ser utilizado, restringindo-se a afirmar que o que fora utilizado pelo fiscal estava incorreto sem apresentar qualquer alternativa.

Não se pode admitir que um processo produtivo, qualquer que seja, tenha índice de perdas de 0%, e muito menos ainda admitir que em um exercício utilize-se o índice de 3% e no exercício seguinte de 0%, ainda mais se considerarmos que não houve mudança alguma no setor de produção, nos insumos envolvidos ou mesmo nos equipamentos utilizados.

Considero que neste caso, correto é utilizar o índice de 3% também para o levantamento efetuado no exercício de 1997, o mesmo do exercício anterior.

Assim, este item 9 deverá retornar ao valor originalmente lançado no Auto de Infração.

Pelo exposto, considero correto apenas em parte o julgamento realizado pela 2ª JJF, dando provimento parcial para que o item 9 retorne ao valor lançado originalmente no Auto de Infração, mantendo o julgamento quanto aos demais itens.

O Recurso Voluntário tem como objeto exclusivamente o item 8, haja vista que em relação aos itens que restaram procedentes ou mesmo tiveram Procedência Parcial o contribuinte reconheceu e procedeu ao pagamento.

O item 8 trata de omissões de saídas detectadas por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, no exercício de 1996, o principal argumento do recorrente é de que as entradas para beneficiamento ou industrialização e os seus respectivos retornos não foram consideradas no levantamento ocasionando as diferenças.

Ocorre que, no voto do relator da 2ª JJF este foi bem claro ao dizer que *“quando da última revisão fiscal, às fls. 455 a 457 dos autos, após exclusão dos produtos alheios a parafina e a inclusão das devoluções de clientes do autuado, o novo levantamento quantitativo, apresentou o seguinte resultado...”*, o que faz cair por terra a argumentação do recorrente, pois se percebe que as entradas para beneficiamento ou industrialização e os seus respectivos retornos não foram esquecidas nem pelo revisor e nem pelos julgadores de 1ª Instância.

Outra afirmação insistente do recorrente é de que as perdas nas operações de beneficiamento e industrialização não foram consideradas e estão sendo cobradas na forma de diferença por estoque e que o índice de 3% seria aleatório. Entretanto, o recorrente esquece-se que este PAF

sofreu 3 diligências e em nenhum destes momentos foi trazido pela empresa um índice de perdas oficial a ser utilizado, ao contrário, o próprio diligente afirma, à fl. 398 que “*não foi possível refazer o levantamento quantitativo de estoques através da alteração do índice percentual de perdas do processo fabril, em virtude de tal índice não ter sido fornecido pelo autuado, o qual limitou-se a alegar não ter condições técnicas de precisar o valor do mesmo*”, além disso, também de acordo com o afirmado pelo diligente às fls.401, “*o autuado não comprovou, documentalmente, que o índice de 3% indicado pelo autuante estaria equivocado*”, portanto, não se pode aceitar a simples alegação de que o índice utilizado estaria equivocado, haja vista ter sido o único possível de ser aplicado, motivo pelo qual foi mantido o índice percentual adotado pelo fiscal autuante.

A última alegação do Recurso Voluntário diz respeito à majoração do valor do débito referente ao item 8 em desacordo com o art.156 do próprio RPAF.

No Auto de Infração consta o valor inicialmente como sendo de R\$ 35.474,56, referente ao item 8 e após o julgamento realizado pela primeira instância esse valor foi alterado para R\$ 44.071,16, o que claramente evidencia a majoração do lançamento.

Assim, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, apenas para reduzir o débito referente à infração 8 de R\$ 44.071,16 para R\$ 35.474,56, retornando ao lançamento original.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114135.0011/00-0**, lavrado contra **GEQUÍMICA PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$99.965,62**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$26.939,19, prevista no art. 61,II, “d”, da Lei nº 4.825/89, alterada pela Lei nº 6.934/96 e o art. 42, II, “a”, e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e de 70% sobre R\$73.026,43, prevista no art. 42, III, da Lei n 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **6 UPFs-Ba**, prevista no art. 42, XX, “a” e “b” da referida lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

VERBENA MATOS DE ARAÚJO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFUZ