

PROCESSO - A.I. Nº 269194.0005/99-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARAÍBA METAIS S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1º JF nº 0103-01/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO (INFAZ CAMAÇARI)
INTERNET - 30.06.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-11/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O julgamento anterior deste item da autuação, pela mesma 1ª JF, foi anulado pela 2ª CJF. Retornado para nova apreciação e após diligência saneadora ficou evidenciado, nos autos, que a diferença de maior expressão monetária continuou sendo por omissão de saídas. Infração parcialmente subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JF, nos termos do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, ao Acórdão JF nº 2125-01/01, que, por unanimidade do entendimento dos seus membros e após ser rejeitada a preliminar argüida, julgou o presente Auto de Infração Procedente em Parte.

O item sob recurso é o de nº 8 do Auto de Infração, que trata da falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Os autuantes, inicialmente, indicaram ter havido diferenças por omissão de saída dos produtos Vergalhão de Cobre e Sulfato de Níquel, com base de cálculo de R\$24.011.963,16, e diferença por omissão de entrada do produto Cátodo, com base de cálculo de R\$6.870.863,66, tendo sido exigido imposto em relação à omissão de maior expressão monetária, de acordo com as regras estabelecidas no §16 do art. 70 do RICMS/89, e instrução dada pela Portaria nº 445/98.

No entanto, não foram juntados os papéis de trabalho, fato que levou ao autuado a requerer a nulidade deste item por cerceamento do direito de ampla defesa.

Posteriormente, após a remessa do processo a IFESP, que se achou impedida de proceder a diligência solicitada, os autuantes juntaram aos autos os demonstrativos analíticos das saídas, entretanto, só fizeram em relação aos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre, ou seja, não apresentaram nenhum levantamento ou demonstrativo para exame no que diz respeito ao produto Cátodo.

Desta forma, toda a defesa, em relação a este item da autuação, foi embasada considerando apenas as diferenças por omissão de saída dos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre, e a 1ª JF concluiu que não prosperava a argumentação dos autuantes de que o defendente teria se omitido de emitir pronunciamento em relação ao item Cátodo, vez que tal item foi totalmente ignorado pelos prepostos autuantes ao não procederem a juntada dos papéis de trabalho quando diligenciado para tal, não tendo sido objeto da autuação.

Assim, este item foi julgado Procedente em Parte, conforme Acórdão JJF n.º 2125-01/01, exigindo-se a diferença apontada para o item vergalhão de cobre, no total de 20,47 toneladas e a diferença de 27,12 toneladas de sulfato de níquel, e o imposto no valor de R\$25.782,85, com base de cálculo de R\$151.663,84.

Ocorre que esta decisão fere a orientação das mencionadas regras estabelecidas no §16 do art. 70 do RICMS/89, e instrução dada pela Portaria nº 445/98, que determinam a exigência do imposto em relação à omissão de maior expressão monetária que, no caso, passaria a ser a diferença por omissão de entrada do produto Cátodo, com base de cálculo de R\$6.870.863,66, mas a 2ª CJF não poderia modificar a Decisão recorrida, pois implicaria em cerceamento de defesa, vez que o autuado jamais recebeu os demonstrativos analíticos desta diferença apontada em relação ao produto Cátodo.

Por esta razão, o PAF foi remetido em diligência à INFAZ de origem, para que os autuantes anexassem os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto Cátodo, e, se cumprida esta deliberação, o autuado fosse cientificado para proceder nova impugnação, se desejasse, no prazo de 30 (trinta) dias, para que fosse atendido o disposto no art. 123, do RPAF/99, e se, ao revés, não fosse possível o atendimento desta diligência, o autuado deveria ser cientificado para pronunciar, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, consoante a regra do § 1º do art. 18, do mesmo Regulamento (fls. 634 e 635).

A diligência foi atendida pelo autuante que anexou os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto Cátodo (fls. 636 a 660), tendo sido concedido pela INFAZ de origem novo prazo de defesa de 30 dias ao autuado (intimação à fl. 662), que apresentou nova impugnação à exigência contida no item 8 da autuação (fls. 664 a 675), requerendo, ao final, que fosse mantida a Decisão recorrida, ou, “na remota possibilidade de questionamento quanto às quantidades de cátodo comercializadas no período”, que fosse realizada diligência saneadora como forma de comprovar as alegações defensivas.

Destarte, para que se cumprisse a dupla instância de julgamento, esta impugnação deveria ser apreciada por Junta de Julgamento Fiscal, o que impôs a Nulidade da Decisão recorrida em relação a este item, culminando no PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício apresentado, para anular a Decisão recorrida quanto ao item 8 do Auto de Infração, e homologá-la em relação aos demais itens.

Em nova apreciação, a Relatora da 1ª JJF prolatou o seguinte voto:

“[...]”

Inicialmente, vale observar que as questões preliminares, já foram analisados e afastados no julgamento anterior, posicionamento este, aqui mantido.

Na decisão prolatada no 1º julgamento foi observado que, apesar de ter sido apontado na Auditoria dos Estoques diferenças por omissão de saídas e de entradas, os autuantes não anexaram os demonstrativos analíticos dos itens, objeto do levantamento quantitativo dos estoques. Diligenciado à IFESP, o diligente sugeriu que o processo retornasse aos autuantes para a juntada de tais papéis de trabalhos já que o sujeito passivo se viu impedido de apresentar seus argumentos defensivos que pudessem elidir a acusação fiscal.

Ao ser enviado para que os autuantes cumprissem tal solicitação, sob pena de tornar nula a exigência fiscal, estes apresentaram os levantamentos analíticos apenas em relação aos produtos que identificaram omissão de saída, omitindo-se quanto ao levantamento do item cátodo, pois representava diferença por omissão de entrada em valor inferior.

Diante do exposto, discordo do autuante quando afirmou que o sujeito passivo acatou a diferença apontada para o item “Cátodo”. Tal produto além de não fazer parte dos itens omitidos e cobrados, não ficou demonstrado suas diferenças no levantamento analítico realizado pelo autuante. Assim, só estava sendo exigido o imposto em relação aos itens que representaram diferença por omissão de saídas, quais sejam: “Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre”.

Diante da situação exposta, foi entendido por esta Junta que a não juntada do demonstrativo analítico do produto “Cátodo”, o excluía em definitivo do lançamento tributário. Por esta razão, não foi solicitada nova diligência, ao autuante, para juntada de tais papeis e, conseqüente, reabertura do prazo de defesa do contribuinte, para análise quanto à diferença de maior expressão monetária.

Analizando os novos elementos trazidos ao processo, o que se constata é a indicação, pelo sujeito passivo, de números e quantidades do produto em relação a notas fiscais de aquisição, notas de complementação de peso e as notas fiscais de saída, para demonstrar a inexistência de divergência de quantidade do produto “Cátodo”, em que os autuantes identificaram diferenças por omissão de entrada.

Ao ter sido solicitado, por esta Junta de Julgamento que os autuantes apresentassem informação fiscal em relação aos argumentos defensivos, um dos Auditores autuantes, que prestou a informação, limitou-se a dizer que o sujeito passivo tenta distorcer os fatos ocorridos, sem qualquer prova dos elementos novos trazidos ao processo. Que os fatos trazidos, por meio de um novo quadro elaborado pelo contribuinte (fl. 674) onde não haveria mais divergências no levantamento quantitativo, seria descabido e constituía-se numa tentativa de ludibriar este Conselho, desmerece maiores comentários, uma vez que não têm qualquer comprovação fática.

Mais uma vez, equivoca-se o autuante, ao entender que a indicação dos documentos fiscais que o sujeito passivo apontou como não incluídos no levantamento e que foi o motivo da apresentação da diferença apontada na Auditoria dos Estoques, em relação ao produto “Cátodo”, sem que houvesse uma averiguação da veracidade de tais argumentações, possa ser entendida como tentativa de embaraçar este Conselho. A indicação, por parte do autuado, dos elementos ensejadores do descabimento da irregularidade apontada, sem que os autuantes procedessem a verificação dos fatos alegados, torna válida a argumentação defensiva, em relação a diferença apontada para o item “Cátodo”.

Até porque, vale esclarecer que os elementos de prova indicados pelo autuado, em relação aos demais itens do levantamento quantitativo em que ficou identificada a omissão de saída foram devidamente comprovados tendo a diferença apontada por omissão de saída sido reduzida de R\$4.082.033,73 para R\$25.782,85. Assim, entendo que a não verificação, pelos autuantes, dos documentos indicados pelo sujeito passivo, em relação ao produto Cátodo, dá credibilidade aos argumentos defensivos.

Desta maneira, analisando o resultado apontado pelo autuante à fl. 62, acrescido das diferenças apontadas pelo autuado, à fl. 674, com a inclusão das entradas de 3.501 toneladas a título de empréstimos, de 12,09 toneladas, referente a complementação de peso, bem como, a inclusão de 1.031,57 toneladas saídas do estabelecimento que não foram computadas no levantamento dos autuantes, apura-se uma diferença de 31,60 toneladas que o autuado argumentou se tratar de perda que não foram comprovadas nos autos.

Assim, a constatação da diferença de 31,60 toneladas de Cátodo, apurada por diferença de entrada, aplicando-se o preço médio unitário indicado pelos autuantes, no valor de R\$2.804,52 por tonelada, totaliza uma base de cálculo de R\$ 88.622,83. A base de cálculo apurada em razão das omissões de saídas nos autos foi de R\$151.663,84, portanto, superior à diferenças por omissão de entrada.

Desta forma, adequando-se o levantamento fiscal às determinações contidas no art. 70, XXI, “b”, 2, do RICMS/89 combinado com o § 16 do mesmo artigo e Regulamento e a Portaria nº 445/98 que bem especificou no seu art. 13, II e alíneas, ou seja, havendo a constatação, no mesmo exercício, de omissão de entradas e saídas deve ser cobrado o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso presente, o das omissões de saídas, cujo valor do imposto em relação a este item da autuação é de R\$25.782,85.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

VOTO

A imperfeição que culminou na nulidade do primeiro julgamento da 1ª JJF foi, adequadamente, corrigida no segundo.

No mérito, restou comprovado que a base de cálculo apurada em razão das omissões de saídas dos produtos Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre permaneceu superior à diferença por omissão de entrada do produto Cátodo.

Assim, reputo correta e fundamentada a decisão recorrida, que não carece de reparo, e o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0005/99-1**, lavrado contra **CARAÍBA METAIS S/A**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$166.393,74**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$140.410,02, 50% sobre R\$200,87 e 70% sobre R\$25.782,85, previstas no art. 61, VIII, “a”, II, “a”, IV, “a”, todos da Lei nº 4.825/89 e, dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se a quantia já recolhida.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFZ