

A. I. Nº - 269194.0005/99-1
AUTUADO - CARAÍBA METAIS S/A.
AUTUANTE - HERMINDA DURAN RODRIGUEZ BRITO, LIANE RAMOS SAMPAIO,
FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO e MARCO
ANTONIO CARVALHO DE MATOS
ORIGEM - INFAP CAMAÇARI
INTERNET - 10.04.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-01/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS ISENTAS. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. BASE DE CÁLCULO. SAÍDA DE PRODUTO DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA POR PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Para os itens acima, os quais foram objeto do presente julgamento, fica mantida a Decisão constante do Acórdão JJF nº 2125-01/01. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Este item da autuação foi julgado Nulo na 2ª instância. 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. Questões preliminares ultrapassadas em decisão anterior. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve o seu primeiro julgamento efetuado por esta 1ª JJF que prolatou o Acórdão nº 2125-01/01 decidindo por sua Procedência Parcial. Remetido os autos para julgamento do Recurso de Ofício, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal manteve a decisão em relação às infrações 1 a 5 e anulou a Decisão pertinente ao item 8 da autuação, devolvendo os autos à 1ª Instância para novo julgamento deste item, o que passa a ser feito.

O Auto de Infração lavrado em 27/12/99 exige imposto no valor de R\$4.667.777,08, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) Itens 1, 2 e 3, da autuação - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme planilha em anexo, nos valores de R\$119.143,84, R\$3.930,65 e R\$189.871,39;
- 2) Itens 4 e 5, da autuação - deixou de recolher diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outros Estados, e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme planilha em anexo, nos valores de R\$270.558,07 e R\$1.637,77;

- 3) Item 6 da autuação – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo a prestação de serviço de transporte, na qual funcionou como tomadora de serviço em operação de venda do tipo CIF, sendo que a mercadoria transportada foi o ácido sulfúrico com fins fertilizantes que, em operações internas goza de benefício da isenção, no valor de R\$400,65;
- 4) Item 7 da autuação – venda de produto de fabricação própria com base de cálculo inferior ao seu custo de produção, no valor de R\$200,87;
- 5) Item 8 da autuação – falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, lavando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas tributáveis, no valor de R\$4.082.033,73.

Da infração 8, objeto de nova apreciação:

O autuado, em sua impugnação, argumentou que a acusação se constitui em absurdo fático, já que a natureza das mercadorias comercializadas, seu volume e utilização não permitem a ocorrência de tal infração, pelos seguintes motivos:

- 1) os seus adquirentes são empresas de porte internacional, controles internos rigorosos e controles externos através de auditoria interna;
- 2) são comercializados no atacado, em volume expressivo, cujo transporte não passaria despercebido nos postos fiscais do percurso;
- 3) a exclusão do ICMS não traria nenhum benefício ao adquirente das mercadorias, que são utilizados como insumos tributáveis.

Argumentou que tal procedimento é facilmente aplicável em estabelecimentos comerciais cuja natureza dos itens examinados são prontamente identificados, ficando progressivamente mais difícil sua aplicação na medida que as mercadorias possuem diversidade de especificação ou nomenclatura, além de outros fatores como: atividade de transformação; erros normais de medição; operações fiscais complexas; critérios de escrituração e baixa no estoque; desconhecimento do conteúdo dos relatórios gerenciais. Assim, tais fatos não considerados implicariam em divergências significativas entre a posição do estoque real e a obtida pela fiscalização.

Que nos trabalhos preliminares, os autuantes apresentaram um levantamento que consignava diferenças absurdas e que foi submetido a uma crítica superficial, já que os prazos da fiscalização não permitiam de outra forma, cujos pontos foram relatados em documento datado de 22/12/99 e, encaminhado aos auditores. O débito originário chegara a aproximadamente R\$170.000.000,00 e após analisar nossas explicações foi feito lançamento em definitivo no valor do imposto de R\$4.082.033,73.

Disse que a omissão do demonstrativo lhe impossibilitou identificar quais os itens examinados apresentaram divergências e sua extensão. Assim, cerceou o seu direito de defesa, motivo de requerer a nulidade do item da autuação, com fundamento no art. 18, II, do RPAF.

Fez quesitação e sugeriu que os conselheiros respondam suas indagações. Aduziu ainda que os autuantes para a elaboração dos levantamentos fundamentaram-se em planilhas “Inventário 1995”; cópias do Registro de Inventário, relativas aos meses de janeiro a dezembro/95 e, relatório anual de produção de 1995. Entretanto, os relatórios padecem de esclarecimentos não tomados pelos fiscais, relativos às dificuldades identificadas no conteúdo “Resumo anual de produção de 1995”, tal resumo apresenta as informações relativas ao estoque – produção – consumo e expedição dos produtos da impugnantes totalmente coerentes entre si; no entanto,

para a competente utilização das informações seria necessário compreenderem os critérios adotados: a) estoque final; b) produção; c) consumo; d) estoque final; e) produto expedido – além de esclarecimentos quanto aos erros normais de medição, já que os equipamentos, de diferentes especificações, possuem erros de medição diversas em razão de suas características técnicas. Elabora quadro para descrever a sua utilização e erro espartado em relação a: Balanças de faturamento e, balanças do processo.

Com os dados apurados verificou que os números apresentados no citado “Resumo Anual de Produção” são estimados, podendo comportar variações significativas e exemplifica os produtos: vergalhão e cátodo de cobre, concluindo que quaisquer diferenças de estoque situadas no intervalo resultante da aplicação das quantidades mínimas e máximas devem ser desprezadas por não configurar como omissão de entrada ou saída, mas como simples imprecisão do sistema e, como não foram entregues os relatórios analíticos de entradas, saídas e de apuração dos estoques, ficou impossibilitado de verificar se os prepostos fiscais atentaram para esse importante elemento de quantificação dos estoques. Ao final pede que seja nulo o lançamento e, não sendo atendido essa reinvidicação que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes informaram que a palavra “erro” constante no título “Erros de Levantamento Fiscal Preliminar” não se aplica, já que decorreu de negligencia por parte da empresa em não apresentar informações suficientes para a realização dos trabalhos de levantamento de estoques, além de conter erros nos relatórios de produção e no Registro de Inventário que foram corrigidos posteriormente. Esclarecem que apresentaram o trabalho do levantamento para que pudesse apreciar e apresentar elementos que justificassem alterações. Assim, as correções de acordo com as justificativas plausíveis foram procedidas, podendo ser atestada à fl. 71 do PAF, onde o autuado cometeu um erro de escrituração indicando a unidade do produto em kgs quando o correto seria tonelada e tal erro só foi detectado mediante a apresentação do levantamento preliminar (período outubro/94 a dezembro/98).

Informam que o levantamento está perfeito, conforme se observa do anexo 63 – Planilha do Inventário 1995 – onde todos os elementos estão presentes e bem caracterizados e as fontes de informações bem definidas. Que o questionamento feito pela empresa é facilmente respondido, bastando que se leia o demonstrativo (Anexo 63), em seguida emite as seguintes respostas, dos itens “a” a “d” dizendo:

- a) que os produtos que apresentaram divergências foram: Sulfato de Níquel, Vergalhão de Cobre e Cátodo;
- b) apurou-se omissão de saída para os produtos Sulfato de Níquel e Vergalhão de cobre e, omissão de entrada para o produto Cátodo;
- c) os valores das omissões foram: Sulfato de Níquel, R\$286.836,15 – Vergalhão de Cobre, R\$23.725.127,01 e, Cátodo, R\$6.870.863,66;
- d) os documentos considerados no levantamento foram: livro Registro de Inventário, Resumo Anual de Produção e as notas fiscais de saídas entregues pela empresa em meios magnéticos.

Aduzem que tanto os estoques inicial e final foram extraídos do livro Registro de inventário, que é um livro oficial, além do que a empresa não fez nenhuma comprovação da diferença entre o estoque registrado no livro de Inventário e o que chama de estoque contábil. O valor da produção foi extraído do resumo anual de produção. Que também foram observados todos os detalhes, tais como vendas para entrega futura, por conta e ordem, saídas e retornos simbólicos,

etc. No que diz respeito aos erros de medição, esclarecem que tais diferenças não se justificam, visto que os percentuais de precisão constantes das tabelas das páginas 23 e 24 se situam entre 0,5 a 1%, enquanto que dividir as quantidades de omissões de saídas e omissões de entradas pelas quantidades totais produzidas de cada item se encontrará percentuais superiores àqueles relativos aos erros de medição e exemplifica:

Item	Omissão de saída (ton)	Quantidade total produzida (ton)	Percentual (%)
Sulfato de Níquel	101,99	1.100,00	9,27
Vergalhão de Cobre	6.442,01	86.201,00	7,47
Cátodo	2.449,93	165.002,00	1,48

Assim, os possíveis erros de medição podem ser para mais ou para menos, podendo até anular-se, não justificando as diferenças de estoque levantadas. Mantém a autuação.

O processo foi baixado em diligência à IFESP para que aquele órgão realizasse revisão do levantamento quantitativo indicado no item 8 da autuação; observando os vários fatores que poderiam influenciar no resultado do procedimento fiscal, apresentando novos levantamentos e demonstrativos de débitos com notas explicativas, fazendo a juntada de cópias de livros e documentos fiscais para o deslinde da questão.

No atendimento ao solicitado a IFESP, às fls. 150 a 152, o diligente sugeriu a remessa dos autos para que os autuantes apresentassem demonstrativos indicando como foram calculados os valores das saídas com notas fiscais, bem como os documentos utilizados.

Cientificados, os autuantes anexaram listagem das notas fiscais de saídas dos produtos: Vergalhão de Cobre e Sulfato de Níquel (fls. 157 a 254). Ratificaram o entendimento por eles externados na informação fiscal.

Às fls. 258 e 259, o autuado em relação ao item 8 “c” – complexidade das operações – que o diligente reafirma a sua tese de cerceamento do direito de defesa e sugere a reabertura do prazo para que os autuantes apresentem os demonstrativos analíticos necessários à comprovação da infração. Que a não apresentação carece de nulidade da presente autuação.

O processo retornou à Infaz Camaçari, para que aquela Inspeção científica cientificasse o autuado do resultado da diligência procedida pelos autuantes.

O autuado, às fls. 270 a 275, argumentou que não foram apresentados os demonstrativos analíticos das entradas e saídas, nem do demonstrativo sintético do débito quando da lavratura do Auto de Infração, o que resultou no pedido de nulidade face ao cerceamento do direito de defesa do impugnante.

Que em 10/04/01, tomou ciência da apresentação dos demonstrativos analíticos elaborados pelos autuantes em relação aos itens Vergalhão de Cobre e Sulfato de Níquel, sendo reaberto o prazo para sua impugnação, conforme art. 126, §6º, do RPAF/99.

O sujeito passivo argumentou que analisando os demonstrativos apresentados constatou ser improcedente a autuação, por falhas incorridas no levantamento pela não inclusão de 200 notas fiscais de vendas e apresentou quadro demonstrativo indicando inexistir diferença apurada para o item Sulfato de Níquel e 20.47 de diferença para o item Vergalhão de Cobre. Anexo, demonstrativo quantitativo das saídas de vergalhão de cobre e sulfato de níquel, bem como cópias xerox de notas fiscais de saídas e devoluções (fls. 276 a 574).

Os autuantes, às fls. 578 e 579, informam que acatam a apresentação das notas fiscais relacionadas, no entanto discordaram do demonstrativo apresentado pela defesa, já que incluiu no demonstrativo um item “reprocessamento” que não há fundamento, nem foi mencionado pelo autuado no decorrer de sua defesa.

Refez o demonstrativo e ressaltou que o autuado não questionou a diferença relativa ao produto cátodo, indicando à fl. 580, uma diferença por omissão de saída no valor de R\$151.663,84 – ICMS R\$25.782,85 e diferença por omissão de entrada no valor de R\$6.870.863,66 – ICMS R\$1.168.046,82.

Esta Junta de Julgamento, através do Acórdão JJF nº 2125/01/01, julgou parcialmente procedente o item 8 do Auto de Infração, com base no voto que abaixo transcrevo:

“No que se refere ao item 8 do auto de infração, vale observar que os autuantes inicialmente indicam ter havido diferenças por omissão de saída dos produtos Vergalhão de Cobre e Sulfato de Níquel, e diferença por omissão de entrada do produto Cátodo. Tendo sido exigido imposto em relação a 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 juntou os papéis de trabalho, fato que levou ao autuado a requerer a nulidade do presente item por cerceamento do direito de ampla defesa. Posteriormente, o processo foi remetido a IFESP para dirimir as dúvidas suscitadas quanto ao item em questão. Aquela Inspetoria Especializada respondeu que se achava impedida de proceder a diligência, sugerindo que o processo fosse encaminhado aos autuantes para que os mesmos demonstrassem como foram calculados os valores das saídas com notas fiscais, bem como os documentos utilizados.

Somente neste momento, 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, não prosperando agora 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.

No que concerne ao resultado do levantamento quantitativo, em relação aos itens em análise, foram anexadas cópias xerográficas de notas fiscais, pelo impugnante, para fazer a comprovação da inexistência de diferenças por omissão de saída de mercadorias. No entanto, ao apresentar na sua impugnação, indica a existência de diferença de 20,47 toneladas de vergalhão de cobre e, sem qualquer justificativa, inclui a título de “reprocessamento” 27,12 toneladas de sulfato de níquel.

Os autuantes ao tomarem conhecimento da juntada dos documentos fiscais, refizeram o levantamento, discordando da quantidade de sulfato de níquel indicada como reprocessamento, haja vista que não consta nos autos nenhum documento que comprove tal fato. Reconhecem a diferença apontada para o item vergalhão de cobre, no total de 20,47 toneladas e uma diferença de 27,12 toneladas de sulfato de níquel.

Com a juntada dos demonstrativos analíticos do levantamento quantitativo de estoque, em relação aos itens sulfato de níquel e vergalhão de cobre, o autuado teve a oportunidade de se manifestar nos autos, descaracterizando, assim, o seu pedido

inicial de nulidade da autuação por cerceamento de defesa, haja vista ter sido saneada as pendências suscitadas.

Assim, analisando os elementos de prova trazidos ao PAF, concluo pela manutenção parcial do valor do item 8 do auto de infração, para ser exigido o imposto no valor de R\$25.782,85, referente as diferenças de 27,12 toneladas de sulfato de níquel e 20,47 toneladas de vergalhão de cobre, conforme abaixo demonstrado:

Produto diferença apurada x preço unitário de saídas = Vr base de cálculo

<i>Sulfato de Níquel</i>	<i>27,12 ton.</i>	<i>2.812,45</i>	<i>76.268,02</i>
<i>Vergalhão de cobre</i>	<i>20,47 ton</i>	<i>3.682,88</i>	<i><u>75.395,82</u></i>
<i>TOTAL DA BASE DE CALCULO</i>			<i>151.663,84</i>
<i>ICMS – ALÍQUOTA 17%</i>			<i>25.782,85”</i>

A 2ª Câmara deste CONSEF, em fase de instrução do PAF para julgamento do Recurso de Ofício, em pauta suplementar remeteu o processo em diligência à Inspetoria de Camaçari, solicitando que os autuantes anexassem os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto “cátodo” e, em seguida, fosse reaberto o prazo de defesa do contribuinte (30 dias) .

Foi anexado às fls. 637 a 669, relação indicando os números das notas fiscais de saída e a quantidade (peso) do referido produto. Também, informou, o autuante, que os demonstrativos não foram apresentados por uma questão de economia processual.

O sujeito passivo ao cientificar da reabertura do prazo de defesa, argumentou que no atendimento a diligência solicitada pela Junta de Julgamento, o diligente não se manifestou a respeito do levantamento quantitativo, tendo em vista a não apresentação dos demonstrativos de cálculo dos valores das saídas com nota fiscal.

Na informação dos autuantes, estes acataram a apresentação das notas fiscais acostadas ao processo pelo impugnante, discordando, tão somente, quanto aos valores decorrentes dos processamentos ocorridos no processo produtivo. Efetuaram a revisão fiscal reduzindo o débito de R\$4.082.033,73 para R\$25.782,85. Tendo, a Junta de Julgamento julgado parcialmente procedente, para exigir o imposto no valor de R\$25.782,85.

Argumentou, o defendente, que acatando a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal efetuou o recolhimento do imposto, em 03/04/02, no entanto, foi surpreendido com a intimação da ciência de nova informação fiscal, com a juntada, após o julgamento da impugnação, os demonstrativos analíticos do levantamento quantitativo do produto “cátodo”.

Citou os arts. 28, 38 e 39, do RPAF/99, para argumentar que o débito autuado é o constante do Auto de Infração, independentemente de outros demonstrativos laborados pelos fiscais autuantes. Transcreveu, ainda o art. 123 do RPAF/99, dizendo não prosperar o argumento do autuante de que o autuado teria concordado com o lançamento da suposta omissão de entrada, já que esta concordância se daria se houvesse lançamento acerca do débito em questão.

Fez comentários a respeito da Portaria 445/98 e alegou que para a cobrança de entrada maior que a saída faz-se necessária a consignação em Auto de Infração, o que não correu. A infração dizia respeito tão somente aos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão. No entanto, por simples amor á discussão efetuou revisão nos demonstrativos do autuante em relação ao produto Cátodo e detectou que a suposta diferença deveu-se ao fato de os autuante não terem incluído as entradas de mercadorias recebidas em empréstimo, no período, da qual somaram 3.501 toneladas, além de várias notas de complemento de peso que não foram incluídas tais como: NF

124264, referente a 3,286 t; NF124263, referente a 3,995t; NF 124262, referente a 2,346 t; NF 124261, referente a 2,504 t. Também as notas fiscais de vendas de nºs 8246, 7740, 125487, 125488 e 129047, totalizando 1.031,57 t, não foram incluídas no levantamento do autuante.

Refez o demonstrativo, indicando inexistência de diferença.

A 2ª CJF, na assentada de julgamento prolatou decisão, através do Acórdão CJF nº 0406-12/02, pelo Provimento Parcial do Recurso de Ofício apresentado, para anular a Decisão Recorrida quanto ao item 8 do Auto de Infração.

O processo foi remetido a esta Junta de Julgamento para nova apreciação do item 8 dos autos.

Esta Junta de Julgamento, em pauta suplementar, encaminhou o processo em diligência a INFAZ Camaçari, tendo em vista que o autuado ao se manifestar no processo, às fls. 664 a 675, argumentou que as supostas diferenças apontadas pelos autuantes em relação ao produto “CÁTODO”, deveu-se ao fato de os mesmos deixarem de incluir no seu levantamento: entradas do produto citando o número de diversas notas fiscais de aquisição, notas de complemento de peso do produto e, de diversas notas fiscais de saídas, com a finalidade de demonstrar a inexistência da divergência de quantidade do citado produto. Assim, foi solicitado que os autuantes apresentassem informação fiscal, em relação aos citados argumentos defensivos.

À fl. 712, o autuante, auditor Francisco de Assis B.B. de Carvalho, informou que o autuado tenta distorcer os fatos ocorridos com informações não verdadeiras, sem qualquer prova dos elementos novos trazidos. Disse ser infundada a crítica feita pelo defendente de que os autuantes se omitiram na anexação das notas fiscais de saída do elemento cátodo, quando da sua 1ª informação (fls. 141 a 146), já que não iriam se manifestar sobre um item que a empresa se omitiu completamente (fls. 74 a 137).

Esclareceu que os fatos trazidos, por meio de um novo quadro elaborado pelo contribuinte (fl. 674) de que não haveria mais divergências no levantamento quantitativo é descabido e constitui-se numa tentativa de ludibriar este Conselho, desmerecendo maiores comentários, uma vez que não têm qualquer comprovação fática.

VOTO

O presente processo retornou a esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por decisão da 2ª CJF, que prolatou decisão, através do Acórdão CJF nº 0406-12/02, pelo Provimento Parcial do Recurso de Ofício apresentado, para anular a Decisão Recorrida quanto ao item 8 do Auto de Infração, sob o seguinte fundamento:

O item 8 do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saída 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 a omissão de maior expressão monetária, de acordo com as regras estabelecidas no §16, do art. 70, do RICMS/89, e instrução dada pela Portaria n.º 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 à 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 JJF 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, 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 n.º 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 esta 2ª CJF não pode 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 se pronunciar, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, consoante a regra do § 1º, do art. 18, do mesmo Regulamento (fls. 634 e 635).

Como já mencionado no Relatório, a diligência foi atendida pelos autuantes que anexaram 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 cumpra a dupla instância de julgamento, esta impugnação deve ser apreciada por Junta de Julgamento Fiscal, o que impõe a nulidade da Decisão Recorrida em relação a este item, e o PAF deve retornar para que o mesmo seja, adequadamente, julgado.

O meu voto, portanto, é pelo 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.

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 papéis e, conseqüente, reabertura do prazo de defesa do contribuinte, para análise quanto à diferença de maior expressão monetária.

Analisando 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 comprovadas 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0005/99-1, lavrado contra **CARAIBA METAIS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$166.393,74**, atualizada monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$120.043,87, R\$19.965,50 e R\$400,65; 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.

Esta Junta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA