

A. I. Nº - 206973.0006/06-7
AUTUADO - NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - ISRAEL CAETANO e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 24/11/06

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0337-05/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. Na ação fiscal foram cometidos erros que não podem ser sanados. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/4/2006, exige o ICMS no valor de R\$4.392.802,39, acrescido da multa de 70%, em razão:

1. Falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo tributário, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente realizadas e também não contabilizadas (exercícios de 2002, 2003 e 2004)- R\$3.975.837,94;
2. Falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas – apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (1/1/2005 a 31/8/2005)- R\$416.964,45.

Como anexos aos autos, além dos levantamentos, demonstrativos e provas materiais sobre as irregularidades apuradas, ainda constam, entre outros documentos:

1. autorização do representante da empresa para que o Sr. Edivaldo Ferreira de Jesus tomasse ciência do Auto de Infração, como realizado (fl. 5).
2. Cópias dos Autos de Infrações de nº 206918.0001/06-8 e nº 206918.0002/06-4 (fls. 8/31).
3. Ofício ao Sr. Supervisor da IFEP Indústria (fl. 33), datado de 16/8/2005, solicitando providências para que a fiscalização fosse realizada a contendo, uma vez que a empresa a estava dificultando, não possuía contabilidade, o livro Registro de Inventário se encontrava escriturado de forma irregular e quanto á produção não existiam informações, inclusive a empresa não escritura o livro de Produção.
4. Justificativa dos autuantes (fls. 94/95) demonstrando o motivo que os levaram a realizar o levantamento quantitativo dos estoques agrupando todas as matérias primas e os produtos acabados.

O autuado apresentou defesa ao lançamento fiscal (fls. 196/210) invocando, preliminarmente, o princípio da verdade material inserido no art. 2º do RPAF/99 e no Regimento Interno deste Conseg. Ressaltou que, ao contrário do processo civil em que as provas formais prevalecem, na área

tributária, o que deve prevalecer são as provas materiais, carreadas em qualquer fase do processo, para que se tenha certeza da ocorrência da hipótese de incidência do tributo. Disse ser dever da Administração de trazer para os autos todos e quaisquer elementos, dados, documentos ou informações, desde que obtidos por meios lícitos (consoante art. 5º, LVI, da Constituição Federal/88), a fim de obter a verdade da ocorrência, ou não, da obrigação tributária.

Informou ser indústria de transformação de polietileno, adquirindo esta matéria prima em grandes empresas petroquímicas, tais como: Dow Química, Brasken, Politeno, Polietilenos União, Ypiranga Petroquímica e Petroquímica Triunfo, com o objetivo de produzir material de embalagens, como exemplos, filmes e sacolas. Seu processo industrial consiste na modificação do polietileno granulado em uma película de polietileno com a qual fabrica seus produtos. Informou que sua matéria prima é, basicamente, o polietileno, apesar de serem adicionados materiais auxiliares (solventes, tintas, etc) para modificar o estado físico e dar coloração ao polietileno. Como tais produtos não chegam a agregar peso ao produto final, todo o controle da matéria prima da empresa é feito com base no peso do polietileno (expresso em quilos). Com estas explicações, entendeu que o roteiro de auditoria empregado havia sido inadequado, não podendo subsistir a infração ora em combate. Além do mais, a conclusão da auditoria acusou omissões de entradas de produtos acabados e omissões de saídas de matéria prima, situação absolutamente incompatível com a sua atividade, pois não vende matéria prima e não compra produto acabado.

Outro aspecto que disse ser importante e que evidenciava a total inconsistência dos resultados apurados era a grandeza do volume das supostas omissões. Tomando como exemplos as quantidades indicadas para o exercício de 2002 (entradas e saídas), informou que os autuantes, ao se basearem nas informações das planilhas de produção e consumo que forneceu ao fisco, sob pressão já que havia por diversas vezes dito que não possuía controles sob a forma dos relatórios requeridos, não analisaram com maior acuidade para perceberem que elas não espelhavam a realidade da empresa.

Salientou que este Colegiado tem se posicionado em casos iguais ao guerreado em não aceitar a situação comentada.

Após tais colocações, passou a indicar erros que apurou no levantamento fiscal. Para todos os exercícios fiscalizados afirmou que a fiscalização não considerou a totalidade dos seus estoques, uma vez que deixaram de incluir aqueles em poder de terceiros para fins de industrialização, das aparas de polietileno e dos produtos em elaboração.

Em seguida, passou a enumerar, por exercício, todos os erros que detectou no levantamento fiscal. Para cada um, disse estar apresentando documentação que intitulou como anexos de número 1 a 31.

Em relação ao exercício de 2005, ainda contestou as quantidades dos produtos consignados na Declaração de Estoque, pois não representava a totalidade do polietileno existente já que somente foram levantadas as quantidades da sua linha de produção. Neste sentido, ressaltou que o representante da empresa que assinou a citada Declaração não possuía competência técnica, nem legal, para firmá-la.

Além do mais, o preço do produto acabado foi calculado erroneamente, ocasionando preço bem superior ao praticado nas suas compras. Disse que este equívoco poderia ser facilmente verificado em pesquisa nas fichas de controle de estoques do setor de produção.

Entendeu que com a situação exposta havia necessidade de diligência ou perícia fiscal, indicando quesitação a ser respondida pelo perito a ser designado.

Requeru a improcedência do lançamento fiscal.

Os autuantes ao contra argumentarem as razões de defesa (fls. 227/235) inicialmente observaram que os anexos indicados pelo impugnante em sua defesa não foram a mesma apensados.

Quanto ao argumento de que sua matéria prima é essencialmente o polietileno, sendo os outros materiais empregados apenas materiais auxiliares já que não chegam a agregar peso ao produto final, discordaram do mesmo. Informaram que a empresa possui controle interno, conforme demonstrativo emitido pelo impugnante e à fiscalização entregue (fls. 223/226), onde se separa o polímero (matéria prima propriamente dita), aditivos (antiestático, anti-blocking) e pigmentos (master azul, branco, preto, etc). Esta situação não é apresentada no livro Registro de Inventário (fl. 79/93), quando não existe a separação destes produtos, pois todos escriturados sob a mesma rubrica de “matéria prima”.

No que diz respeito à insubordinação da defesa de que o Sr. Gerson não era representante legal da empresa para acompanhar a fiscalização na contagem física dos estoques, ressaltaram que o mesmo é representante da administração, na qualidade de gerente administrativo. Além do mais, se fez acompanhar de um funcionário menos qualificado do setor de produção já que o gerente deste setor estava de férias. A assinatura apostada no documento é do Sr. Gerson por opção própria e por entender que era o responsável pelo estoque, ainda que não diretamente ligado à produção. Ressaltaram que nesta contagem não seria necessária a presença do gerente de produção, pois ela foi das matérias primas e dos produtos acabados encontrados nas dependências da empresa sob a responsabilidade do Sr. Gerson. Além do mais, constataram de que não havia estoque de produto acabado, conforme declaração firmada pelo representante legal da empresa e documento acostado aos autos á fl. 186. Também havia sido incluída a quantidade em quilos de produto em elaboração e ela ocorreu em 1/9/2005, no inicio do turno matutino, tendo sido considerada a produção até o último turno de 31/08/2005 e os produtos em elaboração no primeiro turno de 1/9/2005.

Indicaram que a intimação em que foi solicitada a apresentação de demonstrativos de produção e consumo foi realizada tendo em vista a afirmativa da empresa de que não escriturava o livro Controle da Produção e do Estoque solicitado desde a intimação inicial. Passados 45 dias desta intimação, o autuado não a apresentou. Observaram que “mantendo o controle diário do consumo de matéria prima e da produção resultante de tal consumo, ..., 45 dias seria mais que suficiente para proceder-se os somatórios diários transformando-os em informação mensal de consumo e produção”, já que as informações estavam em sua base de dados. Informaram, em seguida, que estes dados somente foram apresentados após reunião dos representantes da empresa com a administração da Inspetoria. E, tendo em vista a insistência da empresa em não apresentar os controles de consumo e produção foi que se resolveu estender a fiscalização até o exercício de 2005.

Informaram que para robustecer a ação fiscal, ao fisco baiano foi apresentado pelo fisco paulista relatório onde consta que a partir de uma operação naquele estado desenvolvida, foi detectado, através de uma declaração da transportadora ANAMAR, que as mercadorias relativas às notas fiscais emitidas pela Polietilenos União eram todas entregues no próprio Estado de São Paulo, ocasionando evasão fiscal para aquele Estado, já que elas eram emitidas com alíquota de 7%. Porém como estes documentos estavam escriturados e na posse do sujeito passivo, inclusive com a circulação da mercadoria neste Estado, como observaram através do CFAMT, não puderam glosar os créditos fiscais, porém preveram como resultado da auditoria a não entrada polietileno adquirido através das notas fiscais da Polietilenos União. Assim, a contagem física era a única alternativa viável, já que, se a empresa controlasse a fraude fiscal, os ajustes necessários estariam presentes nos inventários de 31/12/2002, 31/12/2003 e 31/12/2004.

Informaram que durante toda a ação fiscal o contribuinte foi intimado para se manifestar quanto aos procedimentos, unidade de medida divergente, documentos fiscais, incluídos ou excluídos indevidamente, tanto nos relatórios de entrada como nos de saída, cujas cópias foram entregues

via e-mail para apreciação e indicação de equívocos como também na conclusão dos trabalhos desenvolvidos.

Quanto ao mérito atacaram o argumento defensivo da não consideração da integralidade do estoque afirmando:

1. o estoque em poder de terceiros foi considerado quando presente no livro Registro de Inventário - fato que só ocorreu em 31/12/2004;
2. o “polietileno em aparas” está lançado no Registro de Inventário em separado dos itens “matéria prima” - (MP) e “produto acabado” – PA, portanto não faz parte da contagem uma vez que os itens escolhidos foram MP e PA.
3. os produtos em elaboração não foram escolhidos para o levantamento, já que não são produtos distintos e sim uma fase de produção.
3. quanto aos “outros equívocos” indicados pela defesa, passou a enumerá-los e analisá-los por exercício fiscalizado.

Mantiveram em sua totalidade o lançamento fiscal.

O autuado foi chamado para tomar conhecimento da manifestação dos autuantes e dos documentos acostados ás fls. 222/226 dos autos (fl. 236). Manifestando-se (fls. 237/250), ratificou tudo quanto argumentou anteriormente, especialmente quanto a falta de lógica do resultado da auditoria realizada, ou seja, apuradas omissões de entradas de produtos acabados e omissão de saídas de matéria prima, discordando do posicionamento externado pelos fiscais. Além do mais não teria havido, de fato, a contagem física dos estoques, fato comprovado nos autos, uma vez que:

1. os papéis de trabalho aos autos não foram apensados, inclusive, precisariam, obrigatoriamente, conter a assinatura do representante legal da empresa autuada com poderes e discernimento para tal.
2. os estoques contados não representavam a real situação da empresa, apenas aqueles existentes na área de produção. Ressaltou, como prova, que no demonstrativo “Declaração dos Estoques” citado pelos autuantes em sua informação fiscal apenas consta exclusivamente como matéria prima o polietileno, sem menção á existência de solventes e tintas, o que ratificava sua afirmativa de que estes produtos não poderiam fazer parte das entradas, como realizado. Este fato poderia ser facilmente comprovado ao se observar as quantidades de MP consignadas no demonstrativo dês Estoques (fl. 186) com o controle de estoques apresentados e que constam ás fls. 223/226 do processo.

Afora tais fatos, disse que as informações transmitidas pela empresa, em relação ao consumo e produção, foram realizadas sob ameaça conforme poderia se verificar pelo e-mail recebido, quando lhe foi informado que a sua inscrição estadual poderia ser cancelada, embora tenha, sempre, atendido á todas as intimações realizadas, respostas estas que, não se sabe o motivo, não foram trazidas aos autos pelos prepostos fiscais.

Diante destes argumentos, entendeu nula a auditoria realizada.

Atacou em seguida, e mais uma vez, a Declaração dos Estoques, a entendendo sem valor jurídico probante e afirmou que os autuantes, quando da informação fiscal, reconheceram a incompatibilidade do resultado da auditoria com o fato da empresa ser uma indústria. Neste discurso afirmou de que houve, desde o início, predisposição dos mesmos em apurar omissões de entradas de matéria prima tendo em vista as investigações realizadas pelo estado de São Paulo.

Observou em seguida, que o art. 60, II, “b”, do RICMS/97 a ele não se aplica já que a presunção legal não se encontrava tipificada nos autos e, diante do princípio da legalidade e da tipicidade,

qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do fato à norma deve ser resolvida em favor do contribuinte.

Contestou, novamente, a não consideração no procedimento fiscal das aparas de polietileno, dos estoques em poder de terceiros e os produtos em elaboração, discordando dos argumentos apresentados pelos autuantes quanto da informação fiscal e observando que no que diz respeito aos estoques em poder de terceiros era fato incontestável, já que devidamente caracterizado, por exemplo, através de notas fiscais de saídas intituladas remessas para industrialização e indicadas no Auto de Infração nº 206918.0002/06-4, lavrado pelos próprios autuantes, e tendo como período objeto da autuação os exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, mesmos exercícios fiscalizados.

Alegou cerceamento do seu direito de defesa em relação á definição dos critérios adotado pelo fisco na apuração do preço médio unitário utilizado, uma vez que o art. 60, do RICMS/97 possui várias formas de cálculo. Além do mais, não era verdadeira a afirmativa de que não o havia apresentado quando devidamente intimado.

Justificou, em seguida, a não apresentação dos anexos citados em sua primeira manifestação, entendendo que como o Auto de Infração era nulo, eles não seriam importantes.

Requerendo diligência ou perícia fiscal, apresentando a mesma quesitação anteriormente feita requereu a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração.

Os autos foram baixados em diligência à IFEP/Metro para que os autuantes tomassem as seguintes providências (fls. 304)

1. em relação ás aparas de polietileno verificassem junto á empresa autuada se elas eram empregadas no seu processo produtivo. Caso negativo, não considerasse no levantamento fiscal e caso positivo, o refizesse as incluindo.
2. Em relação ás notas fiscais de saídas com natureza de operação remessa para industrialização e notas fiscais de entradas com natureza da operação retorno de industrialização excluisse do levantamento fiscal todos os documentos que, comprovadamente, deram saídas de matéria prima para industrialização e que retornaram á empresa autuada. Aqueles que deram saídas, porém não existindo o retorno das mercadorias, dentro do prazo regulamentar, deveriam permanecer.

Para cumprir o que foi solicitado por este Colegiado os autuantes (fls. 308/309) informaram que estiveram na empresa, porém foram impedidos de adentrar na unidade fabril sob a alegação de que o responsável não se encontrava no local. Tentaram deixar a intimação para apresentação de documentos, porém a empresa se recusou a receber alegando que naquele momento não havia pessoa autorizada para tal. Após inúmeras tentativas sem lograr êxito, encontraram na Repartição Fiscal o contador do autuado, que havia atendido a fiscalização ao longo da ação fiscal, que, inicialmente, afirmou não ter autorização para receber intimações e a orientação do setor jurídico da empresa era que qualquer uma fosse remetida por AR (Aviso de Recebimento) para a empresa em São Paulo. Este situação perdurou até que, ao observar que seriam chamadas duas pessoas para testemunharam a recusa do recebimento da intimação, o contador entrou em contato com a empresa e a recebeu (fls. 307). Após 28 dias, procuraram o escritório de contabilidade para saberem sobre os documentos solicitados e, mais uma vez, houve a recusa da sua apresentação. Assim, ao não conseguirem as cópias dos documentos fiscais para provar que as aparas dão saídas através de documento fiscal com descrição de “aparas” ou “varredura impressa”, anexaram informação obtida através dos arquivos magnéticos SINTEGRA da empresa para serem ratificados pelos documentos fiscais anteriormente solicitados através de intimação. E, na situação, continuava válida a informação fornecida pelo preposto do autuado, quando da visita à fábrica para conhecer o processo produtivo, ou seja, é o material não aproveitado, pois custava menos manter o equipamento processando apenas o polímero e dar tratamento de “sucata” ao material que sobrava.

Em relação às notas fiscais de saída com natureza de operação remessa para industrialização e entradas com natureza de operação retorno de industrialização, esclareceram de que as saídas com CFOP 593, 693, 5901 e 6901 foram consideradas no levantamento, bem como as entradas com CFOP 194, 294, 925 e 2925.

O autuado em nova manifestação (fls. 331/342) ratificou tudo que expôs anteriormente, especialmente ao resultado da auditoria, já que os autuantes detectaram entradas de produto acabado e saídas de matérias primas. Neste seu discurso afirmou não vender matéria-prima. Registrhou, novamente, que a contagem física dos estoques não chegou a ser realizado, pois se assim fosse os prepostos fiscais deveriam ter anexado seus papéis de trabalho ao PAF, os quais, inclusive, precisariam, obrigatoriamente, conter a assinatura do representante legal da empresa autuada, com poderes e discernimento para lançar sua assinatura em nome do autuado. Contestou as quantidades levantadas na contagem física realizada, pois seria necessária uma perfeita identificação das áreas onde os produtos encontravam-se armazenados. Como prova do alegado, disse que o quantitativo apresentado às fls. 223/226 refletem única e exclusivamente as matérias-primas (polietileno em seus diversos estágios), sem qualquer menção dos solventes e tintas, mercadorias incluídas nos levantamentos fiscais de entradas dos autuantes, que não chegam a agregar peso ao produto final, face à evaporação dos mesmos e que eles apenas refletem os estoques do polietileno na área de produção. Observou que este aspecto denotava desconhecimento dos autuantes do seu processo produtivo, o que impedia dos mesmos de realizar uma fiscalização na empresa autuada e que o não representante da empresa que acolheu os autuantes em suas dependências foi coagido a assinar esta contagem física.

Além destas questões, afirmou que esta relatora, quando da solicitação de diligência já havia concluído que o lançamento fiscal não era claro, não tendo elementos suficientes para se determinar, com segurança as infrações apontadas, o que o levava à nulidade ao teor do art. 18, IV, do RPAF/99.

Tornou a contestar a falta de conhecimento dos autuantes do processo produtivo da empresa. Como prova de sua alegação, comentou as solicitações que os mesmos fizeram na intimação que o entregaram.

Em seguida requereu nova diligência fiscal, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, por entender que os autuantes não eram imparciais.

Afirmou que não restavam comprovadas as seguintes afirmativas feitas pelos autuantes quando prestaram sua informação após a diligência solicitada:

1. foram proibidos de adentrar à unidade fabril;
2. a orientação do setor jurídico da empresa é que qualquer intimação seja remetida por AR (Aviso de Recebimento) para a empresa em Camaçari e não em São Paulo.
3. que não foi procurado no dia 28 de agosto e nem recebeu qualquer ligação ou e-mail neste dia.

Entendeu que a diligência realizada pelos autuantes não seguiu a orientação emanada deste Colegiado, uma vez que a autuante, sem a participação do autuante, fez investigações, na Intimação, sobre varreduras e apara, o que não havia sido pedido. Informou, em seguida, que apara e varreduras decorrem do seu processo produtivo, referem-se a polietileno transformado ou virgem e que nem sempre são aproveitadas em sua totalidade neste processo. Por isto, parte delas é comercializada. Anexou aos autos cópias das notas fiscais solicitadas pela autuante quando da intimação feita e ressaltou que a autuante deveria comprovar materialmente que proposto seu havia dito que elas não faziam parte do seu processo produtivo, conforme determinações do art. 144, § 2º, II, do RPAF/99, que transcreveu.

Quanto ao pedido desta 5ª JJF para serem excluídos todos os documentos que, comprovadamente, deram saídas de matéria prima para industrialização e que retornaram à empresa autuada,

afirmou que a autuante não atendeu ao solicitado, haja vista as divergências apontadas nos anexos da sua impugnação, que, disse, estavam, mais uma vez, anexando aos autos. E ainda deveria ser considerado o fato de que tais saídas (matéria prima) e entradas (produto acabado) tratavam-se de seus estoques em poder de terceiros, que não foi objeto dos itens selecionados pela fiscalização.

E, continuou, outro fato agravante foi de que pela resposta dada pela autuante ao questionamento deste Colegiado ficou patente que ale não entendeu o que realmente ocorre com as matérias-primas, relativamente ao processo de elaboração dos produtos finais, pois "entradas de retorno de industrialização" equivalem a ingresso de produtos acabados no estabelecimento autuado, conforme se contatavam nos anexos 1 a 31 que, disse mais uma vez, se encontravam apensados aos autos.

Em seguida, indicando quesitação para ser respondida por fiscal estranho ao feito, requereu a improcedência da autuação.

Intempestivamente, em, quando o processo já se encontrava instruído para julgamento, o autuado apresentou nova manifestação.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS apurado através de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias em exercício findo (2002 a 2004) exercício não findo (2005), ocasião em que foram detectadas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, o das entradas para os exercícios de 2002 a 2004 e o das saídas referente ao exercício de 2005.

Antes de me manifestar sobre as questões suscitadas no presente auto, e diante das peças processuais, nesta fiscalização observei que a empresa, embora não saiba quais as reais razões, tomou uma posição de dificultar que o Estado da Bahia pudesse ter controle sobre suas receitas, demonstrando pouco interesse à uma efetiva convivência harmônica e proveitosa entre o contribuinte e o Estado.

Ao analisar com mais cuidado o procedimento fiscal me deparei com vários equívocos que me levam a entender que a base de cálculo do imposto ora exigido, em todos os exercícios fiscalizados, não possui base para se sustentar. Ressalto, em linhas gerais e neste momento, que a base de cálculo do imposto deve ser demonstrada a salvo de dúvidas ou incompreensões, pois dimensão material do tributo.

Em vista desta posição, passo à decisão da lide.

O levantamento foi elaborado por gênero (matéria prima – MP e produto acabado – PA) e não por espécie de mercadorias. Esta situação somente é permitida pela norma legal vigente *nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item de forma a reunir num mesmo item todas as espécies de mercadorias afins* (art. 3º, item III da Portaria nº 445/98). Ou seja, o levantamento quantidade deverá ser feito por gênero de mercadorias. Analisando todo o procedimento fiscal, inclusive a justificativa apresentada pelos autuantes para assim procederem (fl. 94/95 dos autos), a empresa encerrava seu inventário sem discriminar as matérias primas e os produtos acabados. O livro foi devolvido e após, extraviado por prepostos da própria empresa, conforme relato dos autuantes. Foi solicitado que o autuado ajustasse o mesmo às normas regulamentares. Foi apresentado novo livro Registro de Inventário (fl. 79/93) que foi aceito e utilizado pelo fisco, o que o legalizou, com a discriminação das matérias primas e dos produtos acabados a partir de 2001. Embora nele não esteja encerrado o preço unitário das mercadorias, este fato por si só não o descaracteriza, já

que a norma legal prevê a forma de cálculo deste preço (art. 60, II, “b”, do RICMS/97). Desta forma, o levantamento fiscal deveria ter sido realizado por espécie e não por gênero de mercadorias.

Afora esta situação ainda temos a considerar de que o autuado é empresa fabril. Nesta condição produz as mercadorias que comercializa. A princípio, não poderia existir “omissão de entradas” de produtos acabados, pois se os produtos são produzidos pela própria empresa, não se pode cogitar esta situação. No entanto o fato real é que a empresa terceiriza parte desta produção, fato provado pela exigência em outro Auto de Infração (nº 206918.0002/06-4 – fl. 23/25) do imposto em razão de remessa de bens para industrialização sem o devido retorno e pelo próprio levantamento quantitativo onde houve entradas, através de notas fiscais, de produtos acabados. Mas a situação se complica ao analisar o levantamento fiscal. Dando apenas como exemplo o exercício de 2002, pois assim também se encontram os exercícios de 2003 e 2004, as entradas de produto acabado foram na ordem de 453.383,19 kg (fl. 101). A omissão de entradas apurada foi de 1.464.875,28 kg (fl. 116). Neste caso é pertinente, e demonstrado pelos próprios levantamentos, o argumento de defesa de que os dados de controle de produção apresentados continham erros, erros estes que podem ser de natureza escritural, pois a conclusão de que se chega é que a empresa foi acusada de “adquirir produto acabado, de si mesmo, sem documento fiscal”.

Indo adiante, existem problemas, também, com as aparas e varreduras. Após diligência solicitada por este Colegiado, o impugnante apensou algumas notas fiscais (fls. 345/354) onde resta demonstrado de que parte destes resíduos retorna para sua produção. Este retorno total deveria ser considerado, o que não foi feito em nenhum exercício fiscalizado.

De igual forma não se sabe como os autuantes chegaram ao preço médio apurado para os produtos acabados e matéria prima, em todos os exercícios, afora que incluíram MVA naqueles das entradas de produto acabado e saídas de matéria prima, contrariando o disposto no art. 60, II, “b”, 4, do RICMS/97.

E, em relação ao exercício de 2005, a matéria prima em mãos de terceiros é estoque da empresa. Assim, mesmo não comungando com o entendimento do defendant de que o levantamento dos estoques realizado não tem base legal já que assinado por preposto da empresa não autorizado, ele não espelha a realidade dos fatos. Toda a matéria prima que saiu para industrialização e que ainda se encontrava no prazo legal para retorno, é estoque da empresa.

Diane destes fatos, entendo que não existe necessidade de se prosseguir na análise dos outros argumentos apresentados pelo impugnante, nem dos documentos apresentados intempestivamente, pois estaria adentrando no mérito da autuação. Inclusive ressalto que ao realizar o levantamento quantitativo por gênero e não por espécie de mercadorias, o Auto de Infração já seria nulo. Porém fiz questão de tecer as considerações acima explanadas para demonstrar com maior certeza a inconsistência da autuação.

Este Auto de Infração é nulo, nos termos do art. 18, III e II, “b”, do RPAF/99 e o órgão competente examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente mediante denúncia espontânea.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 206973.0006/06-7, lavrado contra NORPAK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA. Recomendado o exame da existência de elementos que possibilitem a renovação do procedimento fiscal.

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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS – JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR