

PROCESSO - A. I. Nº 207184.0002/08-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RENNER SAYERLACK S/A.
RECORRIDOS - RENNER SAYERLACK S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJB nº 0098-05/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJB Nº 0116-12/16

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Realização de diligência fiscal possibilitou que o débito fosse reduzido. Mudança na maior expressão monetária para o exercício de 2004 não acarreta em mudança de tipificação ou nulidade. Quanto ao exercício de 2006 o recorrente comprovou erro no preço médio da mercadoria ACR PROFISSIONAL BRANCO, razão pela qual foi realizado o ajuste de acordo com o Registro de Inventário. Infração procedente em parte. Demais infrações não questionadas especificamente. Razões de Impugnação já apreciadas não havendo fato novo a se apreciar. Infração 2 parcialmente procedente e Infração 3 procedente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício em relação a Decisão proferida pela 5ª JJB – Junta de Julgamento Fiscal em 24/05/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2008, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$1.349.558,88 (um milhão trezentos e quarenta e nove mil quinhentos e cinquenta e oito reais e oitenta e oito centavos), em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações.

Infração 01. RV e RO – Falta de recolhimento do ICMS 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 entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$755.433,41 e multa de 70%. Exercícios de 2004 e de 2006;

Infração 02. RV e RO – Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$586.190,52 e multa de 70%. Exercício de 2005;

Infração 03. RV – Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$7.934,94 e multa de 60%. Exercícios de 2004 e de 2006.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 299/365), impugnando o lançamento contra si realizado.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 2.615/2625), defendendo a manutenção do Auto de Infração em todo o seu teor.

Após a realização de diligências, e de novas manifestações, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Constato que o Termo de Intimação bem como o Termo de Início de Fiscalização e subseqüentes prorrogações foram lavrados, consoante fls. 06, 07, procedimentos estes que dão início ao procedimento fiscal, de forma regular, como previsto no art. 26, II, III do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Ademais, o Auto de Infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, e faz-se acompanhar dos demonstrativos e termos lavrados na ação fiscal.

Consoante o art. 19 do RPAF/99, a indicação no Auto de Infração, de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Portanto, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, sendo obedecido o princípio da legalidade, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; falta de comprovação do cometimento da infração; e aplicação das respectivas multas serão apreciadas por ocasião do exame do mérito se subsistirem as acusações fiscais e forem cabíveis à luz da legislação tributária.

Assim, se encontram presentes no processo todos os seus pressupostos de validade, estando definido o sujeito passivo, a infração e o montante do débito exigido, tendo sido cumprido o devido processo legal e respeitado o direito de o contribuinte exercer o seu amplo direito de defesa, incorrendo as situações previstas nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99 que ensejassem a nulidade da autuação.

No mérito, está sendo exigido ICMS na infração 01, em decorrência da falta de recolhimento constatado pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entrada, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. As datas de ocorrências são de 31/12/2004, com ICMS no valor de R\$142.839,13 e de 31/12/2006 com ICMS no valor de R\$612.594,28.

Cópia do demonstrativo encontra-se nas fls. 76 a 78 (exercício de 2004), e de fls. 262 a 267 (exercício de 2006).

O defendente asseverou, veementemente, ao longo de sua peça impugnatória que a autuação encontra-se eivada de equívocos, e que não deixou de registrar qualquer documento fiscal, quer de entradas quer de saídas de mercadorias. Isto posto aduz que o estoque lançado no livro Registro de Inventário não seria o real, mas deveriam ser considerados os lançamentos constantes no Razão de Estoque. Reclama do preço médio encontrado pela fiscalização, bem como, que por se tratar de uma atividade industrial, o levantamento de estoques deveria ter levado em consideração a existência de perdas, por avarias que ocorrem na sua matéria-prima, assim como a utilização interna, ou seja, do próprio estabelecimento. São ajustes de inventário dos produtos em estoque e que aparecem no Razão de Estoque. Também ressalva que houve industrialização por encomenda e que todos esses fatores não foram observados pela fiscalização. Assim aponta dois fatores que considera fundamentais e que influenciaram a fiscalização a apontar supostas irregularidades, quais sejam: o ajuste de inventário e a industrialização sob encomenda, onde parte da produção industrializada era realizada pela empresa Frico Indústria Química Ltda.

Traz a seleção de alguns produtos que constam na omissão de entradas, na tentativa de comprovar que realizou todas as operações de acordo com a legislação fiscal vigente, bem como que teria efetuado todos os registros na escrita fiscal. Também informa a defendente que registrava as entradas no seu sistema de produtos acabados industrializados pela FRICO sob o código "ACA", no Razão do Estoque.

Especificamente com relação ao exercício de 2006, dois fatores levaram a equívoco a fiscalização, são eles o estoque final de 2006, que seria zerado, e as operações de industrialização por encomenda.

Quanto aos argumentos adrede postos na peça de defesa, ressalto que nos demonstrativos de estoque, elaborados pelo autuante, constam as quantidades de entradas, o estoque inicial, as saídas, e o estoque final, o que resultou nas omissões de saídas e de entradas apontadas no Auto de Infração.

Quanto às transferências de estoque que teriam sido realizadas para a empresa Tintas Ideal S.A., não restou demonstrado tal fato, que deveria estar comprovado no competente documento fiscal. Observo ainda que no levantamento de estoque, onde foi constatada a diferença de Entradas, o preço médio considerado pelo autuante, acertadamente, foi o do mês de outubro de 2006 (fls. 243 a 260). Da mesma forma, o preço médio das saídas foi encontrado com base no mês de outubro de 2006 (fls. 261 a 263).

O defendente reconhece que não entregou à fiscalização o livro Registro de Inventário, e que pode por equívoco

ter informado o estoque de 31/12/2006.

Saliento também que o livro Razão Estoque é um livro contábil, e no caso de levantamento de estoque, a Auditoria é fiscal, leva em consideração a quantidade de mercadorias que circularam no estabelecimento em determinado exercício, cujo procedimento está embasado na Portaria 445/98.

Respeitante às supostas avarias, quebras e perdas, por se tratar de produtos acabados, deveriam estar comprovadas por meio de notas fiscais, com os correspondentes estornos dos créditos fiscais.

Após os esclarecimentos acima, passo à análise dos elementos trazidos pelo autuante que, inicialmente, não concorda com as alegações da defesa, e em sua informação fiscal, fls. 2.615 a 2.625, mantém a infração em sua totalidade, sob os seguintes argumentos:

Segundo a legislação do ICMS, toda a movimentação de estoques de mercadorias deve ser feita, a qualquer título, mediante a emissão de notas fiscais, incluindo a baixa de estoques por avarias, quebras, e até mesmo para utilização pelo próprio estabelecimento. As saídas devem obedecer ao previsto no art. 100, inciso V e art. 201, inciso X do RICMS/97.

No caso de remessas para industrialização, e seu conseqüente retorno, deve ser aplicado o art. 615, § 1º e art. 618, inciso I do RICMS/97.

Não há razão para que sejam consideradas as operações intituladas “ACA”, lançadas no Razão de Estoque, além do que, sem a emissão dos competentes documentos fiscais, com a escrituração nos livros fiscais próprios.

Quanto ao estoque final de 2006, todas as informações utilizadas pela fiscalização foram prestadas pelo contribuinte. No exercício de 2006 não há registro de operação alguma entre 31 de outubro e 31 de dezembro, assim como não houve alteração de estoque no período.

Não aceita a apresentação de qualquer outro inventário, além do que consta no processo, e sua apresentação após a ação fiscal, deve ser tomada como prova contra o sujeito passivo.

O preço médio relativo ao exercício de 2006, consta no demonstrativo de fls. 243 a 259, e dispõe de sistemática clara, didática e precisa. Quanto ao do exercício de 2004, estão nas fls. 70/71 e 142/143, bem como completos no DVD anexo cuja cópia foi entregue ao autuado.

Limitou-se a apurar os estoques de produtos acabados, como pode ser comprovado pelos códigos dos produtos, o que evita a discussão sobre as várias etapas de fabricação dos produtos.

Aduz que o contribuinte deveria ter apontado na sua peça de defesa, os pontos de discordância, e informado quais notas fiscais faltaram ou deveriam ser excluídas.

Mantém a procedência da autuação, para os dois exercícios.

Constato que pedidos de diligência foram reiterados por este CONSEF, sendo que em determinado momento ocorreu a impossibilidade de sua conclusão, face ao CD do processo estar quebrado, e nem o CONSEF nem o autuante possuírem cópia do mesmo. Ultrapassado o obstáculo relativo à falta de apresentação do CD, este anexado nas fls. 3.051, foi analisado por fiscal estranho ao feito, para a efetivação dos ajustes necessários no exercício de 2004, segundo o pedido da 2ª JFJ deste CONSEF.

Finalmente, na diligência de fls. 3.721 a 3.722, auditor fiscal estranho ao feito efetuou ajustes e traçou as seguintes considerações:

Com relação ao ajuste de estoque, a impugnante não faz jus aos valores de acordo com os motivos apresentados nas fls. 3.090 a 3.094. Com relação aos produtos recebidos por industrialização, no CD constam quantidades positivas e quantidades negativas. Não é possível ter entrada de produto industrializado por outra empresa com quantidade negativa. Portanto, só os itens com saldos positivos foram analisados. Esses itens são: 1001.50; PVA Profissional, 25110.50 MASSA corrida; 288110.50 – SELADOR ACRÍLICO; 3001.50 - acrílico profissional; 4686.50 - MASSA ACRÍLICA; PINTA CASA SELADOR; PINTA CASA LATEX E PINTA CASA MASSA. A empresa foi intimada a apresentar as notas fiscais de entradas dos itens selecionados, fl. 3.097.

Informa que a impugnante apresentou notas fiscais dos produtos industrializados por outra empresa, que foram digitadas no DEMONSTRATIVO DAS NOTAS FISCAIS DE INDUSTRIALIZAÇÕES 2004 - Anexo 15, e as notas fiscais de transferências, que foram digitadas no DEMONSTRATIVO DAS NOTAS FISCAIS DE TRANSFERÊNCIAS 2004 - Anexo 16. As Notas Fiscais nºs 300, 443 e 446, fls. 3.202, 3.203 e 3.204, não foram incluídas nesse levantamento pois pertencem, na realidade, ao exercício de 2005, datas de entrada de 06/01/2005 e 18/02/2005, conforme livro de Registro de Entradas 2005, em anexo, e foram considerados nos novos demonstrativos de 2005. Esses valores foram transferidos para a tabela RESUMO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA 2004, Anexo 14, que totaliza as entradas.

Os novos valores das entradas substituíram os valores das entradas do LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES, fls. 83 a 88, que origina o Demonstrativo do Estoque 2004, Anexo 13. Salienta que o novo demonstrativo de estoque apresentou omissão de entrada no valor de R\$175.351,82 e omissão de saída no valor de R\$298.386,31. Segundo a Portaria 445/98, deve ser cobrado o ICMS sobre o imposto relativo às operações de saídas omitidas, art. 13, inciso I, e caso o CONSEF concorde com o levantamento, o ICMS passa a ser no valor de R\$50.725,67.

Após a solicitação da 2ª JJF, foi procedida a revisão fiscal, pela autuante, fls. 2.836/2.837, sendo informado que o valor do demonstrativo da infração 01 para 2004 continuou o mesmo do Anexo 13, fls. 3.723 a 3.726. Para o exercício de 2006, continuou o mesmo do Anexo 5, fls. 2.875 a 2.880.

Assim, para o exercício de 2004, deve ser exigida a omissão de saídas de mercadorias, por ser de maior valor monetário, que perfaz o ICMS no valor de R\$50.725,67 e base de cálculo de R\$298.386,31.

Quanto ao exercício de 2006, a base de cálculo perfaz o total de R\$1.614.203,50 e ICMS de R\$274.414,60. (fl. 2.880). Acompanho o resultado da diligência, conforme ratificação do auditor fiscal autuante.

Voto pela procedência em parte da infração 01, no valor de R\$325.140,27.

Quanto à infração 02, no levantamento quantitativo de estoques restou constatada a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, em exercício fechado de 2005, no valor de R\$586.190,53. Conforme demonstrativo de fls. 145 a 155 cuja omissão de entradas perfaz o valor de R\$3.448.178,34.

O defendente invoca razões semelhantes às da infração 01, pelo que pede a anulação da infração, consoante provas que anexa, bem como CD com as operações de entradas e de saídas de mercadorias no exercício autuado. Diligência fiscal foi requerida pela 2ª JJF para que fosse verificada a ocorrência de quebras, perdas e devoluções.

A diligente estranha ao feito, consoante a diligência de fls. 2.731 a 2.750, com relação ao exercício de 2005, prestou as seguintes informações:

- Ajuste de Inventário - A impugnante não anexou notas fiscais de ajuste de inventário.

Não constam na escrita fiscal operações com o CFOP 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

No arquivo Movimentação 2.xlsx, apresentado pela impugnante, consta a numeração de documento para ajuste de inventário, que não é de nota fiscal. Comparando a numeração do documento com o relatório de PAIDF (fl. 2.755 a 2.762), constatou que esta referida numeração não é das notas fiscais autorizadas para o exercício de 2005.

- Industrialização sob Encomenda - O arquivo Movimentação 2.xlsx, anexado pela impugnante, não é válido para utilizar os dados no levantamento quantitativo de estoque, porque não tem número de nota fiscal, não tem preço e na transação industrialização tem quantidade negativa.

Os arquivos magnéticos estabelecidos no Convênio 57/95 utilizados na fiscalização foram os 12 últimos entregues pela impugnante. Comparando estes arquivos com o livro de Apuração, constatou que não existia para os meses de janeiro/2005 e dezembro de 2005 nenhuma nota fiscal de entrada. Para os demais meses, a soma das notas fiscais de entrada está de acordo com o livro de Apuração. A soma das notas fiscais de saída está de acordo com o livro de Apuração.

Foi utilizado no ajuste para os meses de janeiro/2005 e dezembro/2005, os penúltimos arquivos utilizados, pois continham as notas fiscais de entrada.

Nos arquivos magnéticos estabelecidos no Convênio 57/95 e entregues à SEFAZ pelo contribuinte, constam entradas com CFOP 1.214 - Industrialização efetuada por outra empresa, CNPJ 05.651.128/0002-10, com o código de produto "DD", descrição de produto e quantidade 1, quando as notas fiscais apresentadas na defesa tem outros dados. Isto significa que o sistema não considerou estas notas devido à falha de informação do contribuinte. As notas fiscais apresentadas pela impugnante, que correspondiam a esta situação foram digitadas para fazer as devidas correções. Cerca de 2/3 das notas anexadas pela impugnante não tem itens relacionados na infração 2.

A seguir concluiu que em 2005 com os ajustes possíveis de serem realizados foi encontrada uma omissão de entrada no valor de R\$230.080,47 maior que a omissão de saída no valor de R\$32.082,77, gerando um imposto a pagar no valor de R\$39.113,68, conforme DEMONSTRATIVO DO ESTOQUE 2005 - ANEXO 1. (fls. 2.763 a 2.767)

Concordo com o resultado da diligência, ficando a infração procedente em parte com ICMS no valor de R\$39.113,68 com data de ocorrência de 31/12/2005.

Quanto a infração 03, refere-se à falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2004 e de 2006. Os valores originariamente exigidos são de R\$518,04 (exercício de 2004) e de R\$7.416,00 (exercício de 2006).

A sociedade empresária, na sua impugnação, aponta que diversos equívocos ocorreram por parte da fiscalização, que assim como na infração 01 não teria levado em consideração o ajuste de inventário de 2004,

que tanto podem ser decorrentes de avarias, de produtos com prazo de validade vencido, ou pela utilização interna da própria indústria. Apresenta documentos para comprovar suas assertivas, e que comprova os ajustes de inventário registrados sob o sigla "INV" no razão do Estoque.

Tece ainda considerações quanto ao exercício de 2006, e aponta dois fatores primordiais que teriam ocorrido para os equívocos cometidos pelo autuante, tais como o estoque final de 2006, que seria zero, e o ajuste de inventário em 2006.

Todos esses argumentos trazidos, pela defendente, foram objeto de diligência, solicitada à fl. 3.832, na qual a auditora fiscal autuante, em revisão fiscal, com base no resultado das diligências de fls. 2.731 a 3.019 e 3.721 a 3.788, efetuou o cálculo do imposto devido, relativamente ao exercício de 2004, com a manutenção apenas dos itens exigidos originalmente, e que na revisão apresentaram omissões de saídas. Mesmo procedimento foi solicitado com relação ao exercício de 2006.

Saliento que o demonstrativo original da infração 03, exercício de 2004, encontra-se nas fls. 79 a 82, no valor do ICMS de R\$518,04. Para o exercício de 2006, o demonstrativo está nas fls. 273 a 277 com ICMS no valor de R\$7.416,90.

Com relação ao exercício de 2004, o diligente informa que não foram promovidas alterações no levantamento, de modo que o ICMS a ser exigido permanece no mesmo valor de R\$518,04, contudo anexou o demonstrativo nas fls. 3.838 a 3.840.

Quanto ao exercício de 2006, o diligente majorou o valor originariamente apurado para R\$12.119,42, conforme Anexo 19, fls. 3.842 a 3.844.

Contudo, como originariamente foi exigido o valor de R\$7.416,94, este é o limite do ICMS a ser recolhido neste Auto de Infração, devendo, em nova ação fiscal ser apurado o valor restante, pelo que represento à autoridade fazendária previsto no RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Infração procedente no valor de R\$7.934,94.

Ressalto que o sujeito passivo requereu, na peça de defesa, que todas as intimações sejam efetuadas no endereço do estabelecimento matriz, na Av. Jordano Mendes nº 1.500, bairro Jordanésia, Cajamar, SP, CEP 07760-000, a/c seus atuais diretores Alexandre Cenacchi e Rolando Marini, sendo que não há óbice ao atendimento do pleito, mas caso não seja observado o endereçamento solicitado, tal fato não implicará em nulidade da intimação, posto que não há previsão expressa no RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Afastando as preliminares de nulidade, por entender que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são precisos e condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; que os dispositivos infringidos se encontrariam claramente indicados nos campos próprios do Auto de Infração; que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; e que foram obedecidos os prazos previstos legalmente;
- b) Quanto ao mérito da infração 01, observou que a partir das diligências efetuadas por fiscal estranho ao feito, antes do presente julgamento, fora elaborado novo demonstrativo fiscal, o qual levou em conta as notas fiscais dos produtos industrializados por outra empresa e as notas fiscais de transferências, de modo que o valor devido por essa infração fora reduzido para o patamar de R\$325.140,27 (trezentos e vinte e cinco mil cento e quarenta reais e vinte e sete centavos);
- c) Em relação à infração 2, novamente concordou com o Parecer elaborado por fiscal estranho ao feito, que, ao considerar a ocorrência de quebras, perdas e devoluções, elaborou novo demonstrativo, dessa vez, estabelecendo a infração no patamar de R\$39.113,68 (trinta e nove mil cento e treze reais e sessenta e oito centavos);
- d) No tocante à infração 3, apontou que na diligência realizada pelo fiscal estranho ao feito, os valores devidos a título dessa infração permaneceram idênticos, mesmo após se levar em consideração as alegações do Autuado, especialmente a de que não teria sido levado em consideração o ajuste de inventário realizado pelo autuado, que apontaria que a falta de retenção do ICMS teria se dado pelo fato de não ter ocorrido a saída das mercadorias, seja por estarem avariadas, seja pelo fato de produtos estarem com prazo de validade vencido, ou mesmo porque foram utilizados internamente pela própria indústria.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls.**

3.949/3.956).

- i. Inicialmente o recorrente afirma ter cumprido com todas as determinações legais referentes à matéria, e que, se houve saldo devedor do Imposto, isso se deu em razão de terem se passado mais de 10 (dez) anos dos exercícios fiscalizados, de forma que muito da memória se perdeu e que não haveria mais como comprovar os fatos subjacentes nesta etapa processual. Aponta para o fato de as diligências realizadas no bojo do presente PAF terem reduzido o montante do lançamento em quase R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), de modo a demonstrar que o que ocorrera fora exclusivamente problemas no reporte de informações, e não uma ação deliberada para lesar o Fisco;
- ii. No mérito da infração 1, no período fiscalizado de 2006, combateu o preço médio encontrado pela fiscalização, referente a mercadoria “ACR (Acrílico) PROFISSIONAL BRANCO”, por entender que o cálculo utilizado fora feito em desconformidade com o RICMS/97 e com a Portaria nº 445/98. Afirmou que a Nota Fiscal de nº 81.642, utilizada como base para o cálculo do preço médio de entrada, teria sido emitida com o CFOP equivocado, posto se tratar de nota fiscal de devolução; e não de aquisição de mercadoria;
- iii. Ao final de sua argumentação, arrematou que o preço médio considerado fora o de venda do produto, em total descompasso com o preceito insculpido no art. 60, II, b, 1, do RICMS/97 e no art. 13, II, c, da Portaria nº 445/98, bem como que, o preço médio correto deveria ser encontrado a partir da última NF de aquisição/entrada, que no presente caso seria aquela de nº 720.358, no valor de R\$27,28 (vinte e sete reais e vinte e oito centavos);
- iv. Seguindo sua irresignação com o resultado do julgamento da infração 1, atacou que a mesma seria nula, no que se refere ao exercício de 2004, sob o argumento de que a diligência realizada no bojo do PAF, e ratificada pela 5ª JJF, teria alterado o lançamento tributário, em total descompasso com o art. 145 do CTN. Fundamentou sua afirmação argumentando que, o i. Fiscal teria considerado que, pelo fato de o montante maior, no período de 2004, ser o de omissão de saída; e não de entrada, o lançamento deveria passar a aludir a “omissão de saída”; e não a “omissão de entrada”, como era originalmente;
- v. Em relação às demais infrações, apenas reiterou os termos de sua peça inicial, afirmando serem todas completamente improcedentes.

VOTO

Com exceção da Infração 3, as outras duas infrações foram julgadas parcialmente procedentes após ajustes realizados por auditor estranho ao feito em diligências no curso da instrução processual, o que acarretou em uma grande redução do montante inicialmente lançado.

A Infração 01 trata de falta de recolhimento do ICMS 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 entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2004 e 2006).

Por sua vez, a Infração 2 trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2005).

Verifica-se, portanto, que as duas Infrações são eminentemente fáticas e decorrem de presunção legal que, apenas pode ser elidida com provas documentais. E assim foi feito durante o curso da instrução processual.

Trata-se de um processo administrativo de 18 volumes em que foi realizada uma análise

exauriente das razões, fundamentos e documentos apresentados pelo Recorrente, o qual acarretou na realização de diversas diligências, manifestações e ajustes realizados por fiscal estranho ao feito.

Assim, verificando-se tratar de matéria eminentemente fática, bem como verificar que a desoneração realizada pela JJF, que reduziu a Infração 1 de R\$755.433,41 para R\$325.140,27 e a Infração 2 de 586.190,53 para R\$39.113,68 decorreram exclusivamente dos ajustes realizados pelo agente fiscal e, foram devidamente analisados e acatados na Decisão de piso.

Desta feita, entendo restar acertada a Decisão de piso, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, em uma primeira análise, verifico que o contribuinte reitera grande parte dos seus argumentos aduzidos em sede de Impugnação e diversas manifestações.

Quanto à alegação de Nulidade da Infração 1 sob o fundamento de que a diligência realizada no bojo do PAF teria alterado o lançamento tributário, tendo em vista que o i. Fiscal teria alterado a maior expressão monetária de diferenças exigindo a diferença de saídas para o exercício de 2004 entendo que não merece ser acolhida.

A Infração decorre de presunção legal de falta de recolhimento do ICMS apurada através da diferença entre entradas e saídas e, sendo exigido o imposto da maior expressão monetária, até para se evitar a cobrança em duplicidade.

Após os ajustes realizados continua sendo apurada falta de recolhimento do ICMS em razão da diferença de entradas e saídas, mesma tipificação legal, apenas ajustada para a diferença de maior expressão monetária.

Assim, entendo que não houve mudança de fulcro na autuação, razão pela qual indefiro e preliminar de Nulidade relativa à Infração 1.

Por sua vez, no mérito, quanto à Infração 1 o Recorrente alega um suposto erro no cálculo do preço médio do produto ACR PROFISSIONAL BRANCO. Entretanto, confirma que de fato a Nota Fiscal nº 81.642 possui o CFOP 1.949 e, portanto, poderia ser utilizada como base de cálculo do preço médio.

As telas de sistema interno do recorrente apesar de não podem ser opostas à documentação fiscal acostada aos autos e, atestam a realização de uma operação de devolução realizada pela empresa AJL Construções LTDA.

Ora, apesar dos documentos fiscais atestarem operação diversa, os argumentos aduzidos pelo Recorrente são absolutamente críveis, ao aduzir erro quando da emissão do respectivo documento fiscal, que segundo o contribuinte se trataria de uma devolução.

De fato, o produto ACR PROFISSIONAL BRANCO é produzido pelo próprio recorrente, o que por si só já acarretaria certo espanto que a mesma adquirisse um produto industrializado por ela mesma, ainda mais na quantidade de 5 unidades conforme descrição da Nota Fiscal nº 81.642.

Ressalte-se ainda que a suposta compra de 5 unidades ocorreu de um produto em que se exige uma omissão de aproximadamente 18.000 unidades, o que parece ser não razoável.

Outrossim, o recorrente logrou êxito em comprovar que a “suposta” vendedora dos produtos da Nota 81.642 é sue cliente, e empresa de Construção Civil não contribuinte do ICMS.

Ademais, o recorrente também comprovou que no dia 29/09/2006 promoveu a venda para a AJL Construções através da Nota Fiscal nº 3359, devidamente registrada no seu livro de saídas (fl. 3.964). Assim, aproximadamente 10 dias depois a sua cliente remete para o recorrente, através da Nota Fiscal nº 81.642 a mesma quantidade anteriormente adquirida, e no mesmo valor adquirido.

Para arrebatar, o Registro de Inventário de 31/12/2006 (fl. 31) atesta que o valor unitário de entrada da referida mercadoria é de R\$34,4085, o que faz crer como verdadeiras as alegações do Recorrente.

Um dos princípios norteadores do processo administrativo é a busca da verdade material e, nesse

caso, para este julgador não restam dúvidas de que são verdadeiras as alegações do Recorrente. De fato a Nota Fiscal nº 81.642 representa uma devolução de venda e, portanto, o preço médio de venda da mercadoria.

Assim, tratando-se o ano de 2006 de omissão de entradas deve ser adotado o preço médio de entradas. Por sua vez, deixo de acatar o preço médio requerido pelo Recorrente através da Nota Fiscal nº 720.358 uma vez que a mesma representa uma operação realizada em dezembro de 2005.

Desta feita, entendo que deva ser aplicável ao referido produto o preço médio de R\$ 34,4085, indicado no Registro de Inventário de 31/12/2006 (fl. 31).

Assim, promovendo aos ajustes no valor do preço médio, de acordo com a planilha constante da fl. 2876, haveriam 19.367 unidades omitidas que, originalmente com o preço médio resultaram em uma base de cálculo de R\$1.475.345,78 que resultaram em um valor de ICMS devido de R\$ 250.808,78.

Promovendo o ajuste no valor médio para R\$34,4085 (fl. 31) resulta em uma base de cálculo de R\$666.389,42 e, em um imposto devido de R\$113.286,20 (cento e treze mil duzentos e oitenta e seis reais e vinte centavos).

Quanto à Infração 2 e 3 o contribuinte tão somente, de forma genérica, reitera os termos da sua Impugnação, os quais já foram devidamente analisados e rechaçados, no que não cabível, pela JJF.

Assim, diante do quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207184.0002/08-4**, lavrado contra **RENNER SAYERLACK S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$234.666,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.934,94 e 70% sobre R\$226.731,37, previstas no art. 42, incisos II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS