

PROCESSO - A.I. N° 2985750201/02-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARAPUÃ COMERCIAL S/A
RECORRIDOS - ARAPUÃ COMERCIAL S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF n° 0132-03/03
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 10/06/03

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0292-11/03

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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Afastada a preliminar de nulidade. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de alterar o julgado. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/02, exige ICMS no valor de R\$4.231.535,78, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

“Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis”.

O autuado apresentou impugnação às fls. 1320 a 1330, inicialmente suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

1 – Violação ao Princípio da Legalidade – entende que a infração imputada ao autuado não pode ser fundamentada em dispositivo de Portaria (445/98). Cita o disposto no art. 5, II, da C.F., “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”;

2 – Violação ao Princípio da Ampla Defesa – entende que há falta de redação clara acerca da infração cometida, e que tal fato vicia a motivação do ato administrativo, bem como a eficiência do mesmo.

No mérito, afirma que foi surpreendido pela imputação, dizendo que todas as operações realizadas pela empresa são devidamente escrituradas. Informa que as notas fiscais correspondentes às saídas tributadas estão sendo acostadas por amostragem porque não houve tempo hábil para relacionar toda a documentação e tampouco separá-la por Código do Produto. Argumenta que o prazo de 30 dias não foi suficiente para efetuar todo o levantamento. Aponta diversas notas fiscais de entradas e de saídas, aduzindo que as autuantes não as consideraram em

seu levantamento. Expõe que a Nota Fiscal de Entrada nº 5819, foi repetida por nove vezes nos demonstrativos elaborados pelo fisco. Acrescenta que o levantamento dos valores pela base indicada na autuação, isto é, fundada no levantamento quantitativo, não guarda correspondência com os valores apresentadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA. Questiona, ainda a multa sugerida pelas autuantes (70%), por entender que a mesma tem caráter confiscatório. Cita o art. 150, IV, da C.F. e transcreve decisões de outros tribunais, visando corroborar seu entendimento.

Ao final, pede a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

As autuantes, em informação fiscal (fls. 1583 a 1585), inicialmente rebatem as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Afirmam que todo o procedimento foi feito tendo como base o Decreto nº 6.284/97 e a Lei nº 7.014/96.

No mérito, aduzem que a ação fiscal tomou como base os meios magnéticos apresentados pelo autuado, tendo sido conferido os totais das operações de entradas, saídas e apuração do ICMS, que foram confrontados com os escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS. Aduzem, no entanto, que diante das cópias das notas fiscais de saídas apresentadas pelo autuado, foi constatado que os documentos estão registrados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias, obedecendo a uma seqüência de notas fiscais e totalizadas por código de operação, e que estes não constam nos demonstrativos de saídas apurados nos meios magnéticos. Reconhecem a inconsistência dos meios magnéticos apresentados pelo autuado, ao atestarem que o contribuinte cometeu erros no seu preenchimento. Ao final, solicitam que o processo seja convertido em diligência, visando intimar o contribuinte para rever a falha cometida.

O autuado, intimado às fls. 1631 e 1632, volta a se manifestar às fls. 1635 a 1640, ratificando todos os termos de sua defesa inicial, inclusive, mencionando que as alegações se referem aos dois exercícios examinados. Ao final, requer a juntada dos arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 1998 e 1999, a fim de que sejam procedidas as correções na apuração fiscal.

Considerando o erro cometido pelo autuado no preenchimento dos meios magnéticos, considerando que a INFRAZ Simões Filho, a pedido das autuantes, lhe concedeu o prazo de dez dias para que corrigisse a apuração do seu estoque, considerando que o sujeito passivo, aproveitando a oportunidade, novamente se manifestou, às fls. 1635 a 1640, e requereu a juntada dos arquivos magnéticos relativos aos exercícios, tanto de 1998, como de 1999; esta JJF deliberou que o presente processo fosse convertido em diligência à INFRAZ Simões Filho, para que as autuantes, prestassem nova informação fiscal, obedecendo ao disposto no parágrafo 6º, do artigo 127, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, diante das alegações defensivas (fls. 1635 a 1640), e da documentação anexada pelo mesmo aos autos (fls. 1641 a 1789).

As autuantes, atendendo a solicitação supra, informaram às fls. 1795 a 1796, que em vista do novo arquivo magnético de 1998 apresentado, foi revista a apuração do estoque de mercadorias, sendo que após as retificações efetuadas ficou constatada a omissão de entrada de mercadorias, superior às omissões de saída, com ICMS devido de R\$45.214,19, conforme demonstrativo às fls. 2315 e 2316. Quanto ao exercício de 1999, dizem que diante dos argumentos e documentos trazidos aos autos pelo impugnante e dos novos testes realizados, foi verificado que o arquivo magnético, do exercício em questão, também foi informado com erros. Dessa maneira, informa que foi procedido novo levantamento, apurando-se também omissão de entradas de mercadorias em valor superior às omissões de saídas, com ICMS devido de R\$17.723,77, conforme demonstrativos às fls. 1798 a 1801. Salientam, ainda, que os erros apurados no Auto de Infração decorreram de informações inexatas nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte, sendo que na forma regulamentar, foram adotados todos os procedimentos para corrigir os erros apontados na

autuação. Ao final, pedem que o Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte, após as retificações efetuadas.

O autuado foi intimado (fls. 3007 e 3008) para tomar ciência do novo demonstrativo de débito apresentado pelas autuantes, porém não se manifestou.

A 3^a JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatá o seguinte voto:

“O presente processo trata de levantamento quantitativo em exercícios fechados, onde ficaram constatadas diferenças tanto de entradas como de saídas, sendo exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária.

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não prosperando a alegação de cerceamento de defesa, tendo em vista que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal. Ressalto, ainda, que todo o procedimento foi feito tendo como base a Lei nº 7.014/96, bem como o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, sendo que a Portaria 445/98 apenas interpreta as disposições contidas nos diplomas legais acima mencionados.

Descabe também, a alegação do autuado de que a multa sugerida pelas autuantes teria caráter confiscatório, já que a mesma é prevista em Lei (art. 42, III, da Lei nº 7.014/96).

No mérito, o autuado aponta diversas notas fiscais de entradas e de saídas, aduzindo que as autuantes não as consideraram em seu levantamento. Expõe que a Nota Fiscal de Entrada nº 5819, foi repetida por nove vezes nos demonstrativos elaborados pelo fisco. Acrescenta que o levantamento quantitativo procedido, não guarda correspondência com os valores apresentadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA.

As autuantes, em informação fiscal, diante das cópias das notas fiscais de saídas apresentadas pelo autuado, disseram ter constatado que os documentos estão registrados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias, obedecendo a uma seqüência de notas fiscais e totalizadas por código de operação, e que estes não constam nos demonstrativos de saídas apurados nos meios magnéticos. Reconhecem, portanto, a inconsistência dos meios magnéticos apresentados pelo autuado, ao atestarem que o contribuinte cometeu erros no seu preenchimento.

O autuado intimado para rever a falha cometida, voltou a se manifestar, ratificando todos os termos de sua defesa inicial, e juntando ao PAF os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 1998 e 1999, a fim de que fossem procedidas as correções na apuração fiscal.

As autuantes, em vista do novo arquivo magnético de 1998 apresentado, revisou a apuração do estoque de mercadorias, sendo que após as retificações efetuadas constatou, dessa feita, a omissão de entrada de mercadorias, superior às omissões de saída, com ICMS devido de R\$45.214,19, conforme demonstrativo às fls.2315 e 2316, com o qual concordo.

Quanto ao exercício de 1999, diante dos argumentos e documentos trazidos aos autos pelo impugnante e dos novos testes realizados, as autuantes verificaram que o arquivo magnético, do exercício em questão, também foi informado com erros. Dessa forma, a exemplo do exercício de 1998, elaboraram novo levantamento, apurando-se também omissão de entradas de mercadorias em valor superior às omissões de saídas, com ICMS devido de R\$17.723,77, conforme demonstrativos às fls.1798 a 1801, com o qual também concordo.

Vale ainda ressaltar, que o autuado foi intimado (fls. 3007 e 3008) para tomar ciência do novo demonstrativo de débito apresentado pelas autuantes, porém não se manifestou, o que implica no reconhecimento tácito dos novos números apresentados.

Do exposto, salientando que os erros inicialmente apurados na autuação decorreram de informações inexatas nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte, sendo que na forma regulamentar, foram devidamente corrigidos pelas autuantes, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, reduzindo o valor da exigência para R\$62.937,96, sendo R\$45.214,19, relativo ao exercício de 1998 e R\$17.723,77, relativo ao exercício de 1999”.

A seguir 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

O autuado irresignado com o resultado do julgamento realizado pelo 3^a JJF, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0132-03/03.

Após transcrever a infração fiscal que lhe foi imputada, cita o período fiscalizado, os dispositivos legais ditos infringidos, e a multa de 70% prevista pelo art.42, II, da Lei nº 7014/96, o qual transcreve.

A seguir discerne sobre o julgamento realizado, citando os fundamentos apresentados pela defesa, e o débito restante de R\$62.937,96, acrescido da multa de 70% decorrente de Decisão no sentido de Procedência Parcial, com base na última diligência realizada.

Reitera que a atuação é Improcedente e, subsidiariamente, caso não seja acolhida a Improcedência, impõe-se à redução da multa aplicada diante do seu caráter manifestamente confiscatório.

Passa a repetir a argumentação já apresentada na defesa inicial que inclusive consta do relatório, e já foi apreciada pela 3^a JJF.

Preliminarmente entende que a autuação não preencheu os requisitos legais necessários.

Cita e transcreve entendimentos do mestre Hely Lopes Meirelles sobre os critérios que devem ser observados para a anulação dos atos administrativos.

Suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração por “Violação ao Princípio da Legalidade”, pelo qual, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei (art.5º, inciso II, da Constituição Federal).

Entende que a infração fiscal que lhe foi imputada, não pode ser fundamentada em dispositivo de Portaria (art.13, inciso I, da Portaria 445/98).

Isto significa dizer que Portaria-Texto Normativo distinto de Lei – não obriga o recorrente em nenhum sentido, razão pela qual inexiste para o recorrente a possibilidade de violação da regra do art. 13, I, da Portaria citada, e tampouco pode o recorrente ser autuada com base em “infração de norma veiculada por Portaria”.

Por outro lado, a fundamentação da infração com base em dispositivo da Portaria, indica violação da norma constitucional do art. 37, que impõe à Administração Pública o respeito ao Princípio da Legalidade.

Quanto ao mérito argumenta a confiscatoriedade de aplicação de multa pelo procedimento fiscal.

Em violação ao Princípio da Razoabilidade, foi aplicada e mantida a penalidade prevista pelo art.42, II de Lei nº 7014/16, que estabelece multa de 70 % (setenta por cento).

Afirma que a C.F., em seu artigo 150, inciso IV, veda o efeito confiscatório quando da atuação fiscal do Estado, sendo que tal preceito é válido tanto para o tributo a ser recolhido como a pena a ser aplicável ao contribuinte.

Ademais, pelo julgamento Parcialmente Procedente, ficou comprovada a inexistência da diferença de inventário apontada na autuação, ou ao menos, que a referida diferença era ínfima diante do que foi inicialmente apontado. Por questão de justiça e razoabilidade, a pena ora aplicada deveria ser reduzida, considerando como critério de redução o equívoco da autuação.

Cita jurisprudência do S.T.F. ao analisar casos análogos a este, que decidiu por realizar a graduação da multa em função do percentual exorbitante inicialmente aplicado ao contribuinte. Transcreve a Ementa do Recurso Extraordinário nº 60964, em que figurou como recorrente a Fazenda do Estado de São Paulo.

Afirma ainda que, embora entenda que não cometeu nenhuma infração, se o entendimento da Fiscalização Fazendária permanecer, há de prevalecer, face aos documentos ora acostados, que inexistiu dolo por parte do recorrente quando da apuração do tributo e escrituração das operações e das mercadorias em estoque.

Apresenta diversos julgados do S.T.F. sobre multa fiscal, graduação da multa, e percentuais corretamente aplicados, para embasar sua afirmação de que o percentual de multa deverá ser reduzido para 30% (tinta por cento), a fim de que não signifique confisco ou enriquecimento ilícito para o fisco.

Encerra requerendo a nulidade do Auto de Infração, uma vez que ficou comprovada a violação ao princípio da legalidade, e caso ultrapassada, que se reduza o percentual da multa aplicada para 20% a 30% do valor do crédito tributário mediante a utilização do princípio da equidade.

A PROFAZ analisa as razões recursais, fundamenta estar correta a Decisão guerreada, afirma que os argumentos agora trazidos já foram apreciados e afastados com sólida fundamentação pela 3^a JJF, e não se prestou para reformular a Decisão em apreço.

As razões oferecidas pelo recorrente são inócuas e inaptas para proporcionar qualquer modificação no julgamento.

Opina pelo Não Provimento deste Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente quanto ao Recurso de Ofício, os valores em que ficou sucumbente a SEFAZ/BA, foram retificados e demonstrados pelos próprios autuantes, ao receberem e revisarem os arquivos magnéticos, dos quais constavam informações precisas que embasaram a redução do débito inicialmente imputado.

A 3^a JJF analisou e chancelou a redução fundamentada. Nada para modificar e, por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário concordo integralmente com as razões e conclusões do Parecer PROFAZ exarado às fls. nºs 3035 a 3036 deste processo.

A preliminar de nulidade suscitada, aliás, de novo suscitada, já foi competentemente rechaçada pela 1^a JJF deste CONSEF.

O Auto de Infração foi lavrado e embasado na Lei nº 7014/96, bem como no RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6284/97. A Portaria nº 445/98 apenas interpreta, disciplina e esclarece às disposições contidas nas leis. Rechaço a preliminar de nulidade por “Violação ao Princípio da Legalidade”.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicado por ter caráter confiscatório, não cabe a este Órgão Julgador de instância administrativa, analisar nem legislar quanto à matéria que tem previsão legal e está relacionada e aplicada corretamente quanto à infração fiscal detectada pelo procedimento fiscal.

O pleito do recorrente, que em momento algum contestou o valor do débito remanescente, deverá ser apreciado pelo S.T.F. que tem competência legal para tal.

O art. 42, inciso III, da Lei nº 7014/96, prevê exatamente o percentual de 70% aplicado pelos autuantes.

Ressalto não entender como pode afirmar o recorrente, que embora entenda que não cometeu nenhuma infração, não atacar quanto ao mérito o valor do débito remanescente.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, também em concordância com a PROFAZ.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298575.0201/02-6, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.937,96**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

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