

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0013/03-9
RECORRENTE - INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF Nº 0099-04/04
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 03.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0097-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, com base em relatório de produção fornecido pela própria empresa autuada. Novo demonstrativo elaborado pela própria empresa com indicação de supostas perdas não apontadas no relatório de produção anterior não é elemento de prova suficiente para desconstituir a acusação fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto face à Decisão constante do Acórdão 4ª JJF nº 0099-04/04 que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206973.0013/03-9, lavrado contra INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A, para exigir o pagamento do imposto no valor de R\$ 43.006,49, sendo R\$ 6.569,12, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$ 36.437,37, acrescido de idêntica multa e demais acréscimos legais.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/03, exige ICMS em decorrência da constatação de falta de recolhimento do imposto 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 mercadoria em exercício fechado.

O autuado apresentara defesa tempestiva (fls. 229 a 244) e, preliminarmente, suscitara a nulidade do lançamento, por falta de liquidez e por cerceamento do direito de defesa, alegando que não teria condições de saber se o valor do Auto de Infração é R\$ 43.006,49 ou R\$ 96.783,59. Dissera que no Demonstrativo de Débito consta o valor de R\$ 72.699,97, a ser pago até dez dias da data da ciência, sendo que após o ajuizamento esse valor subiria para R\$ 96.783,59. Para embasar a sua alegação, transcrevera a ementa do Acórdão JJF nº 060-01/03, que tem a seguinte redação:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-01/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O procedimento é formal e substancialmente nulo, por não ter ficado claro nos autos de que modo o tributo foi calculado, mesmo tendo sido determinada a

*realização de diligência para sanar esse vício. Auto de Infração NULO.
Decisão unânime.*

Adentrando as questões de mérito, o autuado dissera que o procedimento fiscal adotado fora inadequado e inaplicável ao produto objeto do levantamento quantitativo, sendo o seu resultado arbitrário e equivocado, porque o hipoclorito de sódio é um produto de alta volatilidade, cujo grau de concentração se modifica conforme as condições climáticas, o que exige que se alterem as suas quantidades no decorrer do processo produtivo.

Segundo o autuado, as informações prestadas ao Fisco Estadual em arquivos magnéticos comprovam que as saídas de água sanitária correspondem às quantidades entradas, computadas as perdas ocorridas no processo produtivo. Transcreve a ementa do Acórdão JJF nº 0092-01/03 cuja redação é:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-01/03

EMENTA: *ICMS. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO NAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de prestações tributáveis anteriormente realizáveis e também não contabilizadas. No entanto, provado que o contribuinte apresentou todas as notas fiscais informadas através da DME. Infração descaracterizada. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.*

Relativamente aos demais produtos, o autuado dissera que os critérios utilizados nos levantamentos seriam desconhecidos e, portanto, seria nulo o lançamento, por inobservância dos princípios que regem a atividade de fiscalização.

Ainda em sua defesa, o autuado dissera que no Auto de Infração não haveria qualquer prova efetiva das alegações feitas pela auditora fiscal, as quais teriam decorrido de meros indícios e não de determinação legal e que a autuação estaria embasada em presunção.

Citando a doutrina, tecendo comentários sobre presunção, discorrendo sobre os princípios da legalidade, do inquisitório, da verdade material e da capacidade contributiva e transcrevendo o art. 148 do CTN, asseverara que, caso a autuação fosse mantida, não havia como prosperar a aplicação da taxa de juros com base na variação da taxa Selic, uma vez que essa última possui natureza jurídica totalmente diferente dos acréscimos pela “mora” por parte do devedor e que a referida taxa ofende ao princípio constitucional da legalidade e ao art. 161 do CTN, conforme doutrina e jurisprudência que trouxera em sua defesa.

Requerera o autuado a realização de perícia para comprovar a impossibilidade de utilização dos critérios adotados pela autuante na apuração da diferença objeto do lançamento.

Em informação fiscal, às fls. 247 a 252, a autuante dissera que os valores dos estoques iniciais e finais das mercadorias foram extraídos dos livros Registro de Inventário do autuado (fls. 8 a 10), que as entradas de hipoclorito de sódio e das saídas de cada tipo de água sanitária foram obtidas dos “Relatórios de Produção” (fls. 11 a 20), que a liquidez do lançamento é inequívoca, não havendo como se falar em nulidade, porque o valor cobrado (R\$ 43.006,49) está consignado no Auto de Infração, nos campos “Total da Infração” e “Total do Débito (valor histórico)” e que no quadro “Total do Débito (valor histórico)” constam esclarecimentos acerca da correção monetária, dos acréscimos moratórios e da multa. Observara o autuante que o “Anexo do Demonstrativo de Débito” informa sobre a possibilidade de redução dos valores, caso o Auto de Infração fosse quitado no prazo inferior a trinta dias. Por fim, observa que o Acórdão JJF nº 0060-01/03 trata de situação distinta da que se encontra em discussão.

Quanto ao critério utilizado para o cálculo do imposto, a autuante dissera que a quantidade de hipoclorito de sódio consumida no processo produtivo fora obtida do “Relatório de Produção”, elaborado e fornecido pelo autuado e que o referido Relatório não apresenta perda no processo produtivo e, como a produção é controlada, a quantidade de hipoclorito de sódio que nele consta já teria considerado a quantidade adicional utilizada para se obter um produto uniforme. Dissera, também, a autuante que o “Relatório de Produção” refletiria a real utilização da matéria-prima na produção de água sanitária, pois não seria admissível considerar que o fabricante não soubesse a quantidade de matéria-prima consumida no seu processo produtivo. Observara, ainda, que não somara as quantidades de águas sanitárias constantes nas notas fiscais de saída e nem aplicara média aritmética para apurar o hipoclorito de sódio empregado, porém utilizara as quantidades consignadas nos “Relatórios de Produção”, onde não consta qualquer referência a perdas.

Relativamente aos demais produtos, a autuante diz que o critério para apuração das entradas e saídas são conhecidos e constam na nota de esclarecimento anexada à fl. 7 dos autos.

Em seu voto, acolhido à unanimidade por seus pares, o digno relator da 4ª JJF afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois o valor exigido no lançamento estaria claramente demonstrado no Auto de Infração e nos seus anexos e porque no Demonstrativo de Débito (fl. 3), do qual o autuado recebera cópia, estariam detalhados todos os valores que compõem a exigência fiscal (imposto, multa, base de cálculo, acréscimos moratórios, etc), ressaltando que de acordo com o art. 45, inciso I, da Lei nº 7014/96, o valor da multa prevista no inciso III do art. 42, da mesma Lei, seria reduzido em 80%, se o Auto de Infração fosse pago em até dez dias contados a partir da ciência da sua lavratura e que, por força da Lei citada, caso o débito não fosse pago até o seu ajuizamento, o sujeito passivo não terá direito a nenhuma redução do valor da multa e que assim, o fato de constar no Auto de Infração o valor do imposto exigido (R\$ 43.006,49), o valor do débito tributário sem desconto (R\$ 96.783,59) e com desconto (R\$ 72.699,97) não tornaria o lançamento carente de liquidez e nem implicara em cerceamento do direito de defesa do autuado.

O relator da 4ª JJF, considerando que nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência desse órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e considerando, ainda, que em relação à citada ilegalidade da legislação tributária estadual, a mesma não pode ser acatada, uma vez que não restou comprovada nos autos, não acolheu a alegação defensiva de que a taxa SELIC é inaplicável ao cálculo dos juros de mora, pois encontra-se prevista no Código Tributário de Estado da Bahia, em seu art. 102, § 2º, II, com a redação dada pela Lei 7.753, de 13/12/00.

Considerando o ilustre relator do processo em primeira instância que os critérios utilizados pela autuante nos levantamentos quantitativos de estoques estão respaldados na legislação tributária estadual, não merecendo nenhum reparo e que a auditoria fiscal de estoques fora realizada em conformidade com o previsto na Portaria nº 445/98 e considerando que o Acórdão JJF Nº 060-01/03 trata de matéria diversa da que se encontra em julgamento, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, indeferiu a solicitação de perícia, uma vez que outras provas existentes no processo seriam suficientes para o deslinde da questão, além de que, ao solicitar a realização da perícia, o autuado não fundamentara a sua necessidade, como exige o art. 145 do mesmo Regulamento.

No mérito da lide, salientando que o procedimento adotado pela autuante não foi inadequado e nem inaplicável aos produtos objetos dos levantamentos quantitativos de estoques e porque a volatilidade do hipoclorito de sódio não inviabiliza a realização de levantamentos quantitativos, como alega o autuado e considerando, também, que os dados referentes ao consumo de hipoclorito de sódio foram obtidos dos “Relatórios de Produção” do próprio sujeito passivo (fls. 11 a 20), concluiu que as eventuais perdas ocorridas no processo produtivo já foram computadas quando da confecção dos citados Relatórios.

Ademais, assegurou o digno relator que caso fosse considerada alguma perda no processo produtivo, a quantidade das saídas seria diminuída e, em consequência, a omissão de entradas aumentaria, agravando a exigência fiscal.

Mais, ainda dissera não acolher a alegação defensiva de que o lançamento estaria baseado em uma mera presunção, pois a autuante utilizara o previsto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96, que prevê que a entrada de mercadorias não contabilizadas, dentre outras hipóteses, e autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ficando ressaltado ao contribuinte provar improcedência da presunção.

Votou o digno relator do processo na 4ª JJF pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que a infração estaria caracterizada, sendo devidos os valores exigidos na autuação, e afirmando ter entendido que os demonstrativos feitos pelo autuante seriam consistentes com o disposto na Portaria nº 445/98 e que refletiriam a real movimentação dos estoques do autuado no período objeto da fiscalização, observando ainda que o autuado não indicara erro e nem apresentara demonstrativos para contrapor os elaborados pela autuante.

Em peça recursal de fls. 267 a 290, a ora Recorrente repete as alegações trazidas na defesa.

No que pertine à formalidade da acusação fiscal diz a Recorrente que lhe falta discriminação de valores, clareza e liquidez ao lançamento e que somente no voto do relator é que depreendera que os valores do imposto devido, com e sem acréscimos e por isso insiste na tese de nulidade do auto de infração.

No que concerne ao mérito, volta a atacar a metodologia aplicada para a determinação das saídas omitidas, entendendo que se trata de uma indústria a que não se aplica levantamento quantitativo igual ao que se aplica a empresas comerciais. Alegando que o hipoclorito de sódio é volátil e que no relatório de produção não foram computadas as perdas e por existir erro de cálculo, apresenta novo documento que acredita ser prova irrefutável da improcedência do resultado do levantamento quantitativo e do auto de infração, por ser presunção, voltando a protestar pela realização de diligência fiscal e pela impossibilidade de aplicação de juros com base na Taxa Selic, por sua natureza remuneratória.

Por tudo o que disse em se Recurso Voluntário, o recorrente já tendo pugnado pela nulidade da autuação, insiste na sua improcedência e caso não acolhido o novo laudo, nem determinada a diligência solicitada, pede a exclusão dos juros calculados pela taxa Selic.

Ouvida a PGE/PROFIS, esta manifestou-se dizendo que a decisão de 1ª Instância já houvera afastado a nulidade, aclarando a liquidez do débito e que as razões da autuada seriam inócuas, daí porque opinou pelo não provimento do recurso.

VOTO

Como já afastara a junta de julgamento também voto pelo afastamento da preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois o valor exigido no lançamento está claramente demonstrado no Auto de Infração e nos seus anexos e porque o Demonstrativo de Débito (fl. 3), apenas detalhados os valores que compõem a exigência fiscal (imposto, multa, base de cálculo, acréscimos moratórios, etc), para facilitar ao contribuinte o cumprimento, embora forçado, da obrigação tributária com o valor da multa reduzido em até 80%, se o Auto de Infração fosse pago em até dez dias contados a partir da ciência da sua lavratura, que não torna o lançamento sem liquidez e nem implica em cerceamento do direito de defesa do autuado.

Quanto a uma suposta inconstitucionalidade da legislação tributária estadual não é competência desse Conselho.

Em relação à suposta ilegalidade de que a taxa SELIC seria inaplicável ao cálculo dos juros de mora, também não pode ser acolhida porque se encontra prevista no Código Tributário de Estado da Bahia, em seu art. 102, § 2º, II, com a redação dada pela Lei 7.753, de 13/12/00.

Os levantamentos quantitativos de estoques estão respaldados na legislação tributária estadual, não merecendo nenhum reparo que justificasse a solicitação de perícia, uma vez que as provas existentes no processo são suficientes para o deslinde da questão, além de que, ao solicitar a realização da perícia, o autuado não fundamenta a sua necessidade, como exige o art. 145 do mesmo Regulamento.

Voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário posto que a infração está caracterizada, com suporte em documento fornecido pela própria empresa, que não demonstra de forma inequívoca que o documento oferecido ao autuante não reflete a realidade, que pudesse autorizar a sua substituição no processo.

Concordando com a manifestação da PGE/PROFIS, mantenho a Decisão de 1ª Instância que já houvera afastado a nulidade e não encontrara elementos que justificassem sua improcedência.

Observo que a decisão constante do Acórdão JJF Nº 0092-01/03 não se aplica ao caso, pois naquele julgamento restou provado que o contribuinte apresentou todas as notas fiscais informadas através da DME, sendo a infração descaracterizada, o que não se demonstra neste processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206973.0013/03-9**, lavrado contra **INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 43.006,49**, sendo R\$ 6.569,12, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$ 36.437,37, acrescido de idêntica multa e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSÊCA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS