

PROCESSO - A.I. Nº 279691.0711/03-8
RECORRENTE - SUICOVALLE - SUCOS E CONCENTRADOS DO VALE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 1ª JF nº 0090/01-04
ORIGEM - SAT - DAT/NORTE/COFEP
INTERNET - 13.07.04

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não foram apontados, objetivamente, erros no levantamento fiscal. Está caracterizada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Não acatada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para cobrar ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998). Imposto lançado: R\$ 111.547,92. Multa: 70%.

O autuado suscita, inicialmente, uma preliminar de nulidade, alegando desvio de finalidade e abuso de poder, questionando que o fiscal autuante não é lotado na área da circunscrição da Inspetoria de Irecê, à qual está vinculado o estabelecimento. Diz não ser esta a primeira vez que a mencionada autoridade autua a sua empresa. Reclama que a fiscalização se iniciou em 15/10/03 e foi concluída em 25/12/03, tendo nesse íterim havido prorrogação dos trabalhos da fiscalização, sendo que, 3 dias antes, no dia 22/12/03, cessara o prazo para fruição do benefício previsto na Lei nº 8.887/03, que permitia o pagamento de débitos com dispensa de multa. Considera ter havido desvio de finalidade, assinalando que se deve distinguir discricionariedade de arbitrariedade. Argumenta que se caracteriza desvio de finalidade quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público, o que implica violação moral da lei, colimando o administrador público fins não objetivados pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Pede que se decrete a nulidade do procedimento.

Quanto ao mérito, alega que a autuação não deve prevalecer, pois não há um único demonstrativo capaz de comprovar o acerto da ação fiscal, tornando-se imperiosa a necessidade de se apurar efetivamente o estoque objeto do presente lançamento, sob pena de violação de direitos constitucionais. Frisa que não foi obedecido o critério estabelecido no art. 60, II, 1, “a”, do RICMS/97, pois não foi utilizada a média dos preços, e sim o valor da pauta, o que considera ilegal.

Aduz a defesa que, ainda que se aceitasse o quantitativo do estoque indicado pela autoridade fiscal, o valor da obrigação principal seria de R\$ 101.080,56, e não o apontado no Auto de Infração, ressaltando que este não corresponde à verdade dos fatos, haja vista que o levantamento fiscal não foi elaborado com o cuidado e a atenção que se faziam necessários, gerando uma onerosidade excessiva em desfavor da empresa.

Estende-se na conceituação do fato gerador do ICMS, insistindo que no caso presente não ocorreu à circulação de mercadorias, já que não houve transferência da sua propriedade ou titularidade.

Considera que padecem de inconstitucionalidade as disposições da Lei Complementar nº 87/96 que admitem a incidência do ICMS nas simples transferências físicas de mercadorias de estabelecimento comercial do mesmo titular. .

Afirma que o Direito Tributário acompanha, coerentemente, a regulação da matéria do direito privado, pois a lei escolheu como momento da ocorrência do fato gerador do ICMS a saída da mercadoria do estabelecimento do comerciante, industrial ou produtor, o que significa dizer que o fato gerador não é a saída meramente física, mas da saída como execução de um ato ou negócio (operação jurídica) translativo da titularidade da mercadoria. A saída, nas operações correntes dentro do território nacional, ou a entrada, nas importações, são os momentos marcantes da tradição, que exteriorizam a circulação jurídica das mercadorias. Antes disso, nem se consuma a transferência da titularidade da mercadoria, nem se consuma o fato impositivo do ICMS.

Requer a anulação do Auto de Infração.

O fiscal autuante destaca que a defesa não apresentou nenhum levantamento técnico para se contrapor ao levantamento que dá suporte ao Auto de Infração. Observa que foram anexados a este o demonstrativo analítico das entradas e das saídas de mercadorias, o levantamento dos estoques iniciais e finais com os referidos códigos das mercadorias, obtidos do Registro de Inventário, e o demonstrativo analítico com o resultado final da apuração e a forma de cálculo.

Quanto à alegação da defesa de que o fiscal autuante não está lotado na Inspetoria de Irecê, o informante admite tal fato, explicando que o contribuinte, apesar de estar localizado em Irecê, faz parte das empresas cujo controle e fiscalização estão sob responsabilidade da Coordenação de Fiscalização das empresas de Grande Porte da Diretoria Norte, com sede em Feira de Santana, sendo este o motivo de um agente fiscal desta unidade ter sido designado para fiscalizar o referido estabelecimento.

Relativamente à utilização do preço de pauta fiscal para apuração do montante devido, o fiscal explica que assim procedeu porque as mercadorias objeto do levantamento são todas sujeitas à substituição tributária, cujos preços são estipulados em pauta fiscal, e por ser o contribuinte responsável pelo encerramento da fase de tributação desses produtos na condição de filial atacadista de um estabelecimento industrial.

O julgador de Primeira Instância argumenta que a questão levantada pela defesa como preliminar não indica, do ponto de vista formal, nenhum aspecto que macule o lançamento, e tampouco aponta, no plano substancial, qualquer afronta aos princípios constitucionais que norteiam o processo administrativo. No máximo, é apenas lamentável que por uma questão de apenas 3 dias a empresa não pôde beneficiar-se do favor da Lei nº 8.887/03. O fato de o autuante não ser lotado na repartição local é matéria do âmbito interno da administração.

Quanto à adoção da pauta fiscal, considera correto o procedimento, haja vista que há previsão regulamentar nesse sentido (RICMS/97, art. 61, III).

Diz que a defesa tece considerações respeitáveis no que concerne à teoria da incidência do ICMS, pois, evidentemente, a norma jurídica desse tributo não incide sobre mercadorias, nem sobre circulação de mercadorias, mas sobre operações relativas à circulação de mercadorias, alegando que não é devido o imposto no caso de simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Recusa-se a comentar esse aspecto, porque não é objeto da autuação, pois o lançamento do imposto não se refere a transferências de mercadorias entre

estabelecimentos. O Auto de Infração diz respeito é ao imposto relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documento fiscais, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Embora o fiscal autuante não tenha dito no Auto de Infração – e deveria ter dito, em atenção ao art. 39, III, do RPAF/99 –, as mercadorias em questão são todas elas enquadradas no regime de substituição tributária. Mas, apesar disso, não estava encerrada a fase de tributação, haja vista que, conforme foi explicado pelo autuante na informação fiscal, o estabelecimento autuado é filial atacadista de um estabelecimento industrial. Sendo assim, é a filial quem assume a condição de responsável pela retenção do imposto nas operações que realiza, de modo que só a partir destas é que se considera encerrada a fase de tributação (RICMS/97, arts. 355 e 356). Essas circunstâncias, inclusive as razões do emprego da pauta fiscal, deveriam ter sido explicitadas no corpo do Auto de Infração, como mandam os incisos III e VI do art. 39 do RPAF/99. Não obstante isso, na instrução deste processo, não foi determinada a reabertura do prazo de defesa, por haver percebido, pelo teor da defesa, que o contribuinte compreendeu as razões e fundamentos do lançamento.

Conclui afirmando estar caracterizada a infração, pois o Auto de Infração diz respeito a levantamento quantitativo de estoques, foi apurada omissão de saídas de mercadorias e a defesa não apontou erros do levantamento fiscal. Vota pela Procedência do Auto de Infração.

No seu Recurso Voluntário o recorrente repete quase que integralmente os argumentos expendidos em sua defesa, reiterando que a fiscalização procedeu com abuso de poder, em evidente desvio de finalidade, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

A Douta Procuradoria opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por entender, inicialmente, que a preliminar de nulidade não deve ser acatada, pois o processo administrativo fiscal transcorreu sem vícios capazes de nulificá-lo, porque *“o COTEB estabelece a competência privativa do Auditor Fiscal para a lavratura do Auto de Infração, sendo a lotação do funcionário matéria administrativa, irrelevante no momento. Quanto ao alegado desvio de finalidade, entendo que não restou devidamente demonstrada, nem cabia ao CONSEF apreciar tal acusação. À empresa cabe, se assim entender, intentar ação judicial com esse propósito, ou requerer à autoridade competente que instaure procedimento disciplinar próprio para apuração dos fatos narrados. Entendo, no entanto, que o importante para o processo administrativo fiscal é a afirmativa do prejuízo pela empresa do direito de fruir o benefício legal do pagamento do crédito tributário com redução da multa. Tal afirmativa não é verdadeira, pois, como dito pelo. Próprio Recorrente, a fiscalização encerrou suas atividades 3 dias antes do prazo para fruição do benefício. Além do mais, os fatos geradores aqui apurados são de 98, durante todo esse tempo o contribuinte pôde exercer o direito de denunciar espontaneamente. No mérito, o recorrente afirma que os dados do livro de Inventário não foram considerados de forma correta pelo fiscal. Entendo que não é essa a matéria aqui posta. A fiscalização detectou omissão de saídas anteriores em razão de levantamento quantitativo. A natureza das operações dissertadas pelo Recorrente em nada interfere nos números do levantamento”*.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, entendendo desnecessário estender-me em argumentações, pois o julgador de Primeira Instância e a Douta Procuradoria muito bem fundamentaram a sua insustentabilidade reiterando que cabe ao COTEB estabelecer a competência prévia do auditor fiscal para a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, o recorrente em seu Recurso Voluntário se limitou a requerer a anulação do Auto de Infração, com extensa argumentação sobre a ilegalidade da ação fiscal, sem apresentar

qualquer contestação aos fatos elencados. No entanto, o julgador “*a quo*” e douta procuradora analisaram e contestaram adequadamente os argumentos constantes da defesa, para sustentar a manutenção do Auto de Infração. Por todas essas razões, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida, pela PROCEDÊNCIA da autuação.

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 279691.0711/03-8, lavrado contra **SUCOVALLE - SUCOS E CONCENTRADOS DO VALE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$111.547,92**, 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, 21 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

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