

A. I. N° - 207140.0028/05-0
AUTUADO - UNILEVER BESTFOODS BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 07/12/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0437-03/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração mantida. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. Indeferida a perícia solicitada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/07/2005, exige ICMS no valor de R\$257.387,27, acrescido da multa de 70%, em razão da falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apuradas através de levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias em exercício fechado, referentes aos exercícios de 2000 e 2001.

O autuado através de advogado (fl. 327), ingressa com defesa, fls. 290 a 324, na qual tece os seguintes argumentos:

Em relação à preliminar da nulidade do auto de infração – Presunções, indícios e ausência de documento probatório, alega:

1. Falta de elementos formadores da convicção do agente por não estarem sustentados por documentos probatórios ou métodos de avaliação empíricos, “baseado em meros indícios, partindo de presunções e conclusões arbitrárias e injustificadas, lavrado com diversos erros, vícios e imperfeições”, desse modo, transfere para o contribuinte o ônus da prova.
2. Falta dos ditames do princípio da legalidade por falta de fortes indícios da infração, uma vez que teria que vir acompanhados de outros elementos ou provas.

Reproduziu ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira (fl.299/300) e Hugo de Brito Machado (fl.301), julgados da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes da Fazenda

Federal (fl. 300), da Secretaria da Fazenda do Ceará (fl.300), votos dos Conselheiros Francisca Elenilda dos Santos (fls.303/304), Resolução 102/98) e José Carlos Vitoriano (fls.305/306), sessão de 06/05/93, Resolução 112/93-1ª. Câmara, Dulcimeire Pereira Gomes, Sessão 03/07/9, Resolução 0251/95 (fls. 306/307).

No Mérito, alega a impropriedade do Auto de Infração nos seguintes termos:

1. Em relação ao livro Registro de Inventário e mercadoria perecida - Argui que possui um rígido controle de estoque e escrituração das mercadorias entradas em seu estabelecimento, seja por meio do estabelecimento fabril, situado no Estado de São Paulo, seja de devoluções de seus clientes referentes às mercadorias perecidas. Quanto a estas últimas, por não podem ser vendidas novamente, alega que são destruídas, afirmando que “resta claro, que uma vez perecido o produto, ele deixa de fazer parte do meu estoque, para ser lançado em perdas” e que o autuante, simplesmente, lançou todas as notas fiscais de transferências no estoque existente, ignorando o CFOP das notas fiscais, cometendo o equívoco de considerar que as mercadorias descritas no item “transferência integravam fisicamente o estoque da impugnante”.
2. Das diferenças entre as unidades de medidas utilizadas para o controle de estoque e para venda das mercadorias - Atribuiu as diferenças constatadas ao fato de o autuante não ter considerado os critérios de apuração e controle das quantidades dos produtos, citando como exemplos tipos de embalagens diferentes, com pesos diferentes.
3. Do caráter confiscatório da multa - Diz ser elevada a multa aplicada pelo autuante, quase atingindo o valor do tributo questionado. Transcreve ensinamentos de Vittorio Cassone (fl.313), Luiz Emyddio F. da Rosa Júnior (fl. 313), Ação Direta de Inconstitucionalidade 551, do Estado do Rio de Janeiro, Leonel Brizola. Ressaltando que o julgamento confirmou a liminar em 1991, pelo Ministro Marco Aurélio, de que a multa não pode ultrapassar a quantia da dívida principal e transcreve a ementa (fl. 314). Acrescenta ainda que a multa abusiva acarreta também, distinção injustificável, violando o princípio da isonomia previsto inciso I do artigo 5º da Constituição Federal. Transcreve parte do voto do Ministro Ilmar Galvão, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (fl. 316).
4. Da boa fé da impugnante. Neste sentido argumenta que não houve má fé da sua parte, visto que seus atos não visavam prejudicar o erário público estadual.
5. Da exclusão da multa punitiva ante a boa fé da impugnante – Pede a desoneração da multa alegando a boa fé da impugnante, tendo em vista que praticou todos os atos e procedimentos necessários previstos na legislação.
6. Da inexistência de prejuízo ao erário - Diz não ter causado prejuízo ao erário pelo fato das operações listadas no auto de infração estarem acobertadas por documentos fiscais, estando os mesmos tributados pelo ICMS. Transcreve decisão do Processo nº DRT /15-0177/69 (fls. 319/320) da Sétima Câmara do Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e os as Ementas dos Acórdãos de números 3286/99-CJUL, 935/98- ICJUL, 1433/98- II CJUL, do Conselho Administrativo Tributário do Estado de Goiás.
7. Da inaplicabilidade da Taxa Selic na apuração do crédito tributário - Questionando a legalidade da utilização da Taxa Selic na “mora debitoris” diz que desvirtua da sua origem e finalidade o que prejudica e inviabiliza a utilização pretendida pelo sujeito ativo da obrigação tributária. Transcreve o artigo 161 do CTN, aduzindo que a multa tem por finalidade única ressarcir o sujeito ativo da obrigação tributária quanto aos prejuízos causados pelo pagamento extemporâneo do seu crédito.

8. Para finalizar, pede a nulidade do Auto de Infração, conforme preliminar ou, em se apreciando o mérito, a improcedência do mesmo. “Protesta ainda pela juntada posterior dos documentos necessários à comprovação do ora alegado, para que seja procedido novo levantamento quantitativo de entradas e saídas dos produtos, o que comprovará a lisura dos procedimentos da impugnante, bem como requer que seja deferida a realização de perícia, nos termos do artigo 52 da Lei 12.732 de 24/09/1997, quando então a impugnante indicará seu assistente técnico. ‘.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 332 a 335), rebate as alegações defensivas, nos seguintes termos:

1. Em relação à nulidade suscitada pelo o autuado : Diz que não pode prosperar, uma vez que a autuação não se trata de “meros indícios” e sim um levantamento fiscal, demonstrado através de planilhas, onde foram indicadas todas as entradas e saídas, nota por nota, produto por produto, além dos estoques inicial e final de cada exercício, sendo obedecidas todas as técnicas de auditoria de estoque, as quais evidenciam diferenças que caracterizam a realização de operação de saídas de mercadorias sem documento fiscal e sem pagamento do ICMS. No tocante aos “erros, vícios e imperfeições”, diz que se existem, não foram demonstrados na peça de defesa, disse ainda que o mesmo aconteça em relação a outros elementos ou provas, considerando que na auditoria de estoques encontram-se todos os elementos e provas que possibilitam o pleno exercício de defesa e o contraditório. Quanto à falta de fundamentação legal para a exigência do ICMS, disse que a Lei 7.014/96 estabelece que o fato gerador do ICMS ocorre no momento de saídas de mercadorias de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular (art. 4º), saídas, estas, apuradas através do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.
2. No aspecto atinente ao livro Registro de Inventário e mercadoria perecida – Argüi que se foram dadas as entradas e saídas de todas as mercadorias perecidas através de notas fiscais, tendo sido lançadas todas as notas no levantamento fiscal, conclui-se que as diferenças encontradas tratam-se, então, de mercadorias próprias para o consumo sem a emissão de documento fiscal e, conseqüentemente, sem o pagamento do imposto.
3. Quanto às diferenças entre as unidades de medidas utilizadas para controle de estoque e para a venda das mercadorias – Afirma que a justificativa apresentada pelo autuado da não observância, no levantamento fiscal, das embalagens diferentes e pesos diferentes e mercadorias perecidas, também não procede, uma vez que, o autuado não demonstrou quais produtos entraram ou saíram com esses erros apontados.
4. Em relação ao argumento de caráter confiscatório da multa, cita que o critério foi estabelecido pela Lei Estadual 7.753 de 13 de dezembro de 2000, que deu base ao Decreto 7.886 de 29/12/00, o qual acrescentou o art. 138-B do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284, de 14 de março de 1997, desde modo, não cabe qualquer discussão sobre a legalidade da aplicação do referencial da Taxa Selic.
5. Referente ao pedido de exclusão da multa punitiva ante a boa fé da impugnante - Sustenta que a multa foi aplicada conforme estabelece o artigo 42 inciso III, da Lei 7.014/96 de 70% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos.
6. E quanto ao pedido de perícia, observa que se trata de solicitação não foi fundamentada e não houve a formulação de quesitos no pedido, conforme prescreve o artigo 145 do RPAF/99, entendendo ser indeferido de plano.

Concluindo, requer a procedência do Auto de Infração, dizendo que o autuado não comprovou o contraditório com elementos probatórios, tais como notas fiscais, e/ou demonstrativos (RPAF/99 artigo 142), restando o acerto da autuação.

VOTO

O autuado requereu perícia para que fosse procedido novo levantamento quantitativo de entradas e saídas dos produtos, porém não trouxe aos autos nenhum documento que indicasse haver erro nos demonstrativos elaborados pelo autuante, demonstrando a necessidade de perícia. Portanto, indefiro tal solicitação com base no art. 147, I e II do RPAF/99, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção a respeito da matéria bem como por entender desnecessária em vista dos demonstrativos anexados pelo autuante.

Afasto as preliminares de nulidades suscitadas pelo autuado, tendo em vista que a motivação para lavratura do Auto de Infração em lide encontra-se comprovadas nos papéis de trabalho resultante do roteiro de auditoria aplicada, ou seja, “Levantamento Quantitativo de Estoque”, os quais demonstram infração à legislação do ICMS. Os referidos papéis de trabalho encontram-se acostado ao PAF, estando os fatos detalhados, com indicação clara dos dispositivos infringidos.

Constato que o lançamento tributário, objeto da lide, em momento algum feriu o princípio da segurança jurídica, nem impediu o autuado de exercer a ampla defesa e o contraditório, estando todas as infrações descritas com bastante clareza, e apoiadas nos documentos fornecidos pelo autuado, e providas nos demonstrativos e levantamentos quantitativos com base nos valores reais escriturados pelo estabelecimento, cujo referido roteiro de fiscalização - levantamento quantitativo por espécie de mercadorias - ou mais precisamente auditoria de estoques, por está em consonância com os princípios contábeis serve de elemento de prova da apuração do crédito tributário.

Verifico ainda na análise dos elementos constantes nos autos que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em decorrência da falta de recolhimento do imposto pela constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2000/2001), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das entradas omitidas.

A Portaria Nº 445 de 10.08.98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de Levantamento Quantitativo, estabelece:

“Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior que os das entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas(RICMS/97, art. 60, II, e e § 1º) com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração de entradas.

II - deve ser exigido o ICMS correspondente às apurações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais, e , conseqüentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no

preceito legal de que falta contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção de ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto. Portanto, a exigência do tributo deve ser feita, neste caso, em função da presunção de omissão de saídas decorrente de receitas não contabilizadas, tendo como base de cálculo a omissão de entradas;”

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado expressa o real movimento das mercadorias, e demonstra, claramente a apuração do crédito tributário, metodologia essa adotada pela fiscalização.

Os argumentos do autuado em relação ao tratamento dado pelo autuante em relação às mercadorias perecidas e na quantificação nas embalagens, não foram capazes de elidir a imputação, pois o art. 123, do RPAF/99, assegura ao autuado o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, e, de acordo com o artigo 143 do RPAF, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

A atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8.087, de 27/12/2001). Também este órgão julgador não pode declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167, do RPAF/BA).

No tocante a alegação de que a multa aplicada é confiscatória, tenho a ressaltar que a mesma está prevista no artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior.

Em relação à desoneração da multa, também não é da competência dos órgãos julgadores, de primeira instância, ao teor do artigo 159 do RPAF.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 207140.0028/05-0**, lavrado contra **UNILEVER BESTFOODS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$257.387,27** sendo **R\$166.513,50**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais **R\$90.873,77**, acrescido da multa de 70%, prevista no mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR