

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0029/05-7
RECORRENTE - UNILEVER BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 3º JJF nº 0437-03/05
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19/12/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0499-12/06

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do art. 156, inciso I do CTN, extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do art. 122, do RPAF/99. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 09/08/2005, para exigir ICMS no valor de R\$222.270,06, acrescido da multa de 70%, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributadas 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 em exercício fechado, referente 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 inexistência 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 da Conselheiros Francisca Elenilda dos Santos (fls. 303/304), Resolução nº 102/98) e José Carlos Vitoriano (fls. 305/306), sessão de 06/05/93, Resolução nº 112/93-1ª Câmara, Dulcimeire Pereira Gomes, Sessão 03/07/9, Resolução nº 0251/95 (fls. 306/307).

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

1. Em relação livro Registro de Inventário e mercadoria perecida - argúi que possui um rígido controle de estoque e escrituração em relação às 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. Em relação a estas últimas, por não poder ser vendida 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 - argüi 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 Inconstitucional ide 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 autuado - Diz que não pode prosperar, uma vez que a autuação não 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. Quanto aos “erros, vícios e imperfeições”, diz que se existem, não foram demonstrados na peça de defesa; disse ainda que o mesmo acontece 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. No tocante à falta de fundamentação legal para a exigência do ICMS, disse que a Lei nº 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. Relativamente ao livro Registro de Inventário e mercadoria perecida – Sustenta que se foram dadas 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. No tocante às diferenças entre as unidades de medidas utilizadas para o controle do estoque e para vendas 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 caráter confiscatório da multa. Assevera que o critério foi estabelecido pela Lei Estadual 7.753 de 13 de dezembro de 2000, que deu base ao Decreto nº 7.886 de 29/12/00, o qual acrescentou o art. 138-B do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 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. No que diz respeito à exclusão da multa punitiva ante a boa fé da impugnante. Destaca que a multa foi aplicada conforme estabelece o artigo 42 inciso III, da Lei nº 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. Quanto ao pedido de perícia, observa que se trata de solicitação não 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 adequados, tais como notas fiscais, e/ou demonstrativos (RPAF/99 artigo 142), restando o acerto da autuação.

O Julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte 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.”

O contribuinte apresenta Recurso Voluntário repetindo quase que integralmente os termos de sua defesa. Reitera o pedido de diligência para que seja procedido novo levantamento quantitativo de entradas e saídas dos produtos correspondentes ao período objeto da autuanexoando novos elementos probatórios.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer de fls. 1070/1071, manifesta-se nos seguintes termos:

“Da análise dos autos, verifico que a Decisão recorrida não padece de nulidade, posto que os i. julgadores entenderam que o contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários para a realização da prova pericial, estando, pois, afastada a alegação de nulidade da Decisão. Quanto à nulidade do Auto de Infração, também não vislumbro, pois o trabalho foi desenvolvido dentro dos padrões estabelecidos e a presunção aplicada é prevista em lei, precisamente no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 que disciplina o ICMS no Estado da Bahia. Quanto ao caráter confiscatório da multa, falece competência ao CONSEF para apreciar a matéria, nos termos do art. 169 do RPAF/99. É importante frisar que a multa aplicada a prevista na Lei nº 7.014 para a infração imputada. No tocante à aplicação da taxa SELIC, a questão já foi pó demais debatida nos Tribunais Superiores que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da sua aplicação (transcreve Decisão). Quanto aos erros indicados pelo recorrente em relação às devoluções de produtos perecidos e nas quantidades levantadas, entendo que os documentos ora anexados devem ser analisados pela assessoria técnica, por ser matéria a eminentemente fática”.

Após competente aprovação da 2ª CJF, o processo foi encaminhado à ASTEC para a realização da diligência sugerida pela procuradoria fiscal.

O fiscal diligente relata em seu Parecer de fls. 1076/1078, os diversos entendimentos e reuniões mantidas com prepostos do contribuinte, desde 18/07/2006, em busca dos elementos necessários ao cumprimento da diligência requerida. Após diversos encontros e troca de comunicações, a empresa encaminhou correspondência informando que em face de dificuldades técnicas dos equipamentos de controle, necessitava de mais trinta dias de prazo para fornecer os documentos solicitados pelo fiscal diligente. Em consequência, o diligente, atendendo orientação do Coordenador da ASTEC, deu por encerrado o seu trabalho.

Em nova manifestação a este Conselho de Fazenda, o recorrente reitera o pedido de dilação do prazo para apresentação dos documentos.

Retornando o processo à PGE/PROFIS, a ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, considerou que foi dada oportunidade ao contribuinte de produzir as provas requeridas, não trazendo ele os elementos necessários, mesmo lhe tendo sido concedido prazo considerável, já que os contatos foram iniciados em 18/07/2006 e a conclusão da ASTEC é de 31/08.2006.

Reitera os termos do Parecer de fls. 1070/1071, quanto às questões jurídicas ali postas, e opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Às folhas 1095v veio a informação de que o contribuinte pagou integralmente o Auto de Infração, no valor exato da condenação.

VOTO

O contribuinte optou pelo pagamento do imposto exigido para auferir os benefícios da Lei nº 10.328/06 (Lei da Anistia Fiscal). Em consequência, fica **EXTINTO** o processo administrativo fiscal, devido a esta opção cessa a discussão da lide, razão pela qual devem ser homologados os valores recolhidos pelo contribuinte e arquivamento do processo.

Assim, considerando o acima exposto, o Recurso Voluntário deve ser considerado **PREJUDICADO**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 207140.0029/05-7, lavrado contra **UNILEVER BRASIL LTDA.**, devendo os autos ser encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ -RELATOR

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