

A. I. N ° - 269191.0010/07-5
AUTUADO - BUNGUE ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 27. 11. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0366-01/07

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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitadas as arguições de nulidades. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2007, pela falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 443.196,43, acrescido da multa de 70%, 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 mercadorias em exercício fechado. Exercícios de 2004, 2005 e 2006. Multa de 70%;

O autuado apresentou defesa às fls. 96 a 106, alegando, preliminarmente, a nulidade do procedimento fiscal, tendo em vista que se verifica uma completa confusão do que efetivamente se constitui o fato gerador do lançamento tributário, quando afirma que houve falta de recolhimento de ICMS (...) de saídas (...) não declaradas com base na presunção legal (...) ao deixar de contabilizar as entradas (...). Segundo o impugnante, o autuante fez numa criação absolutamente abstrata e ilusória de fatos nunca ocorrido, citando dispositivos nos quais inexistiu a especificação cabível, causando um trabalho de adivinhação que certamente não se aplica ao direito de ampla defesa e o contraditório.

Alega que o lançamento tributário não foi fundamentado legalmente estritamente aplicável e não trouxe a devida motivação, ferindo dois princípios constitucionais norteadoras da administração pública, “Legalidade e da Motivação”, reproduzindo o pensamento sobre motivação de Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, 15 ed. Revista dos Tributais, pág. 174. Além do mais, continua o autuado, o autuante não expôs as razões de fato que caracterizam a infração perante o fisco.

Entende que, por estas razões o Auto de Infração é nulo.

Entende o impugnante que o autuante não levou em conta os livros Registro de Inventário e o de Registro de Estoque e Produção – P3, nos quais é possível constatar que inexistiu qualquer diferença de estoque, não existindo saídas sem emissão de nota fiscal e sequer de entradas sem

registro. Assevera que o autuante tomou como parâmetro do lançamento tão somente as notas fiscais de entradas e saídas para apurar a diferença alcançada.

Afirma que, no ato de entrada do produto, emite nota fiscal de entrada considerando o peso líquido de balança, que nada mais é do que o peso da soja/milho em grãos que fisicamente entrou na empresa, cujo valor é registrado no sistema de matéria prima, estoque e no livro P3. Porém, segundo ele, quando o produto não atinge os níveis de qualidade há descontos, previamente constantes em contrato, motivando uma redução de quantidade chamada de peso líquido, tendo sido este o valor registrado na escrita fiscal, por equívoco dos funcionários responsáveis, portanto, menor que a quantidade descrita no item acima.

Explica que o equívoco do funcionário responsável na emissão das notas fiscais de entrada da soja/milho em grãos, ou seja, daqueles que apresentaram padrão de qualidade abaixo do estabelecido em contrato, assim o fez pelo peso líquido, ao contrário do registro realizado no livro Registro de Inventário e no de Estoque e Produção P3, que foi pela quantidade que verdadeiramente deu entrada, baseada no peso líquido da balança. No ato da venda eram estas as quantidades que se possuía em estoque.

Argumenta que não é razoável aceitar que o autuante não tenha detectado este erro de procedimento, que longe está de caracterizar em entradas sem documento fiscal, tão pouco justificar a absurda presunção levada a efeito pelo mesmo, ou seja, da entrada que não foi registrada que motivou uma saída também não registrada, cujo ICMS não teria sido recolhido.

Assevera que tem à disposição os comprovantes da balança e demais documentos que acompanharam a movimentação da mercadoria para demonstrar as entradas líquidas reais, que são exatamente as que registrou no livro Registro de Inventário e no de Estoque e Produção P3. De outro lado, continua, o próprio Levantamento fiscal deixa bastante evidenciado que inexistiu o fato apontado como infração - saída sem recolhimento do imposto -, posto que todas as saídas apontadas nas NF's relacionadas foram de transferência para seu outro estabelecimento neste Estado, portanto, sem incidência do imposto, e destinadas à industrialização.

Complementa argüindo que nas supostas saídas, maiores que as entradas, relacionadas nas NF's de entrada, não havia incidência de ICMS para que a exigência pudesse ser consumada. E o que é mais grave: aplicou uma penalidade pela suposta infração, na sua mera suposição, conforme infração imputada.

Alega que a infração é por demais grave, pois leva em consideração supostos atos fraudulentos praticados pela impugnante e que, nos termos do dispositivo transcrito, devem ser comprovadamente sustentados, não apenas com o tal 'levantamento quantitativo de estoque', especialmente pela gravidade apontada, mas de forma inequívoca a existência de atos fraudulentos. Alega que não foi o que se verificou da motivação fiscal, posto que parte de um levantamento parcial, haja vista que não atentou para os demais livros onde constam os registros dos estoques e de inventário, e principalmente porque não demonstrou os atos fraudulentos, tais como as entradas e ou saídas não contabilizadas.

Segundo o autuado não houve falta de registro de entrada ou saída de mercadorias, mas exclusivamente erro na emissão das notas fiscais de entrada no item da quantidade, todavia, o que não ocorreu no livro Registro de Inventário e no P3, e que pode ser identificado e sanado, a demonstrar que não passou de erro de escrituração.

Destaca que primeiro cabe a robusta comprovação deste tipo de prática pela Impugnante, o que em absoluto não ocorreu, e, por outro lado, já que o autuante partiu para a presunção, caberia então a demonstração através de outros meios de prova, inclusive o "levantamento quantitativo de estoque", e não apenas este, para concluir as presunções.

Alega que em outro processo, referente ao Auto de Infração nº 269191.0021/06-9, houve a diligência, cuja cópia está juntada, que demonstrou claramente o equívoco levado a efeito no

lançamento semelhante ao presente, razão mais do que suficiente para a realização da mesma também nestes autos.

Argumenta que, no que se refere à multa, o próprio STF já rechaçou a aplicação de multas nesse percentual, caracterizando claramente o confisco vedado pela CF/88. Segundo o impugnante o confisco fica mais evidente, caracterizando como absurda e sem sentido a valoração da infração através de multa em percentual de 70% do imposto devido. Acrescenta que os argumentos aduzidos pela impugnante não estão sendo lançados no vazio, mas muito pelo contrário, foram confirmados através da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos Autos do Agravo Regimental nº 202.902-8, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, publicada no Diário da Justiça nº 118-E, de 24/06/98.

Assegura que as decisões dos Tribunais Administrativos do país têm constantemente afirmado que em caso de não haver prejuízo ao Estado, não se justifica aplicação de multa.

Transcreve o art. 159, IV da Constituição Federal, para fundamentar sua conclusão de que, no presente caso, houve a fixação de multa em valor exorbitante e desproporcional em relação à natureza da infração imputada à impugnante. Verificando-se, portanto, o caráter confiscatório da multa aplicada sobre a infração apontada no Auto de Infração, e o expreso reconhecimento do próprio Fisco que o imposto foi devidamente apurado e recolhido ao Estado da remetente dentro do prazo.

Requer que seja considerada procedente sua impugnação, cancelando-se a exigência do imposto, da multa e dos juros, por ser medida de direito e de justiça, requerendo, desde já, a realização de diligência e perícia para comprovação do alegado, sem prejuízo da juntada de outros documentos para comprovação do quanto alegado.

O autuante, às fls. 141 a 143, apresenta a Informação Fiscal, alegando que o lançamento efetuado obedeceu, em sua integridade, ao previsto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 6284/97, bem como especificamente à Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998, com a produção de todos os elementos necessários para fundamentar a ação fiscal, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final. Quanto ao estoque inicial e final, baseou no livro Registro de Inventário, anexado ao processo às folhas 15 a 21 do mesmo PAF. Já às entradas e saídas, considerou as notas fiscais de entrada e de saída do contribuinte, como dispostas na forma de documentos fiscais eletrônicos nos arquivos SINTEGRA entregues pelo mesmo contribuinte à Sefaz-BA, no atendimento da exigência contida no artigo 704-A do citado RICMS/BA. Informa que, para efetuar a apuração, foi utilizado o sistema de auditoria automatizada da Sefaz/BA, sigla “SAFA”, o qual produz os demonstrativos de apuração do estoque, bem como a listagem de mercadorias e notas fiscais consideradas e apuração dos preços médios quando necessários.

Afirmam que as multas aplicadas estão plenamente fundamentadas, seguindo o exigido na legislação penal fiscal, não representando qualquer novidade no que diz respeito à apuração de omissão de estoques por levantamento quantitativo por espécie de mercadoria em exercício fechado.

Acrescenta que todos os demonstrativos produzidos, no curso da ação fiscal, foram entregues ao contribuinte em papel e em meio magnético (Compact Disk), inclusive os referentes ao lançamento propriamente dito, tendo o contribuinte assinado recibo quanto a isso, folha 14 do PAF. Cópia do citado “CD”, encontra-se grampeado no verso da mesma folha 14.

Afirma que o aludido “Registro de Estoque e Produção – P3, não se faz necessário na verificação e um levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, tendo em vista a consideração do livro “Registro de Inventário” Complementa arguindo que a apuração de estoques em exercício fechado parte do inventário físico realizado no final do exercício anterior ao da apuração, das notas fiscais de entrada e saída do exercício e do inventário físico ao final do exercício, e isso foi feito.

Aduz que não é capaz, portanto, de produzir qualquer efeito na apuração à anexação ao processo de livros fiscais como o “*Registro de Estoque e Produção - P3*”, principalmente por não ter o contribuinte indicado de que forma os demonstrativos elaborados, referentes à ação fiscal, seriam afetadas por tais registros. Afirma que o autuado não fez isso pois não há reflexo algum, uma vez que o resultado seria o mesmo que o apurado na fiscalização.

Assevera que às notas fiscais que acrescenta à sua defesa, as mesmas já foram consideradas no levantamento fiscal realizado.

Alega que os descontos posteriormente apurados, por questões ligadas a qualidade do produto, a redução indicada na quantidade, como confessado pelo contribuinte, é consequência de um erro da empresa, que teria sido cometido por seus funcionários, permitindo-se inferir, na sequência de seu raciocínio, que tal erro tenha sido o causador das divergências detectadas na ação fiscal que, portanto, é mais uma vez confirmada como plenamente procedente.

Salienta que qualquer ajuste nas quantidades dos estoques, por qualquer motivo que seja, deve ser efetuado com a emissão de notas fiscais, com a devida tributação inclusive, tendo em vista que configuram hipóteses de encerramento de fase de diferimento da mercadoria. Isso não foi feito pelo contribuinte, que se limita a confessar seu erro, querendo que o simples registro de tais ajustes supostamente existentes no livro “*Registro de Estoque e Produção - P3*” seja capaz de afastar cobrança do imposto devido por tais ajustes, o que não é o caso.

Afirma que a cobrança do ICMS, sobre tais diferenças confessadas e não oferecidas à tributação pelo contribuinte, foram exigidas na apuração de estoques realizada, tendo em vista, então, a não realização tempestiva dos mesmos ajustes pelo próprio contribuinte, via emissão de notas fiscais.

Não houve, portanto, segundo o autuante, qualquer equívoco da fiscalização. Os equívocos e omissões confessadas pelo contribuinte, quanto à falta de emissão de notas fiscais tributadas, que diz o mesmo serem devidas por “*ajustes no estoque*”, e que teriam sido lançadas no livro “*Registro de Estoque e Produção - P3*”, reforçam e confirmam, portanto, integralmente, a ação fiscal.

VOTO

O presente lançamento de ofício, traz a exigência pela falta de recolhimento do ICMS 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 mercadorias em exercício fechado.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades arguídas pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com o fato efetivamente ocorrido, e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, uma vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que fundamentaram a sua prática. No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais. Não havendo, dessa forma, violação aos princípios da legalidade ou da motivação.

A defesa argüi suposta ilegalidade das multas incidentes sobre o imposto reclamado. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante as multas previstas no inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com percentual de 70%, em ajustada cominação com o descumprimento da obrigação tributária descrita no presente Auto de Infração.

Quanto à arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora

Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Resta complementar com a ciência de que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de diligência, formulado pelo autuado, indefiro, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não se fazer necessárias outras provas a serem produzidas.

Ao teor dos argumentos defensivos, verifico que as alegações de mérito se cristalizam na existência de erro do funcionário da empresa, uma vez que o mesmo registrou o peso menor do que o efetivamente entrou no seu estabelecimento, por conta de um desconto que tem o autuado quando o produto não atinge os níveis de qualidade, previamente constantes em contrato, motivando, segundo ele, uma redução de quantidade chamada de peso líquido. Dessa forma, alega que foi este o valor registrado na escrita fiscal, por equívoco, portanto, menor que a quantidade que efetivamente entrou e foi registrada em seu livro Registro de Estoque e Produção–P3.

Apesar dos argumentos do autuado de que houve erro de seu funcionário ao registrar as quantidades menores do que efetivamente ocorreram nas entradas, os elementos trazidos aos autos pela defesa, ou seja, a cópia de seu livro Controle de Produção – P3, não são suficientes para descaracterizar o procedimento fiscal, tendo em vista que utilizou, o autuante, para efetuar o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, os livros e documentos legalmente previstos, ou sejam: quanto ao estoque inicial e final, se baseou no livro Registro de Inventário, conforme cópia constante dos autos, às folhas 19 a 21; quanto às entradas e saídas, considerou as notas fiscais de entrada e de saída do contribuinte, como dispostos na forma de documentos fiscais eletrônicos nos arquivos SINTEGRA entregues pelo mesmo contribuinte à Sefaz-BA, no atendimento da exigência contida no artigo 704-A do RICMS/BA.

Ademais, ainda que erro existisse, o autuado não efetuou, tempestivamente, as retificações nas quantidades decorrentes do alegado erro e informou a SEFAZ, visto que a Legislação Tributária Estadual não autoriza o aludido procedimento, ou seja, de registrar uma quantidade menor do que a efetivamente a ingressada no estabelecimento, por conta de uma qualidade menor do produto, do que a efetivamente constante no documento fiscal. Ainda que possível fosse tal procedimento, o autuado não demonstrou a efetiva existência do referido erro, trazendo aos autos outros elementos que oferecesse certeza de sua ocorrência e na inexistência de prejuízos aos cofres do Estado.

O certo é que não há elementos nos autos que descaracterize o levantamento realizado pelo autuante e, por conseguinte, as diferenças por ele apuradas. A infração imputada, portanto, é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269191.0010/07-5, lavrado contra **BUNGE ALIMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor

total de **R\$443.196,43**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/9696 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR