

PROCESSO - A. I. Nº 147162.0007/98-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAR PESCADOS DE ILHÉUS LTDA.
RECORRIDOS - MAR PESCADOS DE ILHÉUS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0391-03/06
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 05/03/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0019-12/10

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Refeitos os cálculos da autuação, mediante diligência, remanescem diferenças, tanto de entradas como de saídas, no mesmo exercício. A tributação nesse caso deve recair sobre a diferença de maior expressão monetária, a de entradas, com base na presunção de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas. Neste caso, a exigência fiscal sobre a omissão de saídas é insubsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Decisão recorrida mantida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício, o primeiro interposto pelo sujeito passivo e o segundo interposto pela própria Junta de Julgamento Fiscal, haja vista que a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa resultou em sucumbência para a Fazenda Pública em valor superior a R\$ 50.000,00.

O presente levantamento de ofício foi lavrado para se exigir ICMS no valor histórico de R\$ 27.287,48, em decorrência das seguintes infrações à legislação tributária deste Estado:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, o que autoriza a cobrança de imposto decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado;

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Os julgadores de primeira instância administrativa, no decorrer da instrução do processo, converteram o mesmo em diligência, a fim de serem adotadas as seguintes providências:

a) Apurar a autenticidade dos dados constantes do documento d

levantamento fiscal, devendo ser efetuada a necessária alteração, caso sejam apurados outros elementos não considerados pelo autuante;

- b) Verificar, se foram consideradas todas as notas fiscais de entradas e de saídas das mercadorias objeto do levantamento fiscal, fazendo as correções, se forem constatadas notas fiscais não computadas pelo autuante;
- c) Se houve equívoco no percentual de perda considerado no levantamento fiscal, em virtude do beneficiamento de camarão, apurando com base em documentos que deverão ser apresentados pelo autuado, haja vista que foi alegado pela defesa que deve ser computado o desconto no peso, por conter areia e outras sujeiras, variando de barco para barco, além da retirada da cabeça, cascas e caudas.

Ao ser intimado para cumprir a diligência o fiscal autuante, apresentou manifestação, afirmando que se mostrava favorável ao acatamento da preliminar de invalidade da intimação, suscitada pelo Autuado na impugnação, a fim de se evitar eventual nulidade e realizando nova intimação ao contribuinte, bem como apresentou novos demonstrativos para uma melhor compreensão da autuação por parte do sujeito passivo, e opinou pelo provimento parcial do Auto de Infração, conforme valores apurados nos demonstrativos de fls. 242/245.

Após a nova intimação, em que foi reaberto o prazo de defesa, o sujeito passivo apresentou impugnação (fls. 255/264), requereu a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que houve violação aos princípios da ampla defesa e não confisco, bem como requereu a redução da multa aplicada para o percentual de 30%, por considerar a mesma exorbitante.

A fls. 270, o autuante acostou aos autos cópia da Instrução Normativa nº 134/94, publicada no D.O. de 30.06.94, a qual indica a pauta fiscal que foi utilizada para a correção dos preços das mercadorias que objetivaram o lançamento. Segundo o preposto fiscal, com a aplicação da referida pauta fiscal o valor do débito deve ser reduzido, motivo pelo qual opina pelo provimento parcial do Auto de Infração.

Ao tomar conhecimento das informações acima, o autuado apresentou manifestação, pugnando pela improcedência do Auto de Infração, reiterando os termos da sua impugnação.

Os julgadores de Primeira Instância administrativa ao julgarem a impugnação interposta, proferiram o seguinte voto:

“...Observo que em todos os exercícios fiscalizados, o autuante apurou omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativos de fls. 10 (exercício de 1993), 14 (1994), 35 (1995), 57 (1996) e 79 (1997), sendo exigido o imposto em relação à omissão de entradas na primeira infração, e sobre a omissão de saídas na segunda infração.

O autuado alegou nas razões de defesa que constatou divergências no levantamento fiscal, que o documento à fl. 09 não foi assinado por seu representante, tendo em vista que o Sr. Edvaldo N. da Silva, signatário do documento, não pertence ao quadro de funcionários da empresa, presta serviços esporádicos e eventuais.

Por determinação deste órgão julgador, foi efetuada revisão por estranho ao feito, permanecendo ainda, omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias, e neste caso, considerando que o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente às operações 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, o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações não contabilizadas, conforme (art. 13, inciso II da Portaria 445/98, c/c art. 60, II “b” do RICMS/97).

Vale salientar, que de acordo com a Portaria 445/98, apesar de ter sido apurado omissão de saídas, e sendo o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto sobre a omissão de entradas, e a verificação da omissão de saídas deve ser consignada expressamente no Auto de Infração juntando-se aos autos os papéis de trabalho correspondentes, para que sirvam como elementos de prova. Neste caso, não deve ser exigido o imposto sobre a omissão de saídas como entendeu o autuante.

A alegação defensiva de que o documento à fl. 09 não é válido e que n. proporção de pesos dos camarões sem cabeça, descascados, lagostas sem c.

em vista que é possível estabelecer essa proporção; se o autuado não concorda, deveria providenciar os meios necessários à prova pretendida, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de elementos, haja vista que se trata de fatos e documentos que estão ao alcance do contribuinte.

Acatando os demonstrativos elaborados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que refez os cálculos, concluiu pela subsistência parcial da infração 01, conforme valores apurados à fl. 272, sendo indevido o imposto exigido na infração 02, conforme previsto na Portaria 445/98.

Em relação ao pedido formulado pelo defendente para que a penalidade aplicada seja reduzida para 30%, saliento que este órgão julgador não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99.”

Tendo em vista que a Decisão proferida em Primeira Instância resultou em sucumbência para a fazenda pública estadual, em valor superior a R\$ 50.000,00, a 3ª JFJ, recorreu de ofício da sua Decisão, com fundamento no art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, argumentando, inicialmente que não está discutindo os valores aplicados conforme a pauta fiscal à época, mas a proporção de perda aplicada nas mercadorias objeto do Auto de Infração. Segundo o recorrente os julgadores de Primeira Instância, inverteram o ônus da prova para a mesma, ao afirmarem que caberia ao autuado providenciar os meios necessários à prova pretendida, mesmo tendo o sujeito passivo provado através de documentos que não era possível estabelecer a proporção. Para fundamentar a sua tese, cita trecho do documento expedido pelo Inspetor Federal do Ministério da Agricultura e abastecimento, apresentado às fls. 110, dos autos.

Disse que as compras dos produtos do autuado são feitas por espécies, ou seja, os camarões entram como cascarão ou rosa e 7 barbas, não importando se é filé ou sem cabeça e saem como filé, sem cabeça ou inteiro e, por conta desses detalhes é que provavelmente foram encontradas as diferenças apontadas na autuação.

Com a finalidade de desconstituir o arbitramento que contra ele foi aplicado, cita diversos julgados do CONSEF, aduzindo, ainda, que o Auto de Infração é nulo, vez que o fisco não cuidou de demonstrar, através de elementos objetivos, em que consistia a proporção utilizada e, se realmente tal percentual existe, já que o autuado comprovou através de um documento oficial e dois documentos expedidos por empresas que atuam no mesmo ramo do autuado, que é impossível determinar o percentual médio, já que existem variações.

Asseverou que o ônus da prova é do fisco, o qual deve estabelecer parâmetros concretos para autuação e não inverter o ônus da prova para o contribuinte que demonstrou através de documentos que é impossível estabelecer a proporção de perdas das mercadorias, na forma pretendida.

Ao final pugnou pela nulidade do Auto de Infração, em decorrência da ausência de documentos que pudessem comprovar os parâmetros adotados pelo fisco para a imposição fiscal, e caso não seja acatada a nulidade pugna pela sua improcedência.

A PGE/PROFIS, ao analisar o Recurso Voluntário sugere a realização de diligência, a fim de que o fiscal revisor esclarecesse quais os índices de perda no processamento do camarão foram por ele considerados na revisão fiscal, efetuada às fls. 242/245, e qual a fonte desses percentuais paradigmas por ele adotados.

Colocado o processo em pauta Suplementar, os julgadores da 2ª CJF, decidiram, à unanimidade, converter o feito em diligência, a fim de que o fiscal revisor sanasse as dúvidas da PGE/PROFIS.

Em atendimento a diligência o Fiscal Revisor, emitiu informação fiscal (fl. 316), aduzindo que o índice de perda utilizado no processamento de camarão por ele utilizado na revisão fiscal foi o preço médio das notas fiscais de saídas apresentadas quando da fiscalização demonstrativo de estoque e no que constava da Instrução Normativa;

Disse, ainda, que conforme documento do Ministério da Agricultura, não existe documento que estabeleça índice de perda e ganho no processamento de beneficiamento de camarões.

Por fim, sugeriu que fosse Negado Provimento ao Recurso voluntário.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, o Autuado resumiu os seus argumentos contidos no Recurso Voluntário, aduzindo que não há como se calcular o percentual de perda no beneficiamento do camarão e pugnou pela improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca do resultado da diligência e do Recurso Voluntário, afirmou que o procedimento adotado pelo fiscal revisor encontra-se correto, vez que foi baseado em parâmetros fixados em Instrução Normativa específica do setor produtivo do recorrente, bem como baseado nos preços médios utilizados pelo autuado.

Desta forma, inexistindo qualquer índice fixado seja por órgão público, seja por órgão vinculado ao apontado setor produtivo, ou ainda demonstrado pela própria empresa, não há como ser adotado procedimento diverso daquele aplicado pelo autuante, considerando apenas os índices médios de saídas do produto promovidas pelo sujeito passivo após o processamento do camarão.

Ao final opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista que o julgamento levado a efeito em Primeira Instância resultou em sucumbência para a Fazenda Pública em valor superior a R\$ 50.000,00, e o segundo Recurso foi interposto pelo sujeito passivo.

Inicialmente, cumpre destacar que não se evidenciam nos autos qualquer ato ou fato que pudesse viciar o Auto de Infração. O Valor do débito, a infração e o infrator estão devidamente indicados com segurança, sendo, portanto, afastada qualquer alegação de nulidade.

Quanto ao mérito, constato que ambos os Recursos de Ofício e Voluntário devem ser improvidos. A redução do débito que culminou na interposição do Recurso de Ofício, foi baseada numa revisão fiscal, cuja matéria é eminentemente técnica, levantamento fiscal, onde o auditor revisor, ao perceber os equívocos perpetrados na autuação, refez os demonstrativos de débito e excluiu alguns itens da autuação, cujo resultado foi acatado pela Primeira Instância.

Quanto à infração 2, observo que a mesma foi excluída da autuação com fundamento na Portaria nº 445/98, a qual determinou que havendo omissões de entradas e de saídas deve ser exigido o imposto sobre o valor das omissões de maior expressão monetária.

Estando correto o resultado levado a efeito pelo Fiscal Revisor, mantenho inalterada a Decisão recorrida neste íterim e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, este também não merece prosperar. As alegações trazidas pelo sujeito passivo não são suficientes para elidir a presunção legal que contra ele incidia.

Em que pese a afirmação do sujeito passivo de que não era possível precisar a média ou a proporção de perda, entendo que a mesma é possível, tanto que o fiscal autuante achou um valor possível e razoável da referida perda, cabendo ao autuado colacionar aos autos documentos que pudessem desconstituir tal presunção.

Os documentos acostados pelo sujeito passivo, não se prestam a comprovar o quanto alegado, até porque, embora seja difícil se determinar o percentual de perda no processamento do camarão, fato é que a perda existe. Assim, tendo a fiscalização utilizado de meio razoável para se apurar tal percentual, entendo que a autuação encontra-se correta.

Ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, observo que todos os documentos e argumentos suscitados nas suas peças defensivas foram devidamente analisados pelos Julgadores de primeira instância administrativa.

Diante de tudo exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147162.0007/98-2, lavrado contra **MAR PESCADOS DE ILHÉUS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.594,54**, 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, 22 de fevereiro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS