

PROCESSO	- A. I. N° 207095.1201/09-5
RECORRENTE	- NECTTARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0120-05/10
ORIGEM	- INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET	- 03/06/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0121-11/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração parcialmente elidida. Exclusão das operações autuadas com o uso do recurso interpretativo da analogia. Nulidade parcial do lançamento. Recomendação da renovação da ação fiscal quanto às parcelas excluídas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou, à unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 14/12/2009, para exigir o ICMS, no valor de R\$14.986,04, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, tendo sido reduzido o débito originariamente lançado no montante histórico de R\$ 18.679,29, decorrente da seguinte infração:

“Falta de recolhimento de imposto relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário- o das saídas tributáveis.”

O recorrente defendeu-se às fls. 133/134, expondo que o objeto social da empresa é a fabricação de sucos concentrados de frutas, hortaliças e legumes.

A JJF decidiu que o levantamento quantitativo, na parte em que foi contestado, concerne a dois produtos: a) suco de caju int. c/conserv. s-elab (remetente - Parmalat Brasil S/A; e b) suco de maracujá conc. BX. 35 TB 200 (remetente – ASA Industrial Ltda., e que somente em relação ao primeiro foram apresentadas as notas fiscais de fls. 147 a 156, tendo, assim, dirimido a presente lide administrativa :

“(...)Quanto ao primeiro produto, as notas fiscais apresentadas na peça de defesa e acostadas às fls. 147 a 156 do PAF, dizem respeito a produto distinto do que foi objeto da autuação, com a denominação “suco caju bruto”. Assim, a postulação do sujeito no sentido de abater as quantidades especificadas nos documentos fiscais não procede. Fica mantida a exigência fiscal, correspondente à omissão de saídas de 332.610 kgs de suco, avaliadas ao preço unitário de R\$ 0,27, totalizando a base de cálculo de R\$ 88.141,65, com ICMS, à alíquota de 17%, de R\$ 14.984,08.

No tocante ao segundo produto (suco de maracujá conc. BX. 35 TB 200), o autuante aplicou à situação, a regra contida no art. 627, §§ 3º, 4º e 5º, do RICMS-Ba, atribuindo, por analogia, a responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto ao estabelecimento autuado, que recebeu as mercadorias com suspensão do ICMS, visando a industrialização das mesmas. Para fundamentar a exigência fiscal citou ainda o art. 108, I, do CTN, que prevê que na ausência de disposição expressa, a autoridade competente, para aplicar a legislação tributária, utilizará sucessivamente, na ordem indicada: primeiro, a analogia.

Todavia, o diploma legal de que se valeu o autuante também é expresso em dizer que o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei (art. 108, § 1º, do CTN). No caso em exame, a responsabilidade tributária, pela operação de origem, relativa ao imposto das mercadorias que saíram com suspensão do ICMS, é exclusivamente da empresa remetente, salvo se demonstrado que o estabelecimento que as recebeu tenha enviado os produtos para terceiros, sem a devida cobertura fiscal e sem pagamento do imposto.

Para atribuir responsabilidade tributária ao estabelecimento detentor das mercadorias, caberia ao autuante, por exemplo, verificar se os estoques de suco de maracujá, de 2004, ainda se encontravam no inventário físico do autuado, quando da ação fiscal, empreendida em 2009, e caso não fosse constado a existência dos produtos,

atribuir à Nectare a responsabilidade pelo pagamento do ICMS pela falta de emissão de documento fiscal que acobertassem a operação de saída. Poderia verificar também se as mercadorias pereceram, já que se trata de produto que tem prazo de validade curto, e se fosse o caso, exigir o estorno de crédito fiscal por ocasião da entrada, na hipótese de constar esse lançamento na escrita fiscal do autuado.

Aplicar a analogia jamais, para alterar a responsabilidade tributária (aspecto pessoal do fato gerador) ou mesmo lançar de ofício tributo.

Assim, como não foram adotados os procedimentos de auditoria pela autoridade fiscal, visando identificar se o autuado de fato cometeu infração de sua responsabilidade, em relação ao estoque de “suco de maracujá”, fica anulada esta parte da autuação, determinando-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas.

Remanesce, porém, parte da exigência fiscal. Além da cobrança do ICMS em relação às omissões de “suco de caju int. c/conserv. s-elab.”, conforme fundamentação tracejada acima, é também exigível o imposto, no valor de R\$ 1,96, correspondente à base de cálculo de R\$11,54, quanto ao produto “suco de caju conc. c/cons. 30/31 BR”, que não foi objeto de contestação pelo sujeito passivo, valor este que está em conformidade com o demonstrativo acostado à fl. 37, dos autos.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para reduzir o montante autuado para a cifra de R\$ 14.986,04.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário de fls. 207/210, no qual aduziu, inicialmente, uma breve suma dos fatos, onde alega que foi autuado em 14/12/2009 sob o equivocado argumento de que teria omitido parcialmente as saídas em relação ao retorno de mercadorias para industrialização, e que a fiscalização lastreou-se no demonstrativo de estoque e retorno do ano de 2004, do qual se apura, segundo o autuante, uma omissão de 332.610 kgs de caju bruto e 3.959 kgs de suco de maracujá concentrado.

Disse que, embora tenha sido acolhida sua tese defensiva para anulação do Auto de Infração quanto ao estoque de suco de maracujá, mas, que, em relação ao de caju a JJF manteve a autuação, o que teve o reflexo de reduzir a multa para R\$ 14.986,14, devendo ser reformada a Decisão de piso.

Dito isto, alegou ali transcrevendo, ter havido erro no julgamento, isto porque não foi observado que o suco de caju integral com conservante semielaborado é o mesmo produto denominado suco de caju bruto e que essas denominações são meras linguagens técnicas, porém que nas notas fiscais trata-se do mesmo produto, isto é, suco de caju bruto, pelo que devem ser reconhecidas as notas fiscais que apresentou em sua defesa, propugnando pelo provimento do seu apelo recursal.

A d. PGE/PROFIS, através de sua i. procuradora, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, no exercício do controle da legalidade e objetivando assegurar o amplo direito de defesa do contribuinte, propôs no sucinto Parecer de fl. 245, que os autos fossem encaminhados à ASTEC, com vistas à comprovação da pertinência da tese defensiva ratificada no Recurso Voluntário de fls. 207/210, e assim o fez, considerando os documentos de fls. 135/157, colacionados quando da impugnação de fls. 133/134.

Assim, nesses termos, aduziu que o recorrente reiterou a mesma fundamentação declinada na impugnação, de que o produto *suco de caju bruto* é o mesmo produto *caju int.c/conserv s/elab*, conforme as notas fiscais juntadas com a defesa, mas que, entretanto, tanto o autuante na sua informação fiscal de fls. 159/161, como a JJF consideraram que se tratam de produtos diversos, e que por isso não deveriam ser excluídos do levantamento quantitativo de estoques realizado quando da autuação.

Considerando haver uma controvérsia a ser dirimida, sugeriu que o feito fosse convertido em diligência à ASTEC para que fosse efetuada a conferência das notas fiscais exibidas pelo sujeito passivo a fim de comprovar se as mercadorias *suco de caju bruto* e *caju int.c/conserv s/elab*, são o mesmo produto, e que sem sendo comprovada tal identidade, deveria ensejar novo demonstrativo de débito com a exclusão correspondente.

Em sessão suplementar, esta 1^a CJF, às fls. 246/248 indeferiu a diligência sugerida, tendo os autos retornado à d. PGE/PROFIS para prolação do Parecer conclusivo, o qual foi proferido às fls. 250/251, inicialmente para repelir a nulidade suscitada, asseverando que a exclusão de parte do produto “ suco de maracujá” do lançamento não resultou na nulidade total da autuação, que deve

ser mantida quanto aos demais produtos que foram também objeto do levantamento quantitativo de estoque realizado pela fiscalização.

No tocante ao mérito, destacou que o recorrente repetiu em sede de Recurso Voluntário o mesmo fundamento declinado na impugnação, ou seja, de que a mercadoria suco de caju bruto é o mesmo produto do suco integral sem conservante semelaborado, mas que, de fato, constata-se haver distinção na denominação desses produtos feita pelo próprio sujeito passivo nos seus respectivos documentos e registros fiscais, e que, a despeito disso, não apresentou prova da classificação fiscal desses produtos que alegou haver identidade. E como não produziu prova nesse sentido, concluiu pelo improviso do Recurso Voluntário.

VOTO

Do exame do PAF constato que a irresignação do contribuinte destina-se à exigência fiscal quanto ao primeiro produto, já que acerca do segundo, a JJF acolheu a tese defensiva, pela anulação da autuação respectiva que se refere ao suco de maracujá, mantendo-a em relação ao suco de caju.

Como salientado no opinativo da Procuradoria supra relatado, observo que não se vislumbra a configuração de qualquer das hipóteses legais de nulidade do auto infracional conforme o preceito do art. 18, do RPAF/99. Ao reverso, o PAF é compatível com as garantias constitucionais do devido processo legal.

Ademais disso, a declaração de nulidade de parte da autuação pela JJF não teve, obviamente, o efeito de ensejar a integral nulidade do lançamento fiscal, sobre o qual considero que nada há a ser alterado na Decisão recorrida, pois, como exposto pelo autuante, se tratam de produtos diversos e que, por isso, não devem ser excluídos do levantamento de estoque. Cabe destacar que foi o próprio contribuinte que se valeu em sua documentação, de denominação distinta para esses mesmos produtos, apesar de alegar no bojo deste processo que se tratam do mesmo produto, sem distinção.

Como não houve de sua parte prova nesse sentido, ou seja, comprovando essa alegada identidade, mantenho a exigência fiscal em derredor da omissão de saída de suco de caju int. c/conserv s/elab e a de suco de caju bruto, ante a ausência de demonstração pelo contribuinte de, efetivamente, possuírem a mesma classificação fiscal.

Logo, à míngua dessa prova elisiva e não podendo convencer-me com base em mera alegação do sujeito passivo, que não trouxe com seu apelo nenhum novo elemento, posiciono-me pela manutenção da Decisão guerreada, pela procedência parcial do lançamento fiscal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.1201/09-5, lavrado contra **NECTTARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.986,04**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para a melhor apuração dos fatos tributários excluídos da autuação, em face da decretação de nulidade parcial do presente lançamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS