

A. I. N.º - 269191.0020/07-0
AUTUADO - BUNGE ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO E ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP/SUL
INTERNET - 31.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-02/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 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. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência do mérito, acolhidas parcialmente as arguições da defesa. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/12/2007, referente a descumprimento de obrigação principal por falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuados sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$22.409,98. Multa de 70%.

O autuado, às fls. 83 a 96 dos autos, apresenta a impugnação ao lançamento, argumentando inicialmente decadência com base no art. 173 do CTN, tendo em vista que o inciso II do art. 173 trata de ato anulável e não nulo, conforme ocorreu no Acórdão CJF nº 0223-11/06 que deu origem ao presente lançamento, cabendo a aplicação do inciso I do mesmo artigo o que ensejaria a decadência, pois se trata de levantamento quantitativo de fatos geradores do exercício de 1999. Traz decisões do STJ relativas ao REsp 671773/RJ e REsp 575.991/SP, bem como decisão do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no processo número 102-44.853, para amparar seu entendimento.

Quanto ao mérito afirma que as diferenças encontradas referem-se a soja em grãos cujos documentos de entradas e de saída foram cancelados ou estornados, resultando no mal entendido.

Alega os seguintes equívocos: não foi considerando o estoque inicial de 563,33 SC; levou em conta 8.599,05 sacos com saídas sem emissão de documento fiscal ao preço médio de R\$15,33, ao passo que a saca de 60 kg era valorada no ano de 1999 a R\$11,00 até 19/10/99 e R\$16,00 em diante, conforme pautas constantes das IN números 24/98 e 61/99.

Afirma que o autuante considerou notas fiscais de entradas e saídas canceladas ou estornadas e ainda considerou algumas duplamente, até triplamente, apresentando as notas fiscais que ocorreram estorno, nºs 5.235, 5.298, 5348, 5524, 6.396, 6.442, 6.560, 6561, 6. 676, 6700.

Alude que as Notas Fiscais 5.234, 5298 (905.298), 5348 (905348), 5524 (905.524), 6396 (906.396), 6442 (806.561 e 906561, 6.687 (806.687 e 906.687) 6.700 (2x) (906.700) e 6.701 (2x) e 6.701 (2x) (906.701) contam em duplicidade e a partir da NF 6.442 em triplicidade.

Entende que as quantidades das notas fiscais a partir da nota fiscal 6.442, equivalem a 96.860 kgs, resultando na diferença acrescida e indevida de entradas de 7.505,13 SC e que essa quantidade diminuída da diferença apontada pelo autuante de 8.599,05 SC aponta uma diferença de 1.093,92 sc. Afirma, ainda, que se considerar, a grosso modo, o estoque inicial de 563,33 SC, não apontado pelo autuante, a diferença seria ainda menor de 530,59 SC, ou seja, R\$ 1.225,82, de ICMS, ao preço médio de R\$13,59.

Afirma que as notas, alvo das alegações, estão anexadas aos autos.

Argui que a multa deve ser cancelada quando não há prejuízo ao Estado, apresentando decisão do GAT/GO, bem como considera confiscatória, com base no art. 150, IV da CF, afirmando que o STF já entende assim, conforme decisão no Agravo Regimental 202.902-8.

Requer o cancelamento do Auto de Infração, assim como seja anexado aos autos o Auto de referencia número 269191.0014/03-8.

Os autuantes, à fl. 137, apresentam a informação fiscal, efetuando correções no levantamento, tendo em vista as argüições de inconsistências nos arquivos magnéticos argüidos pela defesa e constatado pelo autuante atreves da intimação dos livros de entradas e saídas. Assim, às fls. 142 e 143 corrigindo os valores exigidos, remanescendo o ICMS no valor de R\$ 9.554,15 no exercício de 1999.

Após a ciência o autuado volta a se manifestar, às fls. 200 a 202, argüindo que as entradas indicadas com cancelamento não foram excluídas do levantamento, totalizando 2.945,40 SC de soja em grão, se insurge contra o levantamento do preço médio, na medida em que foram tomadas com base apenas em dezembro de 1999. Pede que lhe seja concedido prazo formal para manifestação e reitera os temos da primeira manifestação.

Assim, à fl. 211, foi efetuada nova intimação com a concessão do prazo de 30 dias para o autuado se manifestar, bem como juntado os demonstrativos elaborados pelo autuante.

O autuado, às fls. 216 e 217, volta a se manifestar reiterando os termos das defesas anteriores.

A 2ª JF, em pauta suplementar, à fl. 227, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ de origem, para que o autuante apresentasse os devidos esclarecimentos sobre as alegações do autuado de que o autuante diz ter refeito os cálculos do imposto devido com impacto em seus resultados, contudo *“não indicou claramente os pontos que foram objeto da revisão, ou melhor, quais as inconsistências detectadas e que foram revisadas, permitindo a requerente compreender melhor seu trabalho e defender-se corretamente”*, bem as alegações e análises efetuadas pela defesa, à fl. 201 dos autos, quanto às exclusões de notas e a composição do preço médio.

O processo foi encaminhado, pela ASTEC, para a Infaz de origem para que a diligência fosse atendida pelos autuantes, resultando no parecer às fls. 230 a 232 dos autos, no qual os autuantes afirmam que em razão das notas canceladas apresentadas pelo impugnante, não constantes nos seus arquivos, foram necessárias correções que resultaram em novos demonstrativos à fl. 137 dos autos, com ciência ao contribuinte à fl. 21.

Exemplificam as correções afirmando que, a título de exemplo, por iniciativa própria, verificaram duplicidade nas Notas Fiscais nº 905.235 e 5235, fl. 18, pois desconfiaram do mesmo número, mesma data e quantidade, bem como na Nota Fiscal 905.298 e 5.298, da mesma forma à fl. 22, assim por diante.

Consignam que, de qualquer forma, produziram novos demonstrativos na informação fiscal, às fls. 142 a 196, com as devidas correções, com o prazo de 30 dias para reabertura da defesa, conforme consta à fl. 198 dos autos, não havendo qualquer motivo para alegação de cerceamento

da defesa, visto que não houve modificação da metodologia e os demonstrativos foram entregues ao autuado.

Alinham que tais levantamentos revisados, às fls. 142 a 196, produziram todos os documentos necessários para plenamente demonstrar um levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, o qual deve substituir o levantamento fiscal original às fls. 15 dos autos, a omissão de saída de R\$ 22.409,98, resultando inclusive em uma omissão de saída em menor valor à fl. 142, R\$9.554,15.

Complementam que os ajustes foram para excluir as notas fiscais canceladas e corrigir as duplicidades e que a ausência de considerações objetivas do contribuinte quanto aos demonstrativos anexados ao processo, nas suas manifestações às fls. 216 e 217, autorizam o encaminhamento do processo para julgamento, como é requerido pelo autuante no processo, fl. 224.

O autuado, às fls. 236 a 238, volta a se manifestar alegando que as notas fiscais de entradas deveriam ter sido excluídas, reafirmando que o preço médio foi levantado apenas no mês de dezembro de 1999.

A 2ª JF, em pauta suplementar, à fl. 248 dos autos, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que, o designado diligente, atendessem as providências que seguem:

“1) apurar se tem pertinência os argumentos do autuado de que: a) não foram consideradas todas as notas fiscais canceladas e estornadas no levantamento (fls. 142 a 196), conforme aponta às fls. 237; b) os autuantes consideraram duas vezes a nota fiscal 5234; c) os autuantes não observaram a composição correta do preço médio das saídas em seu levantamento;”.

A ASTEC/CONSEF, apresenta parecer informando que o autuado, apesar de intimado, não apresentou as notas fiscais tidas como canceladas, sob argumento de que a empresa só mantém arquivos durante 05 anos. Assim, afirma o diligente, não foi possível excluir as aludidas notas fiscais. Quanto à nota fiscal 5234, lançada em duplicidade efetua a devida exclusão.

Conclui o diligente por apurar o valor devido ajustado de R\$ 9.246,91.

Após a devida ciência o autuado volta a se manifestar afirmando que as notas fiscais por ele relacionadas à fl. 261, alvo do e-mail poderiam ser excluídas, pois constam cópias dos autos.

Afirmando que faltam detalhes do levantamento para subsidiar as suas arguições, retomando, também, a questão do preço médio calculado apenas no mês de dezembro/99.

O autuante, à fl. 278, após a ciência da manifestação do autuado, afirma que nada foi apresentado pelo impugnante que não tenha sido argüido anteriormente ou inova, razão pela qual entende que os autos podem ser remetidos para julgamento.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnando, traz a exigência relativa ao Auto de Infração, referente a descumprimento de obrigações principal por falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o

contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, conforme demonstrativos, originais, além dos corrigidos, às fls. 142 a 196, com o prazo de 30 dias para reabertura da defesa, conforme consta à fl. 198 dos autos, não havendo qualquer motivo para alegação de cerceamento da defesa, visto que não houve modificação da metodologia e os demonstrativos foram entregues ao autuado com fácil identificação das operações realizadas, obtidas através dos arquivos fornecidos pelo próprio autuado, além das correções se referirem a exclusões de notas fiscais canceladas e em duplicidade, devidamente explicadas pelo autuante em sua informação fiscal, com redução do valor exigido, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências legais.

Almejando a busca da verdade material, foram solicitadas duas diligências, uma a ASTEC/CONSEF e outra aos próprios autuantes, não restando dúvidas a serem aclaradas, de forma que os elementos, já constantes dos autos e os trazidos pelos diligentes, são suficientes para formar a convicção dos julgadores.

Quanto à arguição de decadência, preliminar de mérito, não cabe o seu acolhimento, tendo em vista que, no presente caso, se trata de nulidade do auto de infração de número 269191.0014/03-8, conforme Acórdão CJF nº 0223-11/06, que deu origem ao presente lançamento. O CTN, em seu art. 173, II, não permite dúvidas quando determina que o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário se extingue após cinco anos contados da data em que se tornou definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Ora, o auto de infração, acima referido, foi alvo de nulidade pela CJF, Acórdão 0223-11/06, ou seja, decisão proferida em 2006, cujo presente Auto de Infração, lavrado para corrigir o vício formal do anterior, está datado do exercício de 2007, não havendo, assim, como acolher a arguição de decadência, pois fica evidente que não se passaram os 05 anos aludidos no art. 173, II do CTN, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar 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. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede 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 prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar 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.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto,

dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA. Assim, a competência para reduzir ou extinguir multa desse órgão fracionário do CONSEF/BA, não se estende as multas por descumprimento de obrigação principal. Além do mais, não ficou demonstrada a inexistência de prejuízo aos cofres públicos, conforme demonstra os valores remanescentes a serem exigidos no presente lançamento.

No tocante ao mérito é preciso esclarecer que os autuantes efetuaram ajustes no levantamento quantitativo para excluir as notas fiscais canceladas e corrigir as duplicidades produzindo novos demonstrativos na informação fiscal, às fls. 142 a 196, com o prazo de 30 dias para reabertura da defesa, conforme consta à fl. 198 dos autos.

Quanto às demais notas fiscais canceladas e duplicadas ou treplicadas, alegadas pelo autuado, foi determinada diligência para que a ASTEC/CONSEF esclarecesse tal questão, contudo o autuado apesar de intimado, não apresentou as notas fiscais tidas, sob argumento de que a empresa só mantém arquivos durante 05 anos. O diligente concluiu, bem como esse relator, que não é possível excluir as aludidas notas fiscais, apenas com as cópias das notas fiscais constantes nos autos, restando necessária a análise dos originais.

Verifico que a empresa estava sob ação fiscal e o aludido prazo para manter os livros e documentos fiscais está relacionado ao direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário que, no presente caso, se extingue após cinco anos contados da data em que se tornou definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, conforme já alinhado na análise sobre a decadência, previsto no art. 173, II.

Quanto à nota fiscal 5234, lançada em duplicidade o diligente efetua a devida exclusão.

Em relação ao preço médio o autuado quer que se estenda o cálculo além do mês de dezembro, não cabendo tal procedimento haja vista o que dispõe a Portaria 445/98, art. 5º, I.

Conclui corretamente o diligente da ASTEC/CONSE, em consonância com o entendimento deste relator, por apurar o valor devido ajustado no presente Auto de Infração de R\$ 9.246,91, visto que 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.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269191.0020/07-0**, lavrado contra **BUNGE ALIMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.246,91**, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, inciso III, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

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

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR