

PROCESSO - A. I. Nº 298575.0012/10-0
RECORRENTE - UNILEVER BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0035-05/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 15/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0065-11/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A auditoria de estoques é procedimento adotado pelo fisco, para verificar a regularidade do movimento comercial da empresa, e a presença de omissão de saídas denota que mercadorias foram comercializadas sem a emissão dos competentes documentos fiscais. Infração mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. O crédito fiscal está limitado, no presente caso, ao percentual previsto no Decreto nº 7.799/00. Não foi efetuado o estorno do crédito para o percentual previsto no aludido decreto. Infração procedente. Negado o pedido de diligência ou de perícia, nos termos do RPAF/99, art. 147, I, “a”. Rejeitada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JJF nº 0035-05/11 - que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputá-lo o cometimento das seguintes infrações, objeto do presente Recurso, abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas 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. ICMS no valor de R\$ 174.976,98 e multa de 70%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. ICMS no valor de R\$ 108.222,34 e multa de 60%.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal em seu voto, inicialmente, manifestou-se pela negativa de apreciação da alegação de inconstitucionalidade arguida pelo sujeito passivo, ao fundamento de que tal atribuição é de competência exclusiva do Poder Judiciário, e não do CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I, do RPAF/BA.

Ainda em preliminar negou a JJF o pedido de diligência e/ou perícia, ao argumento de que “o contribuinte não trouxe aos autos documentos, levantamentos e demonstrativos a partir dos seus arquivos magnéticos informados ao SINTEGRA e que embasaram o levantamento fiscal, nem

apontou inconsistências passíveis de fundamentar o encaminhamento do PAF em diligência ou revisão fiscal...”, além do que asseverou o Relator da JJF que o autuante, na informação fiscal, rebateu todas as questões trazidas na defesa, estando presentes nos autos todos os elementos necessários ao deslinde da questão, à vista de provas já produzidas, de acordo com o art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Pontuou, ainda, que o sujeito passivo não ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois o lançamento cumpriu devidamente o disposto no artigo 39 do RPAF.

No mérito, assim se pronunciou pela Procedência das referidas infrações, *in verbis*:

INFRAÇÃO 1 – “...na infração 1 está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento, num determinado período, exercícios de 2006 e de 2007, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (Art. 1º da Portaria nº 445/98).

A constatação de omissão de saídas de mercadorias detectada, neste lançamento, é prova suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Contudo, irresignado com o lançamento, o sujeito passivo aponta, em sua peça de defesa, que o presente Auto de Infração não pode ser considerado um lançamento válido, na medida em que não contém indicação dos dispositivos legais que teriam sido contrariados pela defendente, bem como que, a indicação de dispositivos extraídos do RICMS, até mesmo de Portaria da SEFAZ não suprem a ausência de indicação dos fundamentos legais da suposta infração.

Contudo, esses argumentos defensivos não procedem, haja vista que em estrita obediência ao princípio da legalidade, a Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, reza no art. 4º que o fato gerador do ICMS ocorre no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, sendo obrigação do contribuinte “emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão”, consoante art. 34, VI-A do mencionado diploma legal. Portanto, a auditoria de estoques é procedimento adotado pelo fisco, para verificar a regularidade do movimento comercial da empresa, e a presença de omissão de saídas denota que mercadorias foram comercializadas sem a emissão dos competentes documentos fiscais, logo com infringência à Lei do ICMS, assim como ao Regulamento (Decreto 6.284/97). Ademais, o autuante adotou na auditoria o roteiro previsto na Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Outrossim, a falta de indicação ou a indicação errônea de dispositivos infringidos não geram a nulidade da autuação, consoante art. 19 do RPAF/99, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Na presente lide, constato que os levantamentos foram efetuados com base em dados fornecidos pela empresa mediante os registros magnéticos. Tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais de entradas e saídas e, sequer foi mencionado pelo sujeito passivo a existência de quaisquer erros ou inconsistências nos arquivos magnéticos, nem apontado qualquer outra falha no levantamento fiscal a partir do SINTEGRA.

Quanto à questão do preço médio considerado pelo autuante, este seguiu o procedimento estabelecido na Portaria nº 445/98, art. 5º I, “a determinação da base de cálculo do ICMS deve ser feita em função do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. (art. 60, II, “a” do RICMS/BA). Assim, não há correções a serem feitas com relação ao preço médio apontado na

planilha elaborada pelo autuante, e anexa ao PAF. Saliento que os demonstrativos encontram-se nas fls. 10 a 140, e a cópia do livro Registro de Inventário, fls. 143 a 192. Diante do exposto mantenho a infração na íntegra.”

INFRAÇÃO 2 – “...está sendo exigido ICMS devido à falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, referente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006, e de janeiro e fevereiro de 2007.

Ocorre que o contribuinte utilizou o crédito fiscal no percentual de 12%, quando deveria ter utilizado o crédito correspondente a 10%, pois é beneficiário do Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000, no qual nas operações de saídas internas, destinadas a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração aos percentuais de faturamento ali estabelecidos. (art. 1º, Decreto nº 7.799/2000)

No mencionado Decreto, o art. 6º, estabelece que os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelo benefício do art. 1º, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Portanto, os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls 194 a 218, comprovam que esta norma não foi respeitada pelo sujeito passivo, ao se creditar de valores correspondentes a 12% do valor das mercadorias adquiridas para comercialização, razão por que está sendo exigida a diferença do ICMS, posto que, só faz jus ao creditamento no percentual de 10%. As cópias das DMAs estão nas fls. 219 a 223 do PAF.

Ademais, o princípio da não-cumulatividade não está sendo violado, desde quando o contribuinte possui o benefício do Decreto nº 7.799/2000, condicionado ao creditamento que não exceda a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizado, benefício fiscal condicionado, mas livremente pactuado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e que tem o direito de outras vantagens que o beneficiam, tais como a redução de base de cálculo aplicada às saídas subsequentes. Ante o exposto, mantenho a infração na totalidade.”

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 302 a 333 - onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJF, aos seguintes argumentos, em síntese:

- I. que o trabalho fiscal é inválido por apresentar vício material existente em seu objeto, decorrente da inobservância da legislação aplicável e da utilização de presunções, indícios e conclusões arbitrárias, e que tais vícios cerceiam seu direito de defesa, em clara ofensa ao princípio constitucional do contraditório;
- II. que, ao contrário do que sustenta a JJF, não foram observados os pressupostos legais estabelecidos no art. 39 do RPAF/A que, em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, oficialidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência impostos à Administração Pública - art. 37 da Constituição Federal - determina, dentre outros pressupostos, que o procedimento fiscal deverá seguir a legalidade objetiva, a oficialidade e a busca da verdade material, para que a Administração Fiscal atue com base em fatos reais, tendo o dever de considerar no lançamento tributário todos os dados, informações e documentos relacionados à matéria objeto de lançamento tributário;
- III. que a indicação dos dispositivos da legislação tributária em que se fundamente a exigência fiscal e tidos como infringidos devem guardar vinculação direta, de forma a descrever claramente o fato gerador do crédito tributário em consonância com a legislação pertinente, para que, dessa forma, o contribuinte não tenha qualquer dúvida sobre a motivação e a legalidade do lançamento do crédito tributário a ser por ele suportado;

- IV. que o levantamento quantitativo vinculado à infração 01 contém inconsistências que levam ao seu cancelamento, por hiperdimensionar a valorização das supostas diferenças de estoque, por falta de relevância das diferenças encontradas, decorrente de perdas do processo produtivo, e por não restar definido qual o critério utilizado para determinação da base de cálculo utilizada, o que provoca indeterminação e iliquidez na exigência fiscal, além do que o valor unitário utilizado supera a média do valor unitário correspondente às entradas dos produtos indicados no levantamento;
- V. que, assim, reitera o pedido de perícia contábil, para constatação das falhas apontadas, negada indevidamente pela JJF;
- VI. Quanto à infração 2, alega a impossibilidade da restrição ao direito a crédito do imposto, por infringência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS e que os demonstrativos elaborados pela autuante não permitem efetuar vinculação entre as entradas e as saídas, o que demonstra a sua fragilidade;
- VII. que não pode o julgador da esfera administrativa deixar de aplicar o direito ao caso concreto, sob o argumento de que não é possível a análise da constitucionalidade de diploma legal em sede de procedimento administrativo, sob pena de assim agindo determinar a aplicação de norma eivada de inconstitucionalidade.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 342 e 343, da lavra da Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que o recorrente, em relação à infração 1, não trouxe em sede recursal a indicação das supostas inconsistências no levantamento quantitativo que foi elaborado a partir dos elementos fornecidos pela empresa, daí porque também opinou pela desnecessidade de perícia ou diligência.

Em relação à infração 2, consignou que entende impertinentes os argumentos recursais relativos ao princípio da não-cumulatividade, pontuando que a questão posta diz respeito à limitação imposta pelo termo de acordo assinado pelo autuado com a SEFAZ/BA para fruição dos benefícios previstos no Decreto nº 7.799/00, e por ter o mesmo aderido livremente a tal termo, está adstrito às regras ali postas, dentre as quais a limitação à fruição do crédito fiscal a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Consignou, ainda, quanto a este item da infração, que as planilhas elaboradas pela autuante demonstram que a empresa utilizou 12% do valor das mercadorias adquiridas para comercialização, quando só faz jus a 10%, tendo sido glosada a diferença, ao tempo que finaliza seu opinativo afirmando que em relação à alegação de inconstitucionalidade, o RPAF/BA determina que ao CONSEF não cabe apreciar tal alegação, sendo essa norma de regência válida, não podendo ser afastada pelo julgador.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecerem guarida as razões recursais para ver modificado o Julgado de Primeira Instância, que deve ser mantido em todos os seus termos.

Todos os argumentos apresentados na peça recursal, repetições dos trazidos na peça impugnatória, foram devidamente rechaçados pelo Relator da JJF, não tendo o condão de elidir as infrações que lhe foram imputadas, perfeitamente caracterizadas nos autos.

E, neste passo, de logo devemos rechaçar a alegação de nulidade da autuação, pois todos os ditames legais e regulamentares pertinentes ao ato do lançamento foram devidamente respeitados, não houve qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, perfeitamente exercidos pelo sujeito passivo em todo o trâmite deste processo, e as infrações imputadas estão perfeitamente caracterizadas e lastradas pelos documentos anexados ao processo, dos quais teve ciência o contribuinte.

Registre-se que as infrações imputadas estão devidamente descritas na peça inicial da autuação, com citação dos diplomas legais e dos dispositivos infringidos, não havendo qualquer infringência às regras do art. 39 do RPAF/BA, como quer fazer crer o recorrente.

Quanto à reiteração do pedido de perícia contábil, comungamos com o entendimento da JJF e da PGE/PROFIS, no sentido de que não há como deferir tal pleito, sem que a empresa aponte de forma especificada as alegadas “imprecisões, equívocos e divergências”, pois, apenas se restringe a alegar de forma genérica e inespecífica tais erros no levantamento – a saber, falta de critério na determinação do valor unitário e desconsideração das perdas no processo produtivo - sem apresentar ou apontar qualquer destes fatos de forma precisa.

Registre-se, ainda, que, com lastro no art. 147, incisos I e II, “a” do RPAF, abaixo transcrito, entendemos que todos os elementos constantes nos autos permitem a este órgão julgador apreciar e julgar o processo sem necessidade de qualquer diligência ou perícia, além do que o sujeito passivo ao solicitar a referida perícia não cumpriu os requisitos regulamentares exigidos pela legislação processual administrativa citada, no caso o art. 145, e seu parágrafo único, também abaixo descrito.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.”.*

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.”.

Deve, ainda, ser consignado que além de não vislumbrarmos qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nas exigências fiscais, efetivamente não cabe a este órgão julgador administrativo a apreciação ou declaração de inconstitucionalidade, por expressa vedação do art. 167, I, do RPAF/BA.

No mérito, quanto à infração 1, em verdade o recorrente não traz qualquer argumento que possa elidi-la, cingindo-se, como visto, a apontar supostos vícios que maculariam a referida exigência fiscal, sem qualquer lastro documental.

Neste sentido, como o levantamento quantitativo foi elaborado seguindo as regras dispostas no RICMS – art. 936 - e, mais especificamente, na Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias - e ainda restou comprovada nas planilhas anexadas aos autos a omissão apontada – fls. 10 a 140 - inclusive com a correta apuração da sua base de cálculo – preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, com previsão expressa no art. 60, II, “a” do RICMS/BA, combinado com o art. 5º, I, da citada Portaria, deve ser mantida a exigência fiscal em tela.

No que se refere à infração 2, onde se imputa ao recorrente a falta de estorno de crédito relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, com base no Termo de Acordo

assinado pelo sujeito passivo com a SEFAZ, nos termos do Decreto nº 7.799/00, entendemos que esta também deve ser mantida, não havendo qualquer vício que a macule, porquanto lastrada nos demonstrativos acostados aos autos, que comprovam sua efetiva ocorrência.

E, de fato, como bem pontuou a Relatora da JJF, o decreto em referência, em seu art. 6º, estabelece que os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelo benefício do art. 1º, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Assim, a autuante constatou, conforme demonstram as planilhas de fls. 194 a 218, que o sujeito passivo utilizou o crédito fiscal no percentual de 12%, quando deveria ter utilizado o crédito correspondente a 10%, já que suas saídas ocorrem com redução de base de cálculo em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração aos percentuais de faturamento ali estabelecidos, nos termos do art. 1º do referido decreto.

Como pontuou a PGE/PROFIS, o sujeito passivo ao aderir livremente ao Termo de Acordo está adstrito às suas regras, dentre as quais a limitação à fruição do crédito fiscal a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizado em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias, como expresso no Decreto nº 7.799/00, não havendo que se falar em inobservância do princípio da não-cumulatividade.

Registre-se, quanto a esta alegação, que o STF já se pronunciou no sentido que a redução de base de cálculo tem natureza de isenção parcial e, como tal, admite apenas manutenção parcial dos créditos.

Quanto à alegação descabida de que sequer há prova de assinatura do referido Termo, este foi objeto de pedido pela própria empresa, através do Processo nº 126911/2006-0, deferido na data de 26/09/2006 e com a devida ciência ao recorrente em 28/09/2006.

Do exposto, como as razões recursais são insuficientes para alterar o Julgado de Primeira Instância, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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** o Auto de Infração nº **298575.0012/10-0**, lavrado contra **UNILEVER BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$283.199,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$108.222,34 e 70% sobre R\$174.976,98, previstas no art. 42, incisos VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS