

PROCESSO - A. I. Nº 269191.0020/07-0
RECORRENTE - BUNGE ALIMENTOS S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0045-02/11
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 11/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0323-11/12

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 às arguições de nulidade e de decadência do mérito, acolhidas parcialmente as arguições da defesa. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente. Rejeitada a preliminar de decadência. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 07/12/2007 para exigir ICMS no valor de R\$22.409,98. Multa de 70%, por imputar o 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 lançamento na respectiva escrita, conforme apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Em Primeira Instância, o julgamento foi prolatado conforme os fundamentos contidos no voto condutor, *verbis*:

” (...) 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/CONSEF, 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.”

O contribuinte irresignado, interpõe Recurso Voluntário às fls. 344 a 361, ressaltando, em sede de preliminar, a decadência a teor do art. 173 do CTN, e que o seu inciso II trata de ato anulável e não nulo, conforme consta no Acórdão CJF nº 0223-11/06, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 2691910014-03-8 e ensejou o lançamento de ofício em destaque.

Pontua, nesta esteira, que cabe a aplicação do inciso I desse mesmo artigo que versa sobre a decadência, já que o levantamento quantitativo refere-se a fatos geradores do exercício de 1999.

Cita decisões do STJ -REsp 671773/RJ e REsp 575.991/SP e do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Processo 102-44.853) como reforço dos seus argumentos .

Adiante, quanto ao mérito, alega 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 e, nesse contexto, aponta o seguinte: que não foi considerado o estoque inicial de 563,33 SC; que foi levado em consideração 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 Instrução Normativa nºs 24/98 e 61/99; 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; que as Notas Fiscais nºs 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 Nota Fiscal nº 6.442, em triplicidade. E ainda afirma: que para solucionar essa situação que não se revela imprescindível a cópia ou o original das referidas NFs, pois basta a evidência de que foram computadas duplamente ou triplamente.

No que se concerne à exclusão das demais NFs canceladas, estornadas, duplicadas ou triplicadas, afirma que o próprio autuante, no documento de fl. 251, afirmou naquele e-mail que possuía cópias destas no processo. Logo, como concluiu, era desnecessário reapresentá-las e, por isso, deveriam ter sido excluídas do cálculo do montante das saídas supostamente omitidas no estoque.

Assevera que reafirma que as entradas das NFs relacionadas no quadro da impugnação nem deveriam constar dos estoques, eis que foram estornadas ou canceladas, e ainda que as duplicadas e triplicadas deveriam ter sido obrigatoriamente excluídas pelo autuante.

Menciona que as NFs de entradas canceladas correspondem a 3.063,27 SC – sacos de soja em grãos – que deveriam ter sido excluídas enquanto que a diferença apontadas pelos prepostos fiscais é de 3.666.075 SC, e que, desse modo, a diferença remanescente seria de 602,79 SC, a gerar um ICMS não recolhido de R\$ 1.570,93 tomando como base o valor incorreto de R\$ 15,33 por saco conforme quadro analítico que ali esboçou na fl. 357.

Concluiu que não há dúvidas, tanto no que diz respeito ao estoque inicial quanto ao preço médio, idem quanto aos cancelamentos e estornos levados a registro no livro de Entrada provocando a duplicidade-triplicidade das entradas computadas, o que deve ser apurado, como destacou, afirmando que não realiza saídas sem emissão de documento fiscal.

A respeito da multa que lhe foi imposta, defende que deve ser cancelada quando não há prejuízo ao Estado, citando Decisão do GAT/GO, considerando-a como confiscatória, à luz do disposto no art. 150, IV da CF. Menciona, em arremate, que o STF tem a mesma posição consoante se extrai dos termos do Agravo Regimental 202.902-8.

Por derradeiro, requer o acolhimento da preliminar e, no mérito, que seja dado provimento ao seu apelo.

A PGE/PROFIS externou sua posição nos termos do Parecer de fls. 367/368, rechaçando, inicialmente, a preliminar de decadência, vez que a situação infracional em apreço se refere à declaração de nulidade do Auto de Infração precedente por vício formal, nos termos do art. 173, II, do CTN.

No que concerne ao mérito, disse que não assiste razão ao recorrente, tendo em vista que na Decisão de piso as depurações do levantamento quantitativo formatador do lançamento, foram feitas com o expurgo das notas fiscais canceladas ou em duplicidade, como se verifica das fls. 142/196. E que, quanto às supostas notas canceladas, duplicadas ou triplicadas, observou que, a despeito do teor do art. 651, do RICMS, que não foram coligidas aos autos pelo sujeito passivo, embora se tratasse de providência imprescindível para comprovação da tese defensiva. Concluiu, assim, pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

Do cotejo dos autos, de início, quanto à preliminar de decadência, desacompanho o entendimento esposado pela Procuradoria, por extrair que se trata de vício material e não formal. Com efeito, conforme estes são os termos do aludido Acórdão proferido por esta 1ª CJF para decretar a nulidade.

Ao meu ver, pois, da leitura desse voto, trata-se de vício material e não meramente formal, isto porque ao deixar de apresentar o demonstrativo de estoque sem esclarecimento, inclusive, acerca do estoque inicial, entre outras informações imprescindíveis à quantificação da base de cálculo, a

constituição do crédito restou, por conseguinte, prejudicada, a atingir substancialmente a acusação fiscal.

Não se tratou de mero vício formal! Se assim fosse, teria bastado a juntada ao PAF, pelo autuante, desse demonstrativo com reabertura do prazo de defesa para sanear o vício de cerceamento de defesa, como entendeu a primeira instância, situação esta que tratar-se-ia, em verdade, de hipótese de improcedência da autuação ante a irregularidade na constituição do crédito tributário.

Logo, dentro desse contexto, é forçoso concluir que não se aplica ao caso presente a regra do art. 173, II, do CTN, o que implica afirmar que razão assiste ao contribuinte ao invocar a decadência, que acato, a fulminar, portanto, o lançamento de ofício em foco.

Ultrapassada a preliminar de decadência, por maioria, no mais, quanto às incorreções que o Recorrente alega ainda preliminar quanto ao levantamento, verifico do teor da Instrução Normativa de fl. 137, que os autuantes ali procederam às correções, considerando os equívocos apontados pela defesa nos arquivos magnéticos apresentados para esse fim, conforme se constata dos demonstrativos de fls. 142 e 143. Nestes houve a efetiva retificação dos valores originalmente exigidos, tendo apenas remanescido o ICMS no valor de R\$ 9.554,15, no exercício de 1999.

Infiro, ainda, que a 2ª JJF em pauta suplementar de fl. 227, em prol da verdade material, deliberou por encaminhar o PAF à INFAZ de origem, após o que foram procedidas revisões fiscais que originaram os demonstrativos de fls. 142 a 196, nos quais, como se infere, foram feitas as correções perseguidas pela defesa.

Noto, também, que diante da resistência do sujeito passivo, a JJF à fl. 248 dos autos, remeteu os autos à ASTEC/CONSEF, cujo órgão emitiu Parecer ressaltando que, a despeito do recorrente ter sido intimado, não apresentou as notas fiscais tidas como canceladas alegando que somente mantém arquivos contábeis fiscais durante 05 (cinco) anos, o que, à míngua de prova, por força, inclusive, do que dispõe o art. 651, do RICMS-BA, obstou-se a exclusão, por aquele órgão diligente, das referidas notas fiscais, não tendo o sido comprovadas as alegações recursais.

Por conseguinte, concluo que o ICMS devido é efetivamente o de R\$ 9.246,91, como, acertadamente, decidiu a JJF após cuidadosa dilação probatória.

No que toca à alegação de confiscatoriedade da multa de 70%, devo salientar que esta CJF não tem competência material para deliberar acerca de inconstitucionalidade da legislação tributária baiana.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de Decadência)

Em que pese à fundamentação da i. Relatora, discordo do seu posicionamento quanto a renovação do procedimento fiscal decorrente de anulação de Auto de Infração por ocorrência de vício material.

Pela leitura do relatório e voto do Acórdão CJF 0223-11/06 (fls. 75/77) pode se perceber que na sua defesa o contribuinte alegou que nas planilhas elaboradas pela fiscalização não foram consideradas “documentos estornados ou cancelados” ou consideradas “em duplicidade”.

Uma vez julgado procedente o AI 269191.0014/03-8, no Recurso Voluntário interposto à empresa questionou o preço médio aplicado na apuração da base de cálculo e possível aplicação da pauta fiscal. Foi feita diligência e dado conhecimento ao recorrente do seu resultado.

Todos os procedimentos adotados no saneamento do processo poderia conduzir a uma apuração material verdadeira do valor devido, o que seria fundamentado pelo i. Relator. Entretanto, o mesmo declinou pela nulidade daquele procedimento fiscal, fundamentando que (apesar das planilhas do levantamento fiscal, apuração da quantidade omitida, demonstrativo do preço médio e base de cálculo), por entender que faltou um “Demonstrativo de Estoque” o que implicou em

cerceamento do direito de defesa, e que o procedimento fiscal deveria ser renovado a salvo de falhas.

Diante da exigência do crédito tributário, a empresa defendeu-se procurando demonstrar a inocorrência da infração por ter incluído no levantamento fiscal, quantidades indevidas (notas fiscais canceladas e quantidades em duplicidades), bem como indicação de preço médio que não correspondia à prevista na legislação, ou seja, aspectos quantitativos materiais, porém, o i. Relator formulou juízo de valor que o lançamento continha vício formal que dificultava o exercício do direito de defesa e sugeriu a nulidade do lançamento para que o mesmo fosse renovado.

Neste sentido, a Decisão da Primeira Instância (fls. 280/284) fundamentou que:

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.

Posicionamento que acompanho, pelo **Não Acolhimento** da decadência do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269191.0020/07-0**, lavrado contra **BUNGE ALIMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.246,91**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Alessandra Brandão Barbosa, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUS BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS