

PROCESSO - A. I. Nº 298575.0010/09-3
RECORRENTE - UNILEVER BRASIL GELADOS DO NORDESTE S/A. (SORVETES SORVANES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0033-01/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16/04/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0095-11/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS REGISTROS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Revisão efetuada pela ASTEC/CONSEF comprovou que a auditoria ocorreu sem o cometimento de erros materiais e em obediência à legislação de regência. Infração 01 caracterizada. **b)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS TRIBUTÁVEIS EFETUADAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao recorrente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas saídas que efetuar, para fins de antecipação tributária nas operações subsequentes. Infração 2 caracterizada. Indeferido o pleito de perícia. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário contra Decisão da 1ª JF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0033-01/12), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2009 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 217.263,07, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo aduzidas.

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto relativo às saídas tributáveis, efetuadas sem documentos fiscais e sem o respectivo lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2008. R\$ 132.376,41 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de retenção e recolhimento do tributo, na condição de contribuinte substituto, relativo às saídas submetidas ao regime de substituição tributária, efetuadas sem documentos fiscais e sem o respectivo lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2008. R\$ 84.886,66 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/1996.

O sujeito passivo apresentou defesa às fls. 3.363 a 3.368 (volume X), na qual alega inexistir nos autos informações acerca dos critérios e métodos utilizados pelo fisco. Conforme assevera, a autuante nada teria esclarecido acerca dos livros fiscais e não teria juntado comprovantes do cometimento das infrações.

Citando legislação, doutrina e jurisprudência, suscita nulidade, por entender que o lançamento de ofício padece de uma série de vícios insanáveis, porquanto revestido de incerteza e iliquidez e fundamentado em meros indícios, presunções e conclusões arbitrárias e injustificadas, em total afronta aos seus direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos.

Adiante, argumenta que a prova baseada em arquivos magnéticos requer cautelas, visto que, por si só, não constituem elemento de convicção suficiente para estribar uma exigência tributária. Por isso, os mesmos devem sempre está acompanhados dos livros e documentos fiscais (físicos).

Com relação às alegadas incerteza e iliquidez, aduz que as cifras extraídas do assim chamado “Valor Unitário” de fls. 5 a 8 – cujo critério de apuração não foi indicado – são utilizadas na apuração da base de cálculo através da multiplicação com as supostas diferenças de estoque.

Segundo destaca, como se não bastasse a falta de clareza, na grande maioria dos casos os tais valores unitários superam a média daqueles verificados nas entradas constantes dos relatórios que anexa. Esse hiperdimensionamento ainda se verifica no cotejo entre o que foi denominado de “Valor Unitário” e o custo dos produtos que integravam os estoques do estabelecimento no final de 2005 e início de 2006, consoante livro Registro de Inventário e planilha que apresenta, pelo que assevera que o Auto de Infração deve ser retificado.

Prossegue com o argumento de que todas as razões acima expostas também são válidas para o levantamento quantitativo de 2008.

Em seguida, diz que as omissões constatadas perfazem um percentual insignificante em face dos estoques inventariados, situação que a autuante não considerou, que inclusive pode ter sido causada por perdas, normais no seu ramo de atividade econômica. Ainda que sejam admitidas as omissões, deixariam de ser qualificadas como ilícitos se, através de perícia, fossem computadas as quebras normais de produção, registradas no documento de fls. 16 a 20.

Outra mácula existente no ato administrativo em enfoque, a seu ver, é a falta de indicação dos dispositivos legais que lhe deram fundamento, o que estiola o princípio da legalidade, pois o Regulamento do ICMS não possui força jurídica para estatuir obrigações.

Solicita a realização de perícia, com o acompanhamento de seu assistente técnico e a elaboração de quesitos; insurge-se contra a multa de 70%, alegando ser confiscatória, irrazoável e desproporcional; protesta pela produção de provas através dos meios admitidos, inclusive ulterior juntada de documentos; e conclui pleiteando nulidade ou improcedência.

Na informação fiscal, de fls. 3.422 a 3.426, a autuante cita o art. 936, RICMS/1997 e assinala que no levantamento quantitativo de estoques foram considerados os inventários iniciais e finais de cada exercício, juntamente com a movimentação de entradas e saídas.

Contesta a alegação de que faltou clareza, uma vez que observou os critérios desse gênero de auditoria, tendo indicado os livros e documentos fiscais e anexado relatórios (entregues ao contribuinte) gravados em mídia, dos quais constam as informações necessárias ao entendimento da metodologia (fls. 456 a 3.357).

Com relação às perdas, afirma que o recorrente tem como atividade o comércio atacadista de sorvetes, não se tratando, portanto, de indústria. O estabelecimento possui um método relativo às mesmas, que foi considerado na auditoria de estoques: emite nota fiscal de transferência para a matriz, com o CFOP (código fiscal de operação) 5.927, cuja escrituração ocorre sob o título de baixa de estoque decorrente de perda, “roubo” ou deterioração.

Quanto aos valores unitários, alega que foram calculados de acordo com os comandos do art. 60, RICMS/1997. Discorda da alegação de ausência de fundamento legal, refuta o pleito de perícia, diz que a multa está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/1996 e finaliza mantendo a autuação.

A 1ª JJF converteu o feito em diligência para a Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC), com a solicitação de que fosse designado auditor estranho ao feito para verificar o lançamento, levando em conta as alegações defensivas, assim como eventuais divergências nos estoques e elaborando, caso necessário, novos demonstrativos.

Através do Parecer ASTEC 0065/2011, de fls. 3.432 a 3.434, o diligente assinalou que não havia necessidade de qualquer correção.

Consta, no que concerne aos valores unitários, que não houve superdimensionamento, porque os dados foram extraídos das informações em meio magnético, fornecidas pelo próprio autuado às fls. 53 a 455. Em visita às instalações físicas da companhia, o Parecerista verificou que, conforme amostragem de fls. 3.438 a 3.458, o preço médio calculado com base nas comercializações dos últimos meses dos períodos auditados coincidem com aqueles informados a esta Secretaria via arquivos magnéticos.

O recorrente se manifestou às fls. 3.463 a 3.481, repetindo os argumentos e pedidos da defesa e dizendo que a 1ª JF, ao determinar diligência, reconheceu a presença de erros no procedimento.

À fl. 3.490 a autuante destaca a correção dos trabalhos, em face da conclusão da diligência, e afirma que o sujeito passivo não trouxe nada de novo à discussão.

O processo foi convertido na segunda diligência (fls. 3.495/3.496), com o fim de que se comprovasse a entrega ao estabelecimento fiscalizado de todos os elementos acostados pela autuante aos autos, com a reabertura de prazo de defesa na hipótese de tal medida (de entrega) não ter sido tomada anteriormente.

A autoridade fiscal, à fl. 3.499, informou as providências adotadas no sentido de cumprir a solicitação da Junta.

O contribuinte se manifestou, às fls. 3.501 a 3.509, reiterando as razões e pedidos anteriormente apresentados.

A primeira instância apreciou a lide na pauta de 12/03/2012 (fls. 3523 a 3.536), sendo que o nobre relator não acolheu a preliminar de nulidade, tampouco os pedidos referentes à multa (com base nos arts. 159 e 167, I, RPAF/1999), em razão de o procedimento ter sido levado a efeito com a observância dos ditames do RPAF/1999, inclusive aquele do art. 19.

Indeferindo o pleito de perícia, registrou que o PAF (processo administrativo fiscal) foi convertido em diligência duas vezes, na primeira das quais o diligente consignou não haver encontrado equívocos no trabalho de fiscalização, porque efetuado em conformidade com a Portaria nº 445/1998.

No mérito, decidiu pela procedência do Auto de Infração, assinalando inicialmente que o presente caso é de efetiva constatação de saídas tributáveis omitidas, e que por isso não cabe falar em presunção.

Desta forma, concluiu pelo não cabimento das alegações de hiperdimensionamento das omissões e de falta de relevância das diferenças apuradas. Sublinhou que, quando da solicitação da primeira diligência, fez referência tão somente a equívocos hipotéticos, e não existentes.

O cálculo do preço médio das saídas foi efetuado a partir de dados dos arquivos magnéticos do estabelecimento, transmitidos ao fisco (fls. 53 a 455), e, no seu entendimento, a suposta falta de relevância não pode ser levada em conta, pois R\$ 217.263,07 não são insignificantes.

Com relação às perdas, acata as explicações da autuante acerca do procedimento adotado pelo contribuinte, relativo à emissão de notas fiscais com o CFOP 5.927, escrituradas a título de perda, “roubo” ou deterioração, devidamente consideradas na auditoria.

Destaca a informação do diligente da ASTEC, de que, conforme amostragem de fls. 3.438 a 3.458, o preço médio calculado com base nas comercializações dos últimos meses dos períodos auditados coincidem com aqueles transmitidos a esta Secretaria via arquivos magnéticos.

Adiante, diz que a segunda infração decorre da primeira, sendo válidas para esta todas as conclusões atinentes àquela, e que o autuado, na condição de distribuidor, está obrigado a proceder à retenção e ao recolhimento das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Uma vez intimada (fls. 3.541 e 3.543), a companhia interpôs Recurso Voluntário às fls. 3.548 a 3.552 (verso), no qual forneceu endereço para intimações e repetiu os pedidos e argumentos

preliminares e de mérito já expostos. Citando o livro de Controle de Produção e Estoques, alegou ter encontrado documentos que não tivera tempo de encontrar até a Decisão recorrida, que diz ter anexado ao processo.

No Parecer de fl. 3.740 a Procuradoria do Estado opinou pelo Não Provimento do Recurso, destacando os trabalhos da ASTEC e o fato de que os anexos que acompanham o Recurso não serem capazes de alterar os ilícitos apurados.

VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, constato que os autuantes e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, indicaram os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Ademais, ficou evidenciado, tanto na impugnação quanto no Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os levantamentos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa e Recurso, inclusive, pronunciando-se em minúcias quanto ao mérito.

Portanto, seja no próprio Auto de Infração, seja na Decisão recorrida, que abordou todos os aspectos ventilados pelo impugnante, ora recorrente, nada existe que possa ensejar prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, que restaram garantidos, o que também concluo em razão dos inúmeros argumentos de mérito abordados pelo mesmo e das duas conversões do PAF em diligência, com entrega de documentos e fornecimento de prazo para manifestação.

No que tange ao enquadramento legal, transcrevo abaixo o comando do art. 19, RPAF/1999.

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro de indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Quanto aos arquivos magnéticos, serviram como meros elementos subsidiários na investigação dos livros e documentos fiscais. Aliás, cabe o registro de que o diligente da ASTEC, em visita às instalações físicas da sociedade, percebeu a inexistência de contradições entre os documentos físicos e as informações digitais.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Assinale-se, tendo em vista os argumentos trazidos pelo recorrente relativos à multa, que este órgão administrativo não possui atribuição legal para declarar inconstitucionalidade, de acordo com o art. 167, I do RPAF/1999. Com relação ao pedido de redução ou cancelamento, deve ser dirigido à Câmara Superior do Consef, nos termos do art. 159, RPAF/1999.

Reputo desnecessária qualquer diligência ou perícia, pois, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), verifico serem suficientes para a formação da convicção dos conselheiros os elementos ora contidos no PAF.

Quanto ao endereço para intimações e notificações, devem ser observadas as normas do art. 108, RPAF/1999.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida, em nenhuma das imputações, sendo que os papéis colacionados ao Recurso não trazem nada de novo ao que foi constatado pela fiscalização, ASTEC e Primeira Instância.

Com respeito às perdas, a autoridade fiscal deixou claro que o recorrente possui um método dedicado às mesmas, comprovadamente considerado na auditoria de estoques. Qual seja, emite nota fiscal de transferência para a matriz, com o CFOP (código fiscal de operação) 5.927, cuja escrituração ocorre sob o título de baixa de estoque decorrente de perda, “roubo” ou deterioração.

Não houve superdimensionamento de valores unitários na infração 01, consoante muito bem frisou o Parecerista, pois os dados foram extraídos das informações em meio magnético fornecidas pelo próprio autuado às fls. 53 a 455. De acordo com os documentos de fls. 3.438 a 3.458, elaborados pela ASTEC com base em auditoria realizada no endereço do sujeito passivo, o preço médio registrado de acordo com as comercializações dos últimos meses dos períodos auditados coincidem com aqueles informados a esta Secretaria via arquivos magnéticos.

A alegada irrelevância do tributo lançado é argumento, com todo respeito, vazio de conteúdo, principalmente porque o Estado não pode dispor do que lhe é devido com base em parâmetros de subjetividade, secundariamente porque R\$ 217.263,07, conforme assinalou o nobre relator “*a quo*”, não são insignificantes, em nenhuma hipótese.

Reitero que as tais perdas e quebras foram computadas no levantamento quantitativo, através das notas de saída emitidas com o CFOP 5.927, fato que enfraquece de forma ainda mais contundente a tese de “*irrelevância*”.

A segunda infração resulta da primeira, porquanto o distribuidor, nas saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tem o dever de reter e recolher o ICMS, na condição de contribuinte substituto. Uma vez que foi constatada a saída sem emissão de documentos fiscais, não tendo sido efetuada a retenção, muito menos o recolhimento, é cabível a exigência.

Por tudo quanto exposto, alinho-me com o entendimento esposado pela PGE/PROFIS nos autos deste processo e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 **298575.0010/09-3**, lavrado contra **UNILEVER BRASIL GELADOS DO NORDESTE S/A. (SORVETES SORVANES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$217.263,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$84.886,66 e 70% sobre R\$132.376,41, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS