

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0404/07-5
RECORRENTE - LEATHER COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE COURO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0085-03/08
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 26/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Tendo os materiais sido indicados como de uso e consumo, do que resultou o estorno de crédito das infrações 01/02 do AI 10880.0001/06-1, ambas mantidas pelo CONSEF, não é procedente, em outro lançamento, cobrar ICMS por omissão de saídas dos mesmos bens. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0085-03/08), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2007 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 529.615,46, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2001 a 2004).

A auditora responsável pela cobrança registrou que o contribuinte desenvolve a atividade de curtimento e outras preparações de couro. Em visita ao estabelecimento, constatou que o mesmo realiza apenas a salga do citado material (couro), utilizando-se, para tanto, de sal e barrilha leve.

Os produtos objeto da auditoria de estoques e da autuação são destinados ao tratamento de piscinas, na concepção da autoridade fiscal. Acrescenta ainda que o lançamento de ofício é resultante da renovação dos trabalhos dos quais resultou o Auto de Infração nº 108880.0001/06-0, nos termos do Acórdão CJF nº 0001-12/07.

A 3ª JJF apreciou a lide na pauta de 07/04/2008 (fls. 450 a 452), decidindo à unanimidade, nos termos abaixo transcritos.

“Inicialmente indefiro o pedido de diligência suscitado pelo autuado, eis que os elementos constantes do Auto de Infração, são suficientes para a formação da minha convicção, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de perícia requerido, também indefiro, uma vez que a matéria não necessita de conhecimento especial de técnicos, nos termos do artigo 147, II, “a”, do mencionado diploma legal.

Quanto à arguição de oitiva do depoimento pessoal da autuante, não acato, tendo em vista que não há previsão no RPAF-BA, e nos termos do artigo 400 do Código de Processo Civil, (subsidiário do processo administrativo fiscal, conforme artigo 180 do RPAF-BA), a prova testemunhal será sempre permitida desde que não exista vedação legal. Todavia, não se admitirá a prova testemunhal, quando os fatos que se pretende provar já estiverem provados por documento ou confissão da parte ou quando, por sua natureza, o fato probando puder ser provado através de documento ou perícia. Não se trata de hierarquizar os meios de prova, apenas que, em sendo autêntico o documento e não havendo impugnação, já existe a prova, sendo desnecessária a prova testemunhal. Havendo dúvida quanto à veracidade do documento, é cabível a prova testemunhal. A questão cinge-se ao fato de que a empresa não apresentou a comprovação das notas fiscais terem sido as mesmas utilizadas no levantamento fiscal objeto da lavratura do Auto de Infração de nº 108880.0001/06-0, que é meramente uma questão ligada à prova documental.

Da análise das peças processuais, verifico que se trata de novo procedimento fiscal em atendimento ao julgamento efetivado através do Acórdão CJF 0001-12/07 (fls. 94/97), e nos termos dos artigos 21 e 156 do RPAF-BA.

De acordo com as razões de defesa, o autuado impugnou esta infração, alegando que o levantamento quantitativo de estoques foi apurado pela autuante tendo como objeto insumos utilizados no seu processo produtivo, como também que o lançamento já está quantificado no Auto de Infração nº 108880001/06-0, pelo que a presente autuação nada mais é do que uma cobrança em duplicidade, tendo apresentado pedido para que seja julgado pela improcedência da infração.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que o autuado não comprovou através de laudo técnico, que as mercadorias que serviram de base para a lavratura do presente Auto de Infração são insumos utilizados no seu processo produtivo, conforme verifico no demonstrativo às folhas 15/22. Tal demonstrativo elenca diversos produtos que pela descrição não são utilizados no curtimento e outras preparações de couro, atividade principal do autuado, a exemplo de clorador flutuante, HTH purificador de água, algicida etc.

Quanto ao argumento de que o lançamento já está quantificado no Auto de Infração nº 108880001/06-0, pelo que a presente autuação nada mais é do que uma cobrança em duplicidade, também não acato, uma vez que da leitura do aludido lançamento de ofício (fls. 60/63), constato que as infrações 01 e 02 se referem à utilização indevida de créditos fiscais das mercadorias objeto do presente lançamento, e esta infração se refere ao levantamento quantitativo de mercadorias, irregularidade que o autuado não comprovou que se tratam das mesmas notas fiscais que serviram de base ao lançamento por utilização indevida de créditos fiscais considerado procedente em julgamento anterior, sendo, portanto, infrações de naturezas diversas.

Entendo que embora as mercadorias objeto do levantamento fiscal possam ser as mesmas do ilícito fiscal imputado no Auto de Infração de nº 108880.0001/06-0, não está comprovado nos autos que se tratam dos mesmos documentos fiscais objeto do presente lançamento.

Nos termos do artigo 123 do RPAF-BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação, e o impugnante não apontou no levantamento quantitativo elaborado pela autuante quaisquer incorreções nos lançamentos de entradas ou saídas de mercadorias registrados.

Constato, ainda, que o levantamento fiscal foi elaborado nos termos da Portaria nº 445/98, e os demonstrativos indicam a ocorrência de omissão de saída de mercadorias.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 463 a 467, com amparo no que dispõem os arts. 169, I, “b” e 171 do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/1999).

Em preliminar de nulidade, referente à Decisão de piso, que entende ter cerceado o seu direito de defesa, aduz que seria imprescindível a realização de diligência ou perícia técnica no sentido de comprovar que os produtos considerados no levantamento quantitativo de estoques são sim insumos, que não houve omissão de saídas e que ocorreu exigência em duplicidade.

No mérito, volta a afirmar que não houve o ilícito apontado e que os montantes lançados já haviam feito parte do Auto de Infração 108880.0001/06-0.

Conclui pleiteando o provimento recursal.

À fl. 470 a Procuradoria do Estado sugeriu que o feito fosse convertido em diligência, para que fiscal estranho ao feito visitasse o estabelecimento e verificasse se produtos como, por exemplo, “CHEM CLOR 40,0 KG” e “HTH MAXFLOC SE”, fazem ou não parte do processo de produção.

Assim, atendendo à sugestão, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) enviou os autos à ASTEC / CONSEF (Assessoria Técnica do Conselho Estadual de Fazenda), com o fim de que fossem verificadas “in loco” as etapas e procedimentos da industrialização, com a elaboração de relatório do qual constasse a destinação dos produtos discriminados nas notas fiscais de fls. 15 a 22.

O Parecer ASTEC 160/2010, de fl. 476, informa que não foi possível realizar o trabalho, pois o contador cadastrado nesta Secretaria e o advogado responsável pelo Recurso Voluntário informaram não mais trabalharem para a sociedade empresária.

Resolveu, então, a auditora fiscal da ASTEC, deslocar-se em veículo oficial até o estabelecimento autuado no dia 23/09/2010, nada encontrando no endereço.

Diversas vezes intimado pela Coordenação de Cobrança desta Secretaria, o recorrente apresenta manifestação às fls. 486 a 488, através de outro advogado, na qual assinala que, em razão das autuações, teve que suspender temporariamente as suas atividades empresariais.

Em seguida, reitera a necessidade de diligência, destacando ter juntado uma série de documentos acerca do seu procedimento de produção, inclusive o laudo técnico de fls. 491/492.

A Procuradoria (PGE/PROFIS), no Parecer de fls. 507/508, assevera causar estranheza que uma empresa destinada a beneficiar couro compe uma enorme variedade de produtos para piscina. Assim, com fundamento no princípio da busca da verdade material, mais uma vez opina pela realização de diligência.

Os autos foram enviados a esta Câmara através do Despacho de fl. 524, uma vez que a ilustre relatora da 2ª CJF, assim como outra conselheira componente do mesmo órgão, Mônica Maria Roters e Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, respectivamente, deliberaram nas Decisões de primeira instância atinentes aos Autos de Infração em enfoque (Acórdãos JJJ 0281-05/06 e 0085-03/08).

Incluído o processo em pauta suplementar, esta 1ª CJF decidiu pelo indeferimento da solicitação de diligência, quer porque se tronou impraticável, tendo em vista a paralisação das atividades, quer pelo caráter genérico das sustentações do recorrente. Ademais, o contribuinte, em sua última manifestação, limitou a sua irresignação ao item hidróxido de cálcio 75%, aduzindo que se trata de material aplicado no beneficiamento do couro.

Às fls. 535 a 542, a PGE / PROFIS, desta feita juntando memorial descritivo denominado “*GUIA TÉCNICO AMBIENTAL – COUROS – DO ESTADO DE SÃO PAULO*”, reitera a sua opinião de que é necessária a realização de diligência.

Por fim, no Parecer Jurídico de fls. 548/549 e no Despacho de fl. 550, após a Câmara ter repetido o entendimento de que a diligência é inviável (fls. 544/545), a Procuradoria do Estado assinala – de forma conclusiva –, que não há como se ter segurança da efetiva participação dos materiais auditados no processo de beneficiamento de couro, pelo que sustenta que o Recurso deve ser provido.

VOTO

As questões de direito, em qualquer lide, judicial ou administrativa, devem ser resolvidas com base nas suas respectivas fontes (legislação, analogia, princípios gerais, eqüidade, jurisprudência, doutrina etc.). Assim, o conhecimento do direito objetivo é obrigação do julgador, não devendo, em regra, depender de qualquer demonstração das partes.

Já os fatos, por outro lado, quem decide não é obrigado a conhecer previamente. Devem ser provados pelos litigantes. Uma vez esclarecidos os mesmos, e tendo o conhecimento do direito, reunirá então o órgão de Decisão condições de pacificar a contenda.

Daí porque Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra ensinam que “*a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo*”.

O ônus da prova parte da regra de que toda proposição, para ser levada em consideração, precisa

de sustentação, de elementos incontestes e inequívocos, sob pena de vício insanável por falta de fundamentação de fato. Se tais provas não são oferecidas, essa proposição não tem valor argumentativo e deve ser desconsiderada em um raciocínio lógico.

Assim, na situação em apreço, caberia ao Fisco o ônus de demonstrar os fatos constitutivos do direito que alega possuir (artigo 333, I do Código de Processo Civil), o que não conseguiu fazer, tendo em vista tudo o quanto exposto no Relatório supra, apesar dos notórios e louváveis esforços da digna autuante na busca da verdade material.

Como muito bem frisou o procurador Dr. José Augusto Martins Júnior no seu Parecer conclusivo, não há, ao menos nestes autos, como se ter segurança da efetiva participação dos materiais auditados no processo de beneficiamento de couro, situação que reclama a incidência do art. 18, III e IV do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

Entretanto, com fundamento no permissivo do art. 155, parágrafo único do RPAF/1999, passo à análise de mérito.

Os itens 1 e 2 do Auto de Infração de fls. 60 a 67 (10880.0001/06-1) exigiram o ICMS por utilização de crédito indevido nas aquisições dos mesmos materiais objeto do levantamento quantitativo do qual resultou este lançamento de ofício. Isso por terem sido qualificados como de uso e consumo do estabelecimento, entendimento corroborado nos Acórdãos JJF 0281-05/66 e CJF 0001-12/07 (fls. 89 a 97).

Já o item 3 do Auto de Infração nº 10880.0001/06-1 foi anulado nos julgamentos acima mencionados, em razão de ter constituído arbitramento sem a presença de elementos que justificassem a sua elaboração. Por isso, conforme informações constantes do corpo da peça vestibular deste processo, o Auto em enfoque foi lavrado.

Ocorre que, data vénia, tendo os referidos materiais sido indicados como de uso e consumo, do que resultou o estorno de crédito das infrações 01/02 do Auto de Infração nº 10880.0001/06-1, ambas mantidas pelo CONSEF, não é procedente, em outro lançamento, cobrar ICMS por omissão de saídas dos mesmos bens.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 108880.0404/07-5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108880.0404/07-5**, lavrado contra **LEATHER COMÉRCIO E BENEFICIAMENTO DE COURO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

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