

PROCESSO - A. I. Nº 269205.0004/14-0
RECORRENTE - BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (BRIDGESTONE FIRESTONE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0180-01/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0137-11/17

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O fato de o contribuinte ter feito ajustes contábeis sem o devido registro das saídas em notas fiscais e o estorno de crédito dos insumos não o credencia a elidir o lançamento. Negada a preliminar de nulidade. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em (Acórdão de fls. 740/767) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2014, quando foi efetuado lançamento de ofício no valor histórico de R\$1.607.025,54 em decorrência da constatação de infrações com as seguintes descrições:

6. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.333.604,50, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte deixou de registrar na escrita fiscal a saída de produtos efetuada sem a devida emissão das respectivas Notas Fiscais eletrônicas, conforme demonstrado nos ANEXOS 6- A ao ANEXO 6 –M.

Após a apresentação da defesa (fls. 486/513) e da correspondente informação fiscal (fls. 548/68), e do reconhecimento das infrações 3 e 4 (fls. 580/81) e da manifestação do impugnante acerca da informação prestada pelo autuante (fls. 618/31), do pedido de diligência à fl. 671, e consequente segunda informação fiscal, além da última manifestação do impugnante às fls.731/38, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF, que julgou o Auto Procedente (Acórdão nº 0180/01-16). A Junta decidiu a lide, resumidamente, nos seguintes termos:

VOTO

Que foram reconhecidas as infrações 1, 2 e 5, já na defesa inicial e, posteriormente, no curso do processo, reconheceu também as infrações 3 e 4, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido atinentes a todas infrações reconhecidas, conforme comprovante acostado aos autos. Impugnou a infração 6.

No que concerne à infração 6 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias - trata-se de exigência fiscal decorrente da constatação de omissão de saídas de mercadorias, decorrente da não emissão das respectivas Notas Fiscais eletrônicas.

Conforme consta na descrição do Auto de Infração, o contribuinte deixou de registrar na escrita fiscal a saída de produtos efetuada sem a devida emissão das respectivas Notas Fiscais eletrônicas, conforme demonstrado nos ANEXOS 6- A ao ANEXO 6 –M. Inicialmente, cumpre consignar que não se trata de exigência fundamentada em presunção conforme aduzido pelo ilustre patrono do autuado.

O exame dos elementos que compõem o presente processo permite concluir que assiste razão ao autuante quanto ao levantamento quantitativo. De fato, apesar de alegar que demonstraria a insubsistência da autuação, o autuado não se incumbiu a contento em comprovar o alegado. Até o presente momento, isto é, quando do julgamento onde poderia exercer o direito de sustentação oral o autuado nada trouxe nem mesmo o aludido

laudo. Os demonstrativos e planilhas trazidos pelo autuante em confronto com os trazidos pelo autuado, especialmente com aqueles trazidos na defesa em 27/04/2015, comprovam que não merece reparo a autuação.

Alega o autuante que os pneus produzidos e descartados como sucata em consequência de defeito de fabricação, identificado no controle de qualidade em etapa integrante do processo produtivo, correspondem a perdas normais inerentes ao processo produtivo da empresa, e, portanto, devem ser abatidos do volume total de produção para efeito de controle de estoque. Esclarece que na impossibilidade de determinar se todas as perdas de pneus informadas pelo contribuinte são efetivamente perdas normais inerentes ao processo produtivo ou se são perdas posteriores de produtos já em estoque, de forma mais benéfica para o contribuinte, considerou as quantidades totais de perdas informadas como perdas normais inerentes ao processo produtivo, em relação aos pneus para os quais houve produção no período.

Já em relação aos pneus para os quais não houve produção no período, cujos registros nos controles internos da empresa tiveram como efeito a redução de seu estoque inicial, entende o autuante que essas quantidades de redução de estoque não são perdas normais inerentes ao processo produtivo, razão pela qual não devem ser consideradas no levantamento quantitativo de estoque. Salienta o autuante que não obstante possam existir nos controles internos do impugnante as anotações referentes a essas reduções das quantidades de produtos em estoque, não há na sua escrituração fiscal nenhuma emissão de Nota Fiscal ou lançamento que registre a baixa correspondente no estoque, bem como não há o estorno do crédito relativo à entrada dos respectivos insumos, como determina a legislação estadual, no caso de comprovada perda desses produtos já acabados e em estoque.

Quanto a esse aspecto não coaduno com o entendimento do autuante, haja vista que, na própria fórmula que utilizou no levantamento, considerou o Estoque Inicial que, segundo o autuado, conteria perdas não consideradas pela Fiscalização. Entendo que se na fórmula utilizada o Estoque Inicial é um dos seus componentes para o levantamento quantitativo, por certo que deve refletir a quantidade correta do produto. Ora, se o contribuinte alega que o Estoque Inicial utilizado se apresenta impreciso por conter perdas não consideradas, a meu ver, caso efetivamente comprove documentalmente as perdas ocorridas, estas devem ser consideradas no levantamento quantitativo de estoques, conforme aduzido pelo impugnante.

Entretanto, no presente caso, coaduno como entendimento do autuante quanto ao aspecto de que, não obstante possam existir nos controles internos do impugnante as anotações referentes a essas reduções das quantidades de produtos em estoque, não há na sua escrituração fiscal nenhuma emissão de Nota Fiscal ou lançamento que registre a baixa correspondente no estoque, bem como não há o estorno do crédito relativo à entrada dos respectivos insumos, como determina a legislação estadual, no caso de comprovada perda desses produtos já acabados e em estoque. Assim sendo, as perdas não consideradas pelo autuante, efetivamente, não podem ser computadas para redução da omissão de saída apurada no levantamento por ausência de comprovação.

No que tange à alegação defensiva atinente ao Programa DESENVOLVE também coaduno com o entendimento do autuante, haja vista que não pode ser considerado no caso de apuração de omissão de saídas, conforme é o caso. O Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, estabelece no seu artigo 18 que empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Considerando que foi constatada a omissão de saída de mercadorias, por certo que o autuado deixou de recolher ao Erário estadual o ICMS devido, o que implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele período.

Relativamente à multa, cabe observar que a multa aplicável é a prevista no art. 42, III, “g”, da Lei nº 7.014/96. É indispensável esclarecer que Portaria não pode instituir multa, sendo esta atribuição exclusiva de Lei. O inciso II do 5º da Portaria nº 445/98, ao dizer que “a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%)”, não está instituindo a multa, reitere-se, atribuição de Lei, mas sim esclarecendo qual a multa a ser aplicada. Na realidade, ao mencionar a multa de 70% a referida Portaria se reportou a multa então vigente à época de sua publicação, constante no art. 42, III, da Lei nº 7.016/96, hoje no percentual de 100%. Diante do exposto, considero subsistente a infração 6. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em breve resumo, a 1ª JJF entendeu que a infração restou caracterizada pelo fato de que não obstante possam existir nos controles internos do impugnante as anotações referentes a essas reduções das quantidades de produtos em estoque, não há na sua escrituração fiscal nenhuma emissão de Nota Fiscal ou lançamento que registre a baixa correspondente no estoque, bem como não há o estorno do crédito relativo à entrada dos respectivos insumos, como determina a legislação estadual, no caso de comprovada perda desses produtos já acabados e em estoque e que quanto ao benefício DESENVOLVE, considerando que foi constatada a omissão de saída de mercadorias, por certo que o autuado deixou de recolher ao Erário estadual o ICMS devido, o que implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele período.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 779/94) aduzindo que inicialmente, há que se destacar que os débitos consubstanciados nas Infrações nºs 1, 2, 3, 4 e 5, foram integralmente quitados, parte dentro do prazo para apresentação da presente Impugnação (infrações nº 1, 2 e 5) e outra parte antes do julgamento da impugnação (infrações nº 3 e 4), conforme comprovam as guias de pagamento já anexas aos autos, razão pela qual se encontram extintos, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional. Por outro lado, a única infração remanescente (infração de nº 6) restou mantida pelo Acórdão JJF nº 0180-01/16 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Que, conforme demonstrado desde a impugnação apresentada, na autuação fiscal, não há qualquer descrição fática a identificar situação de fraude (ação ou omissão dolosa que visa impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador), tampouco vício que torne imprestável a escrituração efetuada, de modo a não permitir a utilização daquela escrita fiscal. Que o fiscal autuante não explica em suas informações a razão pela qual desconsiderou os documentos fiscais da autuada, tampouco indica a existência de vício ou fraude cometida pelo contribuinte, não havendo qualquer fundamentação fática ou legal para aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS pela fiscalização. Neste sentido, necessário se faz a produção de prova pericial para que seja realizada análise eficaz e por profissional especializado da documentação espelhada nas planilhas apresentadas pela Recorrente.

Vale destacar que em outros casos esse órgão julgador baiano entendeu que os equívocos na utilização do levantamento quantitativo poderiam ser corrigidos mediante diligência:

*1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDAO CJF Nº 0122-11/02*

ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAIDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Negado pedido de perícia fiscal, corrigindo-se os equívocos do procedimento mediante diligência a cargo de fiscal estranho ao feito. Recurso NAO PROVIDO. Decisão unânime.

Portanto, tendo em vista os documentos acostados aos autos permitem a correta apuração do *quantum* devido, o arbitramento da base de cálculo do ICMS é totalmente indevido, devendo o Auto de Infração ser julgado insubsistente. Caso não seja este o entendimento, seja ao menos determinada a realização de perícia para análise dos documentos retratados nas planilhas acostadas aos autos e à disposição da autoridade fiscal, conforme entendimentos citados.

Por fim, ainda que a câmara entenda também pela negativa da perícia, que sejam os autos baixados em diligência por fiscal estranho ao feito para consequente correção dos dados apurados no levantamento quantitativo mediante consulta dos documentos retratados nas planilhas acostadas aos autos e à disposição da autoridade fiscal.

Que o interesse do Fisco em agilizar a cobrança do débito não pode se sobrepor ao devido processo legal na esfera administrativa, cerceando o direito de defesa do contribuinte, impondo um ato desfavorável, consistente na ausência de intimação do contribuinte para falar sobre a manifestação do fiscal autuante de fls. 675/712, cujas conclusões são tomadas como verdade no acórdão recorrido (fls. 19/26 do Acórdão JJF Nº 0180-01/16). Assim, não é lícito à autoridade coatora compelir o contribuinte a pagar débitos tributários sem que o contribuinte tenha oportunidade de apresentar eficazmente suas razões de defesa, a exemplo de ser dado o contraditório frente as conclusões do fiscal autuante de fls. 675/712.

Neste sentido, já se manifestou este respeitado Conselho Julgador pela nulidade de Auto de Infração referente a levantamento quantitativo no qual não foi garantido o contraditório e a ampla defesa, conforme trecho da ementa do ACÓRDAO CJF Nº 1060/99: *Foram detectadas omissões e incorreções insanáveis no procedimento fiscal: levantamentos insubsistentes e falta de descrição precisa da infração cometida. Não foi garantido o contraditório e a ampla defesa. Auto de Infração julgado NULO. Recurso NAO PROVIDO para manter e homologar a Decisão recorrida. Decisão unânime.*

Em sendo assim, cumpre lembrar ainda que a presunção não se é instrumento hábil a comprovar com inequívoca certeza a ocorrência do fato gerador, ainda mais, considerando o fato

da prevalência da verdade material sobre a verdade formal que é assegurada ao processo administrativo.

Ante o exposto, necessário se faz garantir à recorrente oportunidade para que suas considerações sobre a manifestação do fiscal autuante de fls. 675/712 sejam consideradas quando do julgamento de primeira instância, sob pena de violação a ampla defesa e contraditório garantidos constitucionalmente no âmbito do processo administrativo fiscal.

No que se refere ao levantamento do estoque propriamente dito, cumpre a Recorrente trazer aos autos a comprovação de que o levantamento pela Fiscalização improcede quando da apresentação de documentos suficientes para apuração do ICMS.

Não obstante a apresentação dos documentos, importante destacar que certos argumentos aduzidos pela Fiscalização sequer devem ser considerados. Isto porque, conforme se percebe pela leitura da Informação Fiscal, esta aduz que *“as perdas relativas aos itens não produzidos pelo contribuinte no período fiscalizado, por uma questão objetiva, não podem ser consideradas perdas normais do processo de produção, razão pela qual as mesmas não puderam ser consideradas no levantamento das quantidades produzidas (anexos 6-D e 6-E – fls. 53 a 58), até porque, caso fossem consideradas chegar-se-ia, para respectivos itens, a quantidade de produção negativas, o que, por si só, mostra-se impossível fisicamente”*.

Ocorre que tal afirmação chega a ser absurda. Isto porque, muito embora as mercadorias tenham sido produzidas em outros períodos não fiscalizados, elas integram o estoque inicial do período fiscalizado, de modo que, a perda dessas mercadorias evidentemente deve ser considerada, a fim de se apurar aquilo que evidentemente perdeu-se durante o ano e, portanto, não pode ser considerado como mercadoria circulada sem emissão de documento fiscal (omissão de saída).

Da mesma forma, igualmente não há que proceder o argumento de que *“não há na escrituração fiscal do contribuinte nenhum lançamento que registre a baixa do estoque correspondente a essas perdas, bem como o estorno do crédito relativo à entrada dos respectivos insumos”*. Isto porque, tanto a Recorrente registrou a baixa das mercadorias perdidas no período fiscalizado que a própria Fiscalização tem a relação dos produtos, extraída dos livros fiscais da Recorrente, conforme se percebe dos Anexos 6-D e 6-E que instruíram o Auto de Infração.

Assim sendo, a presunção feita pela Fiscalização causa espanto, tendo em vista que simplesmente desconsiderou a baixa do estoque, por entender (sem qualquer fundamento que justifique) que a perda não poderia ser contabilizada, sem nem ao menos descrever quantos bens estariam arrolados na perda desconsiderada. Cabe ainda destacar que, ao contrário do que consta no acórdão recorrido, a perda de produtos não ocorre exclusivamente no ano em que há produção, sendo certo que a perda de mercadorias pode se dar em relação a produções ocorridas em exercícios anteriores, e por inúmeras razões.

Com efeito, trata-se de omissão de informação, sem a qual não se mostra possível sequer apurar a representatividade destas mercadorias em relação ao montante de bens autuados cuja suposta circulação teria sido omitida. Ressalte-se que a perda desconsiderada pode, inclusive, ter o condão de anular a infração, tendo em vista que, em razão do seu volume, pode suprir o número de notas entendidas como faltantes e a não escrituração de saída.

Ou seja: nota-se que a Fiscalização considerou a perda de produtos como se fossem mercadorias vendidas sem emissão de nota fiscal e sem a respectiva escrituração fiscal, o que demonstra total abuso no poder de fiscalização, tendo em vista que foram injustificadamente desconsideradas as perdas de mercadorias exclusivamente em razão do fato de não ter havido produção no mesmo período da perda, o que, REPISA-SE, NÃO SIGNIFICA QUE NÃO SE REFEREM A PERDAS INCORRIDAS EM RAZÃO DE PRODUÇÕES ANTERIORES.

Desta forma, os argumentos da Fiscalização no sentido de que *“o contribuinte não contestou nenhum dado constante dos demonstrativos apresentados”*, bem como que *“não foram contestados os dados relativos aos inventários, nem os dados relativos à produção e às perdas expurgadas, muito menos os dados relativos às NFE emitidas e recebidas pelo contribuinte, bem*

como não foi contestada a ausência de nenhuma NFE nos respectivos demonstrativos”, não devem prosperar tendo em vista que (i) já foram devidamente rechaçados seja na impugnação seja no presente Recurso Voluntário, bem como que (ii) serão objeto de perícia técnica pleiteada nos tópicos anteriores.

Conforme se percebe da fundamentação legal atribuída à Infração nº 6 pela Fiscalização, nota-se que esta enquadrou a infração no artigo 2º, inciso I; no artigo 23-B da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 83, inciso I, do RICMS; **e nos artigos 4º e 5º da Portaria nº 445/98**, aplicando, contudo, a multa prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, cujo percentual é de 100%.

Ocorre que, ao contrário do quanto alegado pela d. Fiscalização e confirmado pelo Acórdão JJF, a Recorrente jamais pretendeu obter vantagem em relação à multa ou qualquer outra obrigação que venha a lhe ser imposta, mas apenas pretende seja reconhecido aquilo que lhe é legalmente cabido. Com efeito, a Recorrente não se “esqueceu” de absolutamente nada, como pretende fazer crer a Fiscalização. De fato, o artigo 42 se aplica para as infrações em geral que não tenham capitulação própria, de modo que, caso não houvesse previsão expressa para o caso da Recorrente, deveria ele ser aplicado.

No entanto, no caso da Recorrente, a Portaria nº 445/1998 expressamente prevê multa a ser aplicada nos casos DE OMISSÃO DE SAÍDAS, CONFORME ENTENDE A FISCALIZAÇÃO SER O CASO DOS AUTOS, DE MODO QUE NÃO SE APLICA O QUANTO DISPOSTO NO ARTIGO 42 DA LEI Nº 7.014/96, QUE SE MOSTRA DE CARÁTER GENÉRICO.

Realmente, se há regra específica para determinado caso, deve ela ser aplicada em razão do Princípio da Especialidade das Normas, e não a multa aplicável para situações genéricas, apenas em razão do seu percentual ser maior. Assim sendo, a multa de fato imputável ao feito, caso subsista a infração após a apresentação dos documentos no prazo solicitado, é a prevista no próprio artigo 5º da Portaria nº 445/1998, cujo percentual é de 70%.

Não bastasse isso, a d. fiscalização ainda tem a petulância em alegar que não poderia prevalecer a multa prevista no artigo 5, II, da Portaria nº 445/1998, por entender que *“a penalidade deve ser instituída por Lei, e uma Portaria não tem força para alterar um dispositivo legal”*.

Com efeito, se esse é o entendimento da d. Fiscalização então tem-se ser o caso de anular integralmente a Infração, tendo em vista que sua capitulação se deu com base na Portaria nº 445/1998, INCLUSIVE NO ARTIGO 5º.

Ou seja, se a Portaria não tem força para vincular a Fiscalização e a Recorrente ao pagamento de penalidade nela prevista, ELA TAMBÉM NÃO POSSUI EFEITO PARA VALIDAR O ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO, DEVENDO ESTA SER INTEGRALMENTE CANCELADA.

Desta forma, diante de todo o exposto, tem-se ser evidente a necessidade de cancelamento da infração em questão, tendo em vista que esta foi lavrada com base em mera presunção, sem que tenham sido observados todos os critérios fáticos e probatórios envolvidos na operação que são capazes de descaracterizar a suposta infração, o que será corroborado com a juntada dos documentos elucidativos.

Pelo exposto requer o acolhimento integral do presente Recurso Voluntário, para julgar insubsistente o lançamento tributário em relação à infração 6, objeto do Auto de Infração nº 269205.0004/14-0. Caso não seja este o entendimento, requer seja decretada a nulidade do Acórdão JJF n.º 0180-01/16 e determinada a realização de perícia para análise dos documentos retratados nas planilhas acostadas aos autos e à disposição da autoridade fiscal ou ainda baixados os autos em diligência para correção/averiguação dos dados apurados mediante levantamento quantitativo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em que após julgamento em primeira instância, resta uma única infração em lide, a sexta, que decorre de lançamento em virtude da aplicação de roteiro de auditoria de estoques que resultou em lançamento de ofício no valor histórico de R\$1.333.604,50, acrescido de multa de 100%.

Em sede de Recurso Voluntário, o Recorrente traz os seguintes pedidos: produção de prova pericial ou diligência; nulidade do julgamento de piso pela ausência de intimação do contribuinte para se manifestar acerca da segunda informação fiscal de fls. 675/712; nulidade da infração pelo fato do lançamento decorrer de presunção e ter havido um arbitramento da base de cálculo do imposto; e no mérito, defende que as mercadorias produzidas em outros períodos não fiscalizados, integram o estoque inicial dos períodos fiscalizados e que estas perdas devem ser consideradas, pois ao contrário do que consta no acórdão recorrido, a perda de produtos não ocorre exclusivamente no ano em que há produção, sendo certo que a perda de mercadorias pode se dar em relação a produções ocorridas em exercícios anteriores. Por fim, aduz que a Portaria nº 445/1998 expressamente prevê multa a ser aplicada no caso em lide, e não o art. 42 da Lei nº 7.014/96, cujo percentual é de 70%.

Quanto ao pedido de prova pericial, não trouxe o Recorrente nenhum fato novo, quanto a eventuais erros materiais, mas apenas uma questão de direito, a de que houve perdas em outros exercícios a serem consideradas e que será devidamente apreciado no decorrer deste voto. Assim, denego o pedido de perícia ou diligência para reparos do roteiro de auditoria de estoques.

Quanto ao pedido da nulidade do julgamento de primeira instância por não ter tido conhecimento da manifestação do autuante de fls. 675/712, é preciso considerar que no processo administrativo fiscal, não há previsão legal para tomada de ciência de manifestação do autuante, exceto quando este altera valores do lançamento, ou aduz fatos novos, conforme dita o parágrafo 7º do art. 127 do RPAF.

A diligência comentada pelo Recorrente nada mais foi que um pedido complementar da informação fiscal para que o autuante prestasse nova informação fiscal abordando todos os pontos questionados pelo contribuinte, na forma do parágrafo 6º, do art. 127 do RPAF. O autuante teceu considerações sobre a infração 6, argumentando que não há divergência de dados de produção antes da exclusão das perdas referente aos exercícios de 2012 e 2013 e apresenta demonstrativo da produção antes das perdas apresentadas pelo próprio Recorrente. Tais considerações, como dito, são complementares à informação fiscal e serve ao convencimento do julgador.

Entendo que para justificar uma nulidade, o desconhecimento por parte do Recorrente, do conteúdo desta informação fiscal deveria lhe trazer efetivo e comprovado prejuízo à defesa, o que não se comprovou. Além disso, o julgador de piso, também não fundamentou seu voto exclusivamente em argumento proposto pelo autuante, mas fez diversas considerações.

Os tribunais brasileiros, têm confirmado que tendo por base a dispensa do formalismo rígido, o processo administrativo fiscal não pode ser anulado por ausência de requisito formal, a menos que haja comprovação de prejuízo à defesa, conforme ementa de julgamentos abaixo transcritos:

TJ-PR - 8859283 PR 885928-3 (Acórdão) (TJ-PR) Data de publicação: 19/06/2012 Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÕES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA MOTIVADA. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO QUE REGE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.. RECURSO DESPROVIDO. O processo administrativo goza do princípio do informalismo, o qual dispensa procedimento rígido ou rito específico. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, hipótese não demonstrada na exordial.

RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6) RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

Quanto à nulidade arguida, pelo arbitramento da base de cálculo, também não procede. Isto porque o roteiro de estoque não se constitui em arbitramento, visto haver uma equação matemática que apura as omissões de saídas de mercadorias, e a base de cálculo é feita a partir

dos valores registrados das vendas no último mês de comercialização e se não houver, dos valores registrados no próprio livro de Inventário. Por outro lado, a presunção arguida, trata-se evidentemente de presunção legal *júris tantum* definida em lei, e que cabe prova em contrário. Assim exposto, denego o pedido de nulidade do julgamento de primeira instância além da nulidade do lançamento em si.

No mérito, o Recorrente reafirma razões já colocadas na impugnação inicial, a de que as mercadorias produzidas em outros períodos não fiscalizados integram o estoque inicial do período fiscalizado e que estas perdas devem ser consideradas, pois ao contrário do que consta no acórdão recorrido, a perda de produtos não ocorre exclusivamente no ano em que há produção, sendo certo que a perda de mercadorias pode se dar em relação a produções ocorridas em exercícios anteriores.

Conforme salientado no próprio julgamento *a quo*, o autuante, impossibilitado de determinar se todas as perdas de pneus informadas pelo contribuinte são efetivamente perdas normais inerentes ao processo produtivo ou se são perdas posteriores de produtos já em estoque, de forma mais benéfica para o contribuinte, considerou as quantidades totais de perdas informadas em relação aos pneus para os quais houve produção no período.

Quanto aos pneus para os quais não houve produção no período, mas que foram registradas perdas no estoque, obviamente tais perdas não se caracterizam como “perdas de produção”, pois os pneus já estavam produzidos e estocados. Assim, se pneus pereceram ou se tornaram impréstáveis para venda, as notas fiscais de descarte devem ser emitidas e isto não foi feito assim como não foi feito o estorno do crédito relativo à entrada dos respectivos insumos, como determina a legislação estadual, no caso de comprovada perda desses produtos já acabados e em estoque. Vejamos o que diz a respeito, os Regulamentos do ICMS de 1997 e 2012:

RICMS 97

Art. 533. O contribuinte a ser indenizado em decorrência de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência, além das demais disposições regulamentares, observará, especialmente, o seguinte:

II - quer tenha a ocorrência sido verificada no trânsito, quer no próprio estabelecimento:

a) será emitida Nota Fiscal para baixa no estoque e estorno do crédito fiscal relativo à entrada ou aquisição das mercadorias, ou para desincorporação do bem, conforme o caso, sendo que, em caso de bem do ativo imobilizado, será feito o estorno do crédito porventura também escriturado no documento denominado Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) de que cuida o parágrafo único do art. 339;

RICMS 2012

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

Art. 313. Em decorrência de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência, tendo a ocorrência sido verificada no trânsito, além das demais disposições regulamentares, observará, especialmente, o seguinte:

I –

(...)

c) emitirá nota fiscal para estorno do crédito relativo à entrada da mercadoria e baixa no estoque;

O fato do contribuinte ter feito ajustes contábeis sem o devido registro das saídas em notas fiscais e o estorno de crédito dos insumos não o credencia a elidir o lançamento. A base de

cálculo é de quase 8 milhões de reais e isto significaria a “perda” de milhares de pneus já fabricados e estocados ou mesmo a comercialização sem a emissão de notas fiscais. Em tais circunstâncias é evidente que o impugnante deveria trazer outros meios de prova como por exemplo o destino dado a estas perdas, pois é certo que o descarte no meio ambiente requer autorização de órgãos governamentais especializados, e se não, se foi vendido como sucata, igualmente necessitaria de notas fiscais de saída, e se reaproveitado como matéria prima, os controles de produção e estoque deveriam conter tais registros.

O mesmo acerto ocorreu no julgamento de piso que considerou o benefício DESENVOLVE, condicionado ao perfeito recolhimento do imposto em tempo hábil e assim, se deixou de recolher o ICMS devido, há inquestionável perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele período.

Quanto à Portaria nº 445/1998, esta se reportou à art. 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual vigente à época de sua edição. O capítulo normativo da aplicação de multas à legislação do ICMS está editado na supracitada Lei, não havendo em hipótese alguma, a prevalência de multa citada em portaria antiga, cujo teor já foi modificado pela Lei Fonte do ICMS. Mantida a multa aplicada à infração com fundamento no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e mantenho integralmente o julgamento *a quo*.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de Nulidade)

Em que pese o sempre abalizado voto do nobre Conselheiro Relator, divirjo do seu entendimento quanto a nulidade arguida pelo Sujeito Passivo no que tange a falta de intimação sobre a manifestação fiscal de fls. 657 a 712.

Com razão o contribuinte em alegar o cerceamento do direito de defesa e o desrespeito ao devido processo legal, consoante ao que prevê o artigo 127, §7º do RPAF, a seguir transcrito:

Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

(...)

§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

Na presente lide, fácil denotar que além de explicar a metodologia de cálculo realizada na exação, foram colocados novos argumentos e novos demonstrativos na citada Informação Fiscal que, consoante a determinação legal acima mencionada, impunha o dever de reabertura de prazo para ciência do contribuinte.

Observa-se, de plano, que não se trata de uma mera objeção aos argumentos defensivos, mas sim, uma verdadeira explicação da sistemática aplicada com a complementação de novas informações e tabelas com valores e indicativas de operações detalhadas que fazem parte da autuação e não estavam presentes inicialmente.

Claramente percebo não pode ser invocado o parágrafo §8º do artigo 127 que prevê a dispensa de ciência do “*sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada*”. Ora, tal norma só pode ser invocada quando houve o acatamento de todos os argumentos defensivos por parte da fiscalização quando da sua Informação Fiscal, o que não é o caso.

Ademais, também não é correto afirmar que “*não há previsão legal para tomada de ciência de manifestação do autuante*”, como entendeu o n. Relator, pois, conforme dito, houve sim clara menção de “*fatos novos*”, bem como a anexação de novos demonstrativos complementares que deveriam ensejar a manifestação do contribuinte, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pedras angulares do procedimento administrativo fiscal, conforme previsto na Carta Magna e no próprio RPAF, no seu artigo 2º, a seguir colacionado, *in*

verbis:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Assim, consoante o artigo 18, §3º do RPAF, devemos declara nula a Decisão a quo, para que os autos retornem à primeira instância e sejam refeitos todos os atos posteriores à Informação Fiscal de fls. 657 a 712.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário determinando a Nulidade da Decisão de piso, para refazimento de todos os atos posteriores à Informação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de nulidade, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269205.0004/14-0**, lavrado contra **BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (BRIDGESTONE FIRESTONE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.462.409,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$128.805,02 e 100% sobre R\$1.333.604,50, previstas no art. 42, incisos II, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento das obrigações acessórias no total de **R\$144.616,02**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de Nulidade) - Conselheiros(as): Ildemar José Landin, Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de Nulidade) - Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, Laís de Carvalho Silva e João Roberto Sena da Paixão.

Sala das Sessões do CONSEF 23 de maio de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de Nulidade)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR- REPR. DA PGE/PROFIS