

A. I. N°	279459.0001/09-8
AUTUADO	BRACOL HOLDING LTDA.
AUTUANTES	FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM	IFEP COMÉRCIO
INTERNET	27.11.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0341-05/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM RECOLHIMENTO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração parcialmente elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 18/03/2009, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 181.591,07, mais acréscimos legais, em razão das irregularidades abaixo indicadas:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Enquadramento: art. 97, inciso IV, alínea "b" e artigo 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto n° 6.284/94. Penalidade: Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Enquadramento: Art. 371; Art. 125; inciso II, alínea "b", c/c o Art. 61- RICMS-BA, aprovado pelo Decreto n° 6.284/94. Penalidade: Art. 42, inciso II, alínea "d", da Lei n° 7.014/96:

INFRAÇÃO 3 - 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 mercadoria 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. Enquadramento: Art. 124, inciso I; 201, inciso I; 218; 323; 331;c/c os Artigos 1º, inciso I; 2º, inciso I; 50; 60, inciso II, "a" e 936; 938 do RICMS aprovado pelo Decreto n° 6.284/97. Artigos 4º e 5º da Portaria n° 445/98. Penalidade: Art. 42, inciso III, da Lei n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter

adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Enquadramento: Artigos. 125, inciso I; "a", 322, 2º, 50, 51, 61, inc. II, "a" e § 3º do artigo 938 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Artigo 10, inc. I, "b" da Portaria nº 445/98. Penalidade: Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas com, base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Enquadramento Art. 124, inciso I; Art. 201, inciso I; Art. 218; Art. 322, Art. 323; Art. 331; Art. 1º, inciso I § 3º, Art. 2º, inciso I; Art. 50; Art. 60, inciso II, "b"; Art. 936; Art. 938 § 3º; aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Artigos: 6º, 7º e 8º da Portaria nº 445/98. Penalidade: Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa às fls. 69 a 80 subscrita por sua advogada. De início, sustentou que a acusação e o levantamento fiscal apresentam precariedades.

Afirmou que os trabalhos de fiscalização que fundamentam a acusação foram realizadas de forma **absolutamente precária**, não podendo ser considerados válidos. Declarou que jamais utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação como também não deixou de efetuar os devidos recolhimento do ICMS.

No que diz respeito à Infração 3, disse que houve lançamento em duplicidade a Nota Fiscal nº 45099, em virtude da subtração da quantidade dos produtos dos códigos sob o nº 118141, 15473 e 102377, conforme mencionado na planilha anexo de Levantamento de estoque exercício fechado - omissão de saídas de mercadorias (doc. 03).

Ressaltou, em relação a infração 4, em que o auditor fiscal alega que houve omissões de entradas dos produtos (carne), referente ao exercício do ano de 2007, devido a falhas operacionais, alguns itens não foram transmitidos no arquivo magnético ocasionando assim varias divergências de valores.

Com a relação à infração 5, declarou que o levantamento não está correto, pois ocorreu várias omissões por parte do fisco, conforme planilha em anexo (doc. 4) com as devidas correções, modificando assim o valor da Infração.

Diante dessas circunstâncias entende que se encontra demonstrada a precariedade da acusação e do levantamento fiscal que lhe deram origem, por ter a fiscalização deixado de apurar circunstâncias elementares e essenciais relacionadas ao caso tratado nestes autos, existindo, também jurisprudência administrativa declarando a nulidade de lançamentos fiscais com tais vícios. Transcreveu em seguida alguns julgados originários do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.

Disse também que os Agentes Fiscais desconsideraram varios pagamentos realizados pela Impugnante constituído crédito tributário em relação ao ICMS devido, o que jamais poderiam ter sido considerado na autuação fiscal.

Afirmou que tal irregularidade ocasiona nulidade insanável do lançamento, como já decidiu a Câmara Especial do TIT/SP, cujo julgado transcreveu na peça defensiva.

Mais à frente argumentou que o Auto de Infração também merece ser cancelado por falta de provas contra a impugnante, posto que o levantamento fiscal foi realizado sem ter sido verificado todos os documentos fiscais da Impugnante para a devida apuração. Pediu a nulidade do Auto de Infração, fundamentado também em outra Decisão do TIT que transcreveu.

Sustentou mais à frente vício do procedimento fiscal, por cerceamento do direito de defesa da Impugnante ao não se demonstrar no Auto de Infração as razões jurídicas da penalidade aplicada. Isto porque, a fiscalização não teria demonstrado de forma específica qual operação gerou o crédito

considerado indevido, não demonstrando, conseqüentemente, de forma clara e precisa, os motivos do lançamento. Transcreveu decisões da Câmara do Conselho de Contribuintes da Receita Federal para fundamentar este entendimento.

Frisou que em face de todas as irregularidades acima apontadas, o Auto de Infração também merece ser cancelado por não existir relação entre os fundamentos de fato e de direito apontados no lançamento.

Reiterou haver irregularidade insanável do Auto de Infração, porque não existe a possibilidade de um ato administrativo estar fundamentado juridicamente com base em dispositivos não relacionados à demonstração fática que deu origem a sua prática.

No mérito, na hipótese das preliminares arguidas não serem acatadas para garantir a nulidade do Auto de Infração, afirmou que o Auto de Infração também não prevalece.

Declarou não ter praticado nenhuma infração aos dispositivos considerados como infringidos pelo Agente Fiscal, uma vez que, o valor do ICMS exigido foi recolhido corretamente, não acarretando lesão aos cofres públicos.

Em seguida transcreveu o artigo 112 do CTN, para afirmar que diante da inexistência de falta de pagamento de ICMS por parte da Impugnante não estão presentes as condições para ser julgada procedente a acusação realizada no lançamento impugnado, especialmente quando se apura não estar provada a falta de pagamento de tributo e muito menos ter a Impugnante deixado de efetuar o recolhimento de ICMS devido, multa e juros de mora.

Declarou também que O juízo administrativo também deve considerar existir em favor da Impugnante a **presunção da verdade**, sendo assim reputados verdadeiros todos os fatos oriundos de situações acobertadas por documentos fiscais até a fiscalização provar o contrário, nos termos do Artigo 5º, Inciso III da Lei Complementar nº 939/2005 (sic), assim redigido:

"Artigo 5º - São garantias do contribuinte:

*III - a **presunção** relativa da **verdade** nos lançamentos contidos em seus livros e documentos contábeis ou fiscais, quando fundamentados em documentação hábil" (g.n.).*

Argumentou que conforme estabelece o artigo 112 do CTN, a lei tributária deve ser interpretada de forma mais favorável a Impugnante quanto às circunstâncias materiais do fato, à sua natureza e à autoria, sendo mais uma razão para não ser a Impugnante responsabilizada por ter provado o correto recolhimento do ICMS.

No que pertine à multa lançada no Auto de infração aduziu que a mesma também merece ser cancelada por ter SIDO aplicada de forma inadequada aos fatos tratados nestes autos, na ordem de 60% (sessenta por cento) Do valor do imposto devido, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96. Disse que multa nesta proporção, que penaliza o contribuinte que não recolheu o imposto tempestivamente, não se justifica pois não restou demonstrado que a Impugnante tenha agido com fraude contra os interesses arrecadatórios.

Alegou que o montante da penalidade aplicada possui natureza confiscatória, contrária ao Artigo 150, Inciso IV da Constituição Federal de 1988, por não ser proporcional à suposta infração cometida pela empresa.

Declarou que mesmo se existisse obrigação tributária de a impugnante pagar o imposto exigido no Auto de Infração persistiria a irregularidade da penalidade, na forma aplicada, porque não existiu nenhuma infração por parte da impugnante quanto ao não recolhimento do imposto.

Formulou pedido pelo acolhimento da Impugnação, para que seja declarada a total improcedência do lançamento. Requereu em caráter sucessivo, caso seja cancelado parcialmente a autuação, que seja realizado uma nova conta de apuração do crédito tributário em razão das irregularidades admitidas como existentes por este órgão administrativo, sem afastar a possibilidade da empresa apresentar defesa contra a concessão do pedido sucessivo.

Por fim, pediu que as intimações sejam encaminhadas para o signatário da peça defensiva, com

escritório profissional na Avenida Brigadeiro Faria Lima nº 2.012 - 5º andar, cj. 53, São Paulo - SP, Cep: 01451-000.

O autuante prestou INFORMAÇÃO FISCAL às fls. 111/112 abordando todas as infrações objeto do lançamento.

Em relação à INFRAÇÃO 1 (CRÉDITO FISCAL INDEVIDO), afirmou que apesar de terem sido apontados no demonstrativo (fl. 9) o nº do livro registro de entrada e a folha, bem como, anexado as notas fiscais, ainda assim, a defesa sem apresentar prova em contrário, discorreu pelo caminho do simplesmente negar a infração. Anexou cópias do LRE para a verificação do ICMS dos produtos objeto da antecipação, tais como, carne congelada bovina, peito congelado, frango, coxas, file de peito e coxinha, onde foram lançados a crédito tanto neste livro de entrada como foi dado o crédito no cálculo da antecipação tributária cfe. planilhas da própria empresa, fls. 113 a 128.

Frisou que no caso em exame não houve duplicidade de lançamento do crédito fiscal do ICMS. Relativamente às Notas Fiscais nºs 192606 - 192607 - 192625 - 192626 além de se creditar indevidamente no LRE o contribuinte não recolheu o ICMS da antecipação tributária cfe. demonstrativo à fl. 23 onde o crédito foi dado.

Quanto à INFRAÇÃO 2 (FALTA RECOLHIMENTO DA ANTEC. TRIBUTÁRIA), declarou que o contribuinte além de se creditar indevidamente do ICMS das notas fiscais dos produtos no livro registro de entrada (conf. infração 1), não recolheu o ICMS da antecipação tributária de acordo com as planilhas e notas fiscais do período de março a junho de 2008 do próprio autuado, anexadas às fls. 128 a 133.

Na INFRAÇÃO 3 (ESTOQUE - OMISSÃO DE SAÍDAS), o autuante acatou as alegações da defesa e revisou o levantamento do estoque que passou de um débito no valor original de R\$14.768,05 para R\$ 2.135,18. Foi revisado também o demonstrativo de débito do auto de infração. Frisou que durante todo o período de fiscalização nos diversos contatos e pleitos mantidos com o contribuinte não foi apresentado relatório capaz de mostrar a duplicidade de entrada dos produtos revisados - fls. 134 e 136.

Relativamente à INFRAÇÃO 4 (LEVANTAMENTO DE ESTOQUE -OMISSÃO DE ENTRADA - FALTA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), manteve a exigência fiscal, afirmando que no levantamento de estoque, em exercício fechado, foi detectada omissão de entradas para alguns produtos da substituição tributária adquiridos em operações interestaduais. Tudo conforme demonstrativos às folhas 35 a 39.

No tocante à INFRAÇÃO 5 (ESTOQUE - OMISSÃO DE ENTRADAS), acatou as alegações defensivas e revisou o levantamento do estoque que passou de um débito no valor original de **R\$9.865,51** para **R\$2.729,38**. Revisou o demonstrativo de débito do auto de infração. Frisou, também que durante todo o período de fiscalização nos diversos contatos e pleitos mantidos o contribuinte não havia sido apresentados os relatórios mostrando duplicidade de entrada dos produtos revisados - fls. 135 e 136.

Anexou alguns dos e-mails dos diversos contatos mantidos com a empresa, seja enviando material para conferência, seja cobrando resultado, para provar que todo o trabalho de auditoria fiscal foi realizado em conjunto, conf. consta das fls. 137 a 144.

Formulou pedido pela procedência “total” deste auto de infração revisado.

Às fls. 147 a 159 dos autos o contribuinte, através de seus advogados, reiterou todos os argumentos da peça defensiva, nos mesmos termos do que foram formulados na inicial, juntando ainda os demonstrativos elaborados pelo autuante que serviram de base para a apuração das infrações.

VOTO

O contribuinte, na peça de defesa, arguiu nulidades do lançamento tributário, afirmando existir “precariedades” na ação fiscal desenvolvida em seu estabelecimento.

Apontou inicialmente duplicidade de lançamento de notas fiscais e erros de apuração das quantidades, quanto à infração nº 3. Quanto a este item, o autuante revisou o lançamento, elaborando novos Demonstrativos, acostados à fl. 134, passando o valor do débito de R\$ 14.768,05 para R\$ 2.135,18. Acato a revisão efetuada pelo autuante.

Da mesma forma, em relação ao item 5 do lançamento. Consta no demonstrativo apensado à fl. 135 deste PAF, a revisão desse item, onde foram acolhidos os erros apontados na peça defensiva, ficando a infração reduzida de R\$ 9.865,51 para R\$ 2.729,38.

As demais “precariedades” apontadas na impugnação administrativa não foram provadas pela defesa. O contribuinte, ressaltou erros na apuração da infração 4, atinentes a falhas operacionais na transmissão de arquivos magnéticos. Porém tal fato não foi demonstrado documentalmente, para fins de avaliação por este órgão julgador. O mesmo ocorreu em relação às exigências tributárias contidas nos itens 1, 2 e 4 do Auto de Infração, relacionados à exigência de ICMS por creditamento indevido, antecipação por substituição tributária e omissão de registro de entradas de mercadorias do regime da antecipação, respectivamente.

O argumento de que não foram considerados os pagamentos efetuados pela empresa não se mostrou provado através da juntada dos documentos que atestassem as alegações empresariais.

Por outro, o lançamento tributário também não padece do vício de falta de motivação jurídica, visto que a matéria de fato e de direito foram claramente expostas na peça acusatória através da juntada de demonstrativos, com a citação dos documentos que foram examinados na auditoria fiscal e o enquadramento legal dos dispositivos infringidos e da multa aplicada, expressos no corpo do Auto de Infração. Não subsiste também a alegação de houve cerceamento do direito de defesa, pois o lançamento se encontra fundamentado nas provas documentais apresentadas pela autoridade fiscal e acostadas ao processo, existindo nexos entre os fundamentos de fato e de direito que servem de lastro para a acusação fiscal.

Em relação à multa, a arguição de confisco da mesma não pode ser acolhida, visto que a mesma decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, não cabendo aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Também inaplicável ao caso em exame as disposições do art. 112 do CTN, uma vez que não remanesceu dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato e a autoria da infração.

Pelas razões expostas, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa e pelas mesmas razões, não acolho as razões de mérito, fazendo-se necessária a apreciação das mesmas em conjunto, diante da forma como foi elaborada a defesa, que entrelaçou as duas questões. Ressalto, ainda, como argumento de mérito, que à exceção das infrações que foram revisadas pelo autuante, as demais não se fizeram acompanhar de provas que atestassem o acerto das razões expendidas na peça impugnatória.

Diante do acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0001/09-8, lavrado contra **BRACOL HOLDING LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$161.822,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 156.957,51 e de 70%, sobre R\$4.864,56, previstas no art. 42, incisos. II, alínea “d” VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA