

A. I. Nº - 271330.0001/12-3
AUTUADO - AGRO INDUSTRIAS DO VALE DO SÃO FRANCISCO S. A. - AGROVALE
AUTUANTES - JORGE VICTOR GRAVE e MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNAT - 07.02.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal exigível e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. **2.** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS E CONSEQÜENTE RECOLHIMENTO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. O contribuinte que vender mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. As alegações trazidas pelo contribuinte não foram suficientes para elidir a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 20 de junho de 2012 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 48.481,90, bem como multa nos percentuais de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento de ICMS 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 em exercício fechado (2010), no valor de R\$ 6.037,80, além da multa de 100%;

Infração 02. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, relativo à mercadoria açúcar, no exercício de 2010, totalizando o montante de R\$ 1.207,56, além da multa proposta de 60%;

Infração 03. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas (açúcar, álcool anidro e álcool hidratado) efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2011), no valor de R\$ 40.574,88, além da multa de 100%;

Infração 04. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas

para contribuintes localizados neste Estado, relativo à mercadoria açúcar, no exercício de 2011, no valor de R\$ 661,68, mais a multa de 60%;

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 58 a 65, onde, após elaborar tabela comparativa com os valores apurados pelos autuantes no lançamento, nas infrações 01 e 03, observa que as Infrações 02 e 04, tratam de ICMS Substituto e são conseqüentes das outras

Como afirma estar demonstrado os Auditores Fiscais, na sua opinião, se equivocaram ao refazer a movimentação dos estoques cometendo erros nos cálculos, uma vez que não há nenhuma diferença apurada nas demonstrações da autuada.

Defende que a autuada não teria a menor razão nem o menor interesse financeiro para deixar de faturar um percentual tão insignificante diante do volume de faturamento anual da mesma, cabendo ao Fisco o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário. No desempenho de suas atribuições legais, os Agentes Fazendários deveriam examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o referido lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como prova e fonte de pesquisa, podendo, eventualmente, se valer de outros meios para formar sua convicção.

A constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, e deverá ser comprovada por aquele a quem cabe efetuar o lançamento. Entende que tal fato não ocorreu no caso concreto. O Auditor Fiscal não se aprofundou na sua análise, para ter realmente a convicção de tal crédito tributário.

Aduz que “A presunção de vendas não registradas requer provas concretas e inequívocas para caracterizar a sonegação. É preciso que o fato gerador do tributo tenha contornos perfeitamente nítidos e individuados (art. 142 CTN), a falta destes inquina o cancelamento da decisão singular que dispensou o impostos e adequou a penalidade para a prevista na Lei 8933/89, Art. 66, Parag. 1, inc. IV, alínea “a”.

Invoca, de igual modo, os artigos 145 e 149 do CTN, para afirmar que os Agentes Fiscais em nenhum momento comprovaram que houve falta, omissão ou inexatidão de qualquer um dos elementos que formam o crédito tributário. Se basearam apenas e exclusivamente em indícios provocados por eles mesmos”.

Entende que não pode, simplesmente, o Fisco, baseado, apenas em tais indícios, sem qualquer prova acostada aos autos, alegar que foram cometidas as infrações acima relatadas.

Como está demonstrado tanto nas questões preliminares quanto no mérito, a referida exigência fiscal não poderá prosperar, haja vista a falta de provas e alegações feitas pela autoridade fiscal, bem como as diversas impropriedades ocorridas no procedimento fiscal.

Inicialmente, são indispensáveis serem aqui apresentados alguns questionamento que, por justiça, irão por certo contribuir na definição de que o presente lançamento de ofício é absolutamente indevido.

A ação fiscal deve ser desenvolvida dentro de um rito sumário e obedecerá certas formalidades dispostas na legislação, sob pena de ter seus atos considerados nulos pelo não cumprimento destas formalidades. A presente ação fiscal não foi feita seguindo a legislação conforme a seguir demonstrado:

Transcreve o teor do artigo 10 do referido Decreto 70235/72, o qual determina as exigências que se faz na lavratura do Auto de Infração, para transcrever Ementa do Acórdão Nº 107-02.993, DOU de 22.01.97, p.1276, Rel. Cons. Jonas Francisco de Oliveira do órgão de julgamento Federal, a seu favor.

Portanto, tendo em vista que o Auditor Fiscal se baseou em demonstrativos internos da Secretaria da Receita Estadual, não comprovando de forma inequívoca que houve o ilícito tributário, o referido crédito tributário ora lançado não poderá prosperar.

Quanto aos seus aspectos de mérito, a exigência resta também inquestionavelmente improcedente, porquanto não se afiguram consistentes os elementos de sustentação do lançamento fiscal, fato que se demonstrou, à exaustão, nas considerações preliminares. Assim, a denúncia fiscal consubstanciada no Auto de Infração que contesta, está formalmente eivada de dúvida, inconsistências e erros técnicos absurdos e sobretudo sem provas materiais suficientes para desqualificar o lançamento.

Como é cediço o processo administrativo, de exigência do crédito tributário tem sua matriz legal o Decreto Federal Nº 70.235/72, com status de Lei Ordinária, determina, a observância, pelas autoridades fiscais encarregadas pelas fiscalizações, dentre outros os seguintes princípios jurídicos:

a) Legalidade ou princípio da legalidade objetiva: significando que "o procedimento administrativo tributário deve seguir rigorosamente os ditames legais". Este princípio está previsto no art. 37 da CF/88, juntamente com os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade.

b) Inadmissibilidade de provas ilícitas: representando a unidade do Direito, segundo o art. 5º, LVI, da CF/88, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos ou não convencionais.

c) Verdade Material: em oposição à verdade formal, a verdade material ou verdade real, em conjunto com o princípio da oficialidade, orienta que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos reais tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelas partes. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para os autos todos os dados, informações, documentos vinculados à matéria tratada - ver, a propósito, as disposições contidas no art. 29 do Decreto nº 70.235/72. Em suma: a investigação deve trazer aos autos o fato que realmente aconteceu, isto é, a realidade, ao contrário do processo em que vigora a verdade formal, onde o julgador deve apreender os fatos a partir dos elementos contidos nos autos.

Assim, diante das alegações apresentadas acima, onde restou demonstrado que o Auto de Infração contraditado deixou de observar princípios e regras jurídicas impostas pela legislação tributária vigente, outro não deverá ser o resultado do presente julgamento, que não seja a decretação de improcedência do Auto de Infração.

Informação fiscal prestada às fls. 96 a 99 pelos autuantes sustenta o trabalho realizado, ressaltando, que a alegação da autuada não procede, diante do fato de que na discussão desta infração, omissão de saídas de Açúcar, a Autuada acosta planilha (fl. 59) em que se percebe que a diferença entre os valores apurados pelo Fisco e os apresentados pela Autuada encontra-se na rubrica "Entrada NF (devol.)". A diferença é de 173.512 pelo Fisco e 113.150 pela Autuada. Apesar de contestar os valores apresentados pelo Fisco a Autuada não apresenta impugnação a qualquer das notas fiscais elencadas no "Anexo B – Entradas de Açúcar" (anexos no CD, fl. 06).

Afirmam que no Processo Administrativo Fiscal busca-se a verdade material, consubstanciada em provas. A partir do momento que a Impugnante apenas questiona os levantamentos da ação fiscal, mas não apresenta prova em que há erro nesses levantamentos, a exemplo de uma nota fiscal cancelada, tem-se por inócua tal argumentação, pois que carece de fundamentação, de base probante.

Esclarecem que a infração 02 é consequência da anterior. Restando provado que houve omissão e saídas de açúcar, cobrou-se a substituição tributária por essas saídas, na forma legal.

Já na infração 03, apurou-se omissão de saídas em três produtos: açúcar, álcool anidro e álcool hidratado. Analisam cada uma delas separadamente.

Ao tentar "zerar" as diferenças apontadas pelo Fisco com relação ao Açúcar a Autuada reproduz a mesma conduta quando da impugnação da infração 01. Alega que houve erro material do Fisco,

apresenta novo levantamento (fl. 59) onde se percebe as diferenças nas rubricas “Entradas NF (devol.)” e “Saídas NF”, mas, assim como na infração 01, não apresenta qualquer prova que invalide os levantamentos apresentados pelos Autuantes (conforme Anexos F-1 e G-1 no CD de fl. 06). Nenhuma nota fiscal é impugnada, ou seja: a verdade material assenta-se nos levantamentos do Fisco, que não foram desqualificados.

Em relação ao Álcool Anidro a diferença pode ser percebida em relação à rubrica “Entrada NF (devol.)”, ver Anexos F-2 e G-2 no CD, fl. 06. Aqui também não há impugnação de qualquer NF. Apenas é apresentado outro levantamento sem invalidar qualquer das notas fiscais elencadas nos anexos retro citados. Também acusa a Autuada diferença em relação à rubrica “Evaporação”.

A evaporação está autorizada a ser contabilizada como quebra normal em até 5% da produção, por força do Dec.-Lei nº 56 de 1966 (fl. 45 e ss.). Intimada, via correio eletrônico (fl. 37) a Autuada respondeu, também por via eletrônica, em planilha anexada ao e-mail (v. fl. 38), que sua evaporação eram os valores apresentados nos levantamentos dos Autuantes. Agora, na impugnação, mudou os valores. Se considerados os valores apresentados neste momento pela Autuada a omissão de saídas do Álcool Anidro subiria em 24.000 l (770.927 – 746.927). Como, após o lançamento, a legislação veda a possibilidade de elevação do valor imputado no curso da ação fiscal, conclui-se que apesar da Autuada ter confessado uma omissão de saídas maior que a apurada, por motivação legal, os Autuantes mantêm os valores originais da ação fiscal.

No que tange ao Álcool Hidratado a planilha acostada pela Impugnante na fl. 60 traz duas diferenças. Na primeira os Autuantes apresentam na rubrica “Saídas NF” o valor de 221.076, enquanto a Autuada “quebra” este valor em duas rubricas, a saber; “Saídas NF” com 74.037 e “Consumo” com 147.039. Em verdade, defendem que esta mudança não altera o levantamento do fisco, pois o somatório das duas rubricas apresentadas pela defesa resultam no mesmo valor das saídas apurado pelo Fisco: 221.076 (mencionam o Anexo G-3 do CD integrante do processo, fl. 06). Assim a diferença entre os dois levantamentos será encontrada quando da quantificação da “Evaporação”, sendo esta a segunda diferença. Da mesma forma quando da discussão travada relativa à evaporação do álcool anidro, aqui também a Autuada apresenta valor superior ao fornecido no curso da ação fiscal, que se considerado elevaria o débito apurado pelos Autuantes, que observam que o débito não pode ser alterado após o lançamento de ofício ter sido efetuado.

Assim, por entenderem por não ter a Autuada impugnado qualquer das notas fiscais presentes nos levantamentos nem ser possível considerar os valores da evaporação trazidos pela mesma, já que elevariam os valores apurados no curso da ação fiscal é que os Autuantes mantêm a ação fiscal na íntegra neste item.

A infração 04 é consequência da anterior. Restando provado que houve omissão e saídas de açúcar, cobrou-se a substituição tributária por essas saídas, na forma legal e por tais razões, entendem que o lançamento deva ser mantido.

VOTO

A autuação foi feita estribada na realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado (2010 e 2011), que resultou nas diversas infrações lançadas.

Inicialmente, gostaria de observar que a empresa autuada, ao oferecer a defesa, cita, reiteradamente diversos dispositivos do Decreto nº 70.235/72. A título de esclarecimento, gostaria de mencionar que o referido diploma legal rege o processo administrativo fiscal na esfera federal, logo, diante da previsão constitucional da independência dos entes tributantes em legislar acerca não somente dos tributos que ela atribui a competência de cobrar, como, de igual modo, das normas acessórias relativas aos mesmos, inclusive as processuais, não pode o decreto de um poder tributante (Federal), produzir efeitos sobre outro autônomo e independente (Estadual). Tratando-se o ICMS de um imposto estadual (artigo 155 da Carta Magna), somente a legislação estadual de cada unidade da

Federação pode impor o regramento legal a ele inerente, inclusive quanto aos ritos e formas do processo administrativo fiscal, respeitada a hierarquia das normas legais.

Adentrando no exame da legislação estadual própria, verifico que o lançamento contém as formalidades exigidas pela norma legal, especialmente aquelas constantes dos artigos 18 e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (RPAF), não se percebendo qualquer vício que possa inquiná-lo de nulidade, razão pela qual não acolho as preliminares suscitadas.

Feitas tais observações, adentro no exame dos fatos. Em primeiro lugar, a autuada afirma que a autuação se baseou em suposição, e em demonstrativos internos da Secretaria da Receita Estadual, que continham equívocos.

Em nome da verdade, é bom destacar que o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é realizado tomando-se o estoque inicial das mesmas constantes do livro Registro de Inventário do contribuinte, adicionando-se as compras, produção e operações outras que representem entradas de mercadorias, e subtraindo-se as vendas e demais operações que representem saídas de mercadorias, com repercussão tributária, e comparando-se com o estoque final extraído do livro Registro de Inventário, sendo cobradas as diferenças positivas ou negativas, vez que inexistindo diferenças, significa que o sujeito passivo nada deve à Fazenda Pública.

Ainda que o levantamento se baseie nos registros do SINTEGRA ou SPED, os mesmos são transmitidos pelo contribuinte e devem espelhar fielmente os dados constantes nos livros fiscais por ele escriturados. Logo, os dados utilizados para a realização do levantamento foram obtidos apenas e tão somente a partir de dados fornecidos pelo autuado, de forma lícita, portanto. Existindo alguma alteração a ser feita nos mesmos, deveria o sujeito passivo apontá-los.

Aduz o sujeito passivo que o lançamento se apresenta sem provas materiais suficientes para desqualificar o lançamento, tendo sido realizado a partir de indícios. Vale salientar que à fl. 06 consta disco de dados, onde se encontram as planilhas e os demonstrativos do lançamento, além do que existem várias correspondências eletrônicas mantidas pelos autuantes com a empresa, a exemplo daquelas de fls. 14, 17, 18, 24, onde são solicitados diversos dados ao contribuinte, relativos às suas operações. Logo, entendo que as infrações encontram-se devidamente provadas.

Na sua peça defensiva, a autuada traz demonstrativos e documentos, especialmente os de fls. 74 a 77, nos quais tenda desqualificar a autuação fiscal. Todavia, não enfrenta com dados consistentes aqueles constante da acusação fiscal, até por que os tópicos elencados na defesa, foram devidamente contraditos na informação fiscal prestada, inclusive o da aplicação dos percentuais de evaporação de álcool, conforme o previsto no artigo 4º parágrafo único do Decreto-Lei nº 56/68 acostados às fls. 45 a 47, o que invalida a arguição defensiva acerca da não aplicação de tal percentual a título de “quebra”.

Contrariamente ao alegado na peça defensiva, não há presunção na autuação, vez que as infrações apuradas referem-se a fatos devidamente documentados pelos autuantes, extraídos dos dados fornecidos pelo próprio contribuinte, além de se referirem a operações de saídas, onde inexistente presunção, é sim, se constitui em fato.

Como já dito, a questão diz respeito unicamente à prova material, e a empresa autuada não apresentou, de forma contundente, qualquer elemento ou documento que pudesse se contrapor de forma efetiva ao lançamento, razão pela qual voto no sentido de que o mesmo seja julgado procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **271330.0001/12-3** lavrado contra **AGRO INDÚSTRIAS DO VALE DO SÃO FRANCISCO S. A. - AGROVALE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.481,90**, acrescido das multas de 60% sobre

R\$1.869,22 e de 100% sobre R\$46.612,68, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “e”, e III, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de janeiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR