

A. I. Nº - 206898.0239/13-3
AUTUADO - ITEAL IRECÊ TRATORES EQUIPAMENTOS AGRÍCOLAS LTDA
AUTUANTE - LAURO DOS SANTOS NUNES
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 29/05/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-05/14

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Infração não impugnada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA REVENDA EM OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. Infração não impugnada. 3. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. REGISTRO EM DUPLICIDADE. Infração não impugnada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contestação do impugnante acerca dos novos demonstrativos apresentados pelo autuante, recai sobre os termos dos arts. 140 e 142 do RPAF, presumindo-se verdadeiros os fatos expostos pelo autuante nos demonstrativos, e assim, pelo exposto, acolho os lançamentos refeitos na informação fiscal. Rejeitado o pedido de nulidade por cerceamento de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 11/09/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$143.745,95 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado o valor total de R\$8.990,19 acrescido de multa de 70% até fevereiro de 2010, e 100% de março a dezembro do mesmo período.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$2.164,55 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente ao registro em duplicidade do referido crédito, sendo lançado o valor de R\$18.800,39 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4- Falta de Recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas operações com recursos provenientes da venda de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, sendo lançado o valor de R\$20.474,85, referente ao exercício de 2008, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 5 – 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, sendo lançado R\$93.315,97, nos exercícios de 2009 e 2010, acrescido da multa de 70% e 100%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 154/187, e alega equívoco cometido pelo Autuante no tocante às infrações decorrentes de levantamento quantitativo de estoque, pois no que tange à venda de tratores sem notas fiscais, este fato não procede, porque ninguém aceita adquirir um maquinário agrícola de alto valor sem a documentação fiscal e que não há, portanto, venda de trator sem documentação fiscal.

Aduz que a procura por tratores em determinadas épocas é aquecida, e assim, quando o fornecedor informa que um determinado veículo de chassi e série vão para o Defendente, há a necessidade de emitir logo a nota fiscal, para que o adquirente possa financiar o equipamento junto à instituição financeira.

Que quase não há venda de trator à vista, e a maior parte é feita dessa maneira; que a partir da informação do fabricante de que determinado trator será enviado à concessionária, emite-se nota fiscal, com a entrega futura, para que se possa financiar o bem. Além disso, serão apontados alguns equívocos cometidos, discorrendo sobre diversos modelos de tratores cujos saldo final indicou irregularidades no levantamento feito pelo autuante, e desde logo requer o deferimento de diligência por fiscal estranho ao feito.

Discorda da aplicação da Taxa SELIC no cálculo das correções monetárias, por ser manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF). Traz longas argumentações e transcrições de textos legais acerca da ilegalidade da aplicação da taxa SELIC.

Ademais, espera que, caso pare ou reste alguma dúvida a este Colendo Conselho Estadual de Fazenda, que seja deferida diligência fiscal por preposto estranho ao feito, e diante do exposto, confia que a ação fiscal em tela seja julgada improcedente, pelas razões anteriormente aduzidas, tudo por ser de Direito e da mais lúdima justiça.

O autuante presta informação fiscal às fls. 254, e diz que a partir dos erros e das diferenças encontradas com relação ao auditoria de estoques (doc.104 a 108), onde o impugnante aponta inconsistências materiais do levantamento efetuado, faz análise pormenorizada de cada um dos itens alegados e relacionados na impugnação. Em algumas situações, acolhe a impugnação e em outras, refuta, por falta de materialidade ou verdade das alegações.

Que assim, foram efetuadas as devidas correções das diferenças em que o contribuinte através de sua defesa apresentou as devidas provas. Anexa novos demonstrativos dos levantamentos de Auditoria de estoques nos exercícios de 2008 a 2010, a saber:

Exercício 2008 - ICMS R\$	16.554,99
Exercício 2009 – ICMS R\$	29.826,75
Exercício 2010 – <u>ICMS R\$</u>	<u>52.092,55</u>
TOTAL	R\$ 98.474,29.

Por todo exposto, e por ter a ação fiscal sido realizada dentro dos ditames da norma legal, reitera, em todos os termos, o auto de infração em lide, pugnando pela sua procedência no que for de Direito.

O impugnante apresenta manifestação às fls. 280 e alega que recebeu notificação para manifestar-se a respeito da juntada de documentos pelo Autuante, mas, ardilosamente, os novos demonstrativos foram apresentados após a defesa, e se pretende conceder o curto lapso de tempo

de 10 dias para se manifestar, segundo a intimação e que não foi possível efetivar essa nova análise em prazo tão curto. Na verdade, a Autuada está sendo intimada para proceder a uma nova defesa diante da apresentação de fatos novos, que já deveriam constar do auto de infração nos termos do art. 41 do RPAF. Como se vê, o prazo é exíguo e eivado de nulidade por cerceamento do direito à ampla defesa.

Aduz que se tem percebido pelas alegações do Autuante em sua informação fiscal, que o preposto fiscal esquece que o contrato de compra e venda, bem como o financiamento bancário, tornam o maquinário agrícola um bem infungível, ou seja, é insusceptível de substituição por outro do mesmo gênero e espécie por força do contrato. Que o maquinário agrícola sai de fábrica individualizado com seu número de série e tudo o mais, e o fabricante ao vender determinada máquina, por força do contrato de compra e venda, torna o bem infungível.

Se o agricultor adquiriu a máquina de modelo X e série Y0001, não poderá exigir a entrega de qualquer um maquinário que esteja no pátio da revendedora. Por força do contrato só poderá exigir o modelo X série Y0001. O contrato de compra e venda (seja fabricante revenda, revenda agricultor), bem como o contrato de financiamento rural, tornam esse maquinário bens infungíveis.

Em sendo assim, vê-se que a principal alegação para a suposta omissão de entrada, seria o fato de ingresso posterior das máquinas agrícolas, algumas até de vendidas num ano e ingressadas no ano posterior. Mas esquece o Auditor Fiscal, que por força do contrato de compra e venda estes bens tornam-se infungíveis, portanto, aquela máquina cuja documentação adiantou-se em venda, representa uma compra e venda de uma máquina modelo X e série Y0001, e obriga o Autuado a entregar apenas e tão somente esta máquina; se chegar a máquina Y0002, não poderá o Autuado entregar ao adquirente, sem que haja a retificação do contrato de compra e venda para substituir o objeto, até porque, o contrato de financiamento rural também individualiza a máquina e a coloca como garantia do contrato, não podendo ser substituída.

Ademais, espera que, caso pare ou reste alguma dúvida a este Colendo Conselho Estadual de Fazenda seja *deferida diligência fiscal*, por preposto estranho ao feito, caso entenda necessário, a fim de verificar se as aquisições de entrada do maquinário, portanto, representações do contrato de compra e venda, constam a individualização dos tratores com número de série e demais itens descritivos, correspondente aos tratores alienados.

O autuante, à fl. 293, volta a se manifestar no processo e diz que o impugnante faz comentários aleatórios sem apresentar fato novo ou qualquer contestação de ordem material aos novos levantamentos feitos na informação fiscal, e pede pela Procedência do que for de Direito.

VOTO

Inicialmente, devo apreciar o pedido de diligência efetuado pelo impugnante, acerca de erros materiais cometidos pelo autuante durante a execução do roteiro de auditoria de estoques. Tais erros foram devidamente analisados e acatados parcialmente, e finalmente corrigidos os valores lançados, nos demonstrativos apresentados na informação fiscal prestada pelo autuante.

Na manifestação, o impugnante não apresentou nenhuma contestação objetiva quanto aos possíveis erros apontados que não foram corrigidos, nem apontou quaisquer outros erros, perdendo-se assim, o objeto para execução da diligência, razão pela qual denego o pedido, e passo ao julgamento de mérito do auto de infração.

Na peça impugnatória, as infrações 1, 2 e 3 não foram contestadas, havendo apenas referência aos erros cometidos no lançamento das infrações 4 e 5; também foi impugnada a aplicação da taxa SELIC no cálculo das correções monetárias do lançamento tributário, que será apreciada ao final deste voto.

Nos termos do art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*. Assim, verifico que as infrações decorrentes do

levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido pela administradora de cartão de crédito, pela falta do recolhimento do ICMS antecipação parcial, e o lançamento por crédito fiscal de ICMS duplicidade, estão devidamente comprovados mediante documentos de fls.35/39, 40/41 e 95, sem que tenha havido qualquer contestação. À fl. 151 há intimação com apresentação dos demonstrativos que respaldam os citados lançamentos, mas não há uma única referência a estas infrações na peça defensiva, elaborada ao longo de mais de 30 páginas, nem tampouco na manifestação após a informação fiscal.

O art. 142 do supracitado RPAF, também diz que *a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*. Face ao exposto, acato a procedência das infrações 1, 2 e 3.

Nas infrações 4 e 5, foram apontados erros pelo impugnante, que foram acolhidos pelo autuante, a exemplo da diferença encontrada na movimentação comercial do Trator 685 4x2, que segundo o impugnante faltou inserir no levantamento, a Nota Fiscal de Venda nº 897 de 20/08/2010. O autuante confirma que a Nota Fiscal de nº 00897 de 20/08/10, não foi considerada no levantamento, e que portanto, não há diferença a cobrar.

Outros possíveis erros apontados não foram aceitos, mas com as devidas explicações, a exemplo do Trator 125 I 4x4, que segundo o impugnante, houve saída para demonstração na Nota Fiscal nº 37912, mas o levantamento não considerou o retorno do bem na Nota Fiscal nº 1245, implicando na diferença apontada do levantamento de estoque. Segundo o autuante, não se considerou a Nota Fiscal nº 037912 19/02/10, bem como a Nota Fiscal nº 001.245 de 17/12/10, por se tratar de demonstração (doc. 226 e 227), e se não houve consideração na entrada, tampouco houve na saída, sendo inadmissível por este aspecto, a defesa tenta justificar a diferença existente.

Um outro exemplo é o do Trator A850 4x4, que segundo o impugnante, se lançou em duplicidade a Nota Fiscal nº 78, e assim seriam 49 tratores de entrada e 42 de venda. Segundo o autuante, no levantamento não consta nenhuma Nota Fiscal nº 0078, e mais uma vez houve erro por parte da defesa, conforme documentos nº 122 a 125.

Ao final, o autuante apresenta novos cálculos reduzindo as duas infrações. Na manifestação fiscal, o impugnante não se reporta a nenhuma das negativas de correções do autuante, não exerce o contraditório, apenas alega cerceamento de defesa por não dispor do prazo de 30 dias para reavaliar a informação fiscal, e repete os mesmos argumentos quanto à inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC.

O prazo concedido ao impugnante está previsto no parágrafo 7º do art. 127 do RPAF, e diz o seguinte:

§ 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.

Por sua vez o parágrafo 1º do art.18, reza o seguinte:

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do **prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar**, querendo. (grifo nosso).*

Há de se convir, que o processo administrativo fiscal, é regido pelo princípio do informalismo, inexistindo preclusão, sendo possível ao impugnante, apresentar novos argumentos defensivos até mesmo na hora da sessão do julgamento. O prazo de dez dias é meramente regulamentar, não havendo impedimento de se acrescentar elementos que porventura tenham sido inviáveis no decorrer do prazo, e além disso, a nulidade processual por cerceamento de defesa, além de não poder ser questionada formalmente, visto que o prazo concedido de 10 (dez) dias estar

estabelecido em lei, é preciso provar prejuízos, conforme decisões de tribunais abaixo transcritas, mesmo que eventualmente alguma formalidade não tenha sido cumprida, o que não foi no presente caso, haja vista o cumprimento do prazo legalmente estabelecido:

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. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso, o acórdão recorrido emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias ao deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão do acórdão recorrido reflete mero inconformismo com os termos da decisão. Não há, por essa razão, qualquer vício no acórdão recorrido que determine a sua nulidade. Não acarreta nulidade do processo administrativo fiscal a não intimação da parte, pois não houve prejuízo à recorrida. Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. 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.

Além disso os “fatos novos” aduzidos pelo autuante, não podem ser estritamente considerados como “novos”, pois foram todos provocados pelo impugnante em sua peça defensiva; nem mesmo o demonstrativo com redução da infração poderia ser chamado de “fato novo” tendo em vista que era previsível da parte do impugnante, que o autuante atendesse aos seus reclamos, o que aconteceu ao menos parcialmente; quanto ao não atendimento de algumas alegações apontadas na defesa, trata-se de questões pontuais, que não demandam novamente prazo de 30 dias para a defesa, visto se tratar de análise de fatos restritos a algumas questões que já foram claramente debatidas na defesa e na informação fiscal.

A lista de erros apresentados na defesa, compõe apenas 4 páginas (fls. 254/57), no exato número de 25 erros alegados, sendo que vários foram acolhidos, e é evidente que o impugnante já teve no prazo de 30 dias para a sua defesa, tempo para apresentar todos os elementos que respaldavam a sua irresignação.

Entendo que alegar insuficiência de prazo para reavaliação do pequeno número de erros alegados e que restaram sem serem aceitos pelo autuante, é mero exercício de retórica, faltando ao argumento a necessária substância material, assim como a demonstração fática da razoabilidade do aludido cerceamento de defesa. Pelo exposto descarto a nulidade suscitada pelo cerceamento de defesa, alegado na manifestação após a informação fiscal.

Superada esta questão, resta ainda o fato argüido pelo impugnante, de que a venda de tratores, sendo bem infungíveis, identificados com número de série, e que normalmente são financiados, e sendo bens caros, vendidos em garantia, não podem ser vendidos sem documentação fiscal.

Ora, assim como o Estado não pode fazer lançamento tributário por presunção, também não é possível ao impugnante fazer defesa do lançamento argumentando-se presunções sem as devidas provas; se os bens são identificados inclusive por número de série e tendo sido adquiridos apenas mediante emissão de documentação do fabricante para fins de financiamento e vendido em outro exercício, o número de identificação traria a prova material para elidir o lançamento.

Assim, a falta de contestação do impugnante acerca dos novos demonstrativos apresentados pelo

autuante, recai sobre os termos dos arts. 140 e 142 do RPAF, presumindo-se verdadeiros os fatos expostos pelo autuante nos demonstrativos, e assim, pelo exposto, acolho os lançamentos refeitos na informação fiscal, passando a infração 4 para o valor de R\$16.554,99 e a infração 5 para os valores respectivos de:

Exercício 2009 – ICMS R\$ 29.826,75

Exercício 2010 – ICMS R\$ 52.092,55

Infrações 4 e 5 procedentes em parte.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, no que concerne às alegações de inconstitucionalidade, não cabe na seara administrativa a discussão ou decisão sobre o assunto, nos termos do artigo 167 do RPAF; no entanto, é pertinente ressaltar que diversos julgamentos em tribunais superiores tem acolhido o emprego da taxa SELIC na atualização de débitos fiscais, a exemplo do julgamento abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CDA. EXAME DE REGULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA E FUNRURAL. REGULARIDADE.

1. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA, demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos. Aplicação do enunciado sumular n. 7 desta Corte.

2. É legítimo o emprego da taxa Selic na atualização monetária dos débitos fiscais tributários.

3. São devidas as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL por empresa urbana, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico para financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1131083/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010)

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	NÃO CONTESTADA	6.866,03	6.866,03	70%
		2.124,16	2.124,16	100%
02	NÃO CONTESTADA	2.164,55	2.164,55	60%
03	NÃO CONTESTADA	18.800,39	18.800,39	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	20.474,85	16.554,99	70%
05	PROCEDENTE EM PARTE	32.694,92	29.826,75	70%
		60.621,05	52.092,55	100%
TOTAL		143.745,95	128.429,42	

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 **206898.0239/13-3**, lavrado contra **ITEAL IRECÊ TRATORES EQUIPAMENTOS AGRÍCOLAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$128.429,42**, acrescido das multas de 60% sobre R\$20.964,94, 70% sobre R\$53.247,77 e 100% sobre R\$54.216,71, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR