

**A. I. Nº** - 017585.0019/13-1  
**AUTUADO** - IMPÉRIO COMÉRCIO DE CAFÉ LTDA.  
**AUTUANTES** - GEDEVALDO SANTOS NOVAES e MARIA DE JESUS SANTOS NOVAES  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 23.03.2016

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0040-05/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERIMENTO. DESTINATÁRIO NÃO HABILITADO PARA OPERAR NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não há na defesa quaisquer outros elementos que justifiquem o fato do contribuinte deixar de recolher o imposto se do ponto de vista estritamente legal, não estava ainda habilitado. Infração 1 procedente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não procede a arguição da ilegalidade do lançamento por presunção. O Regulamento do ICMS admite o lançamento por presunção em situações definidas, como a omissão de entrada de mercadorias (infrações 2 e 3), em que se presume que a receita oriunda das vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais fora utilizada para pagamento das mercadorias adquiridas. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. As infrações tiveram suas irregularidades sanadas pela diligência efetuada e o impugnante não se manifestou acerca dessas alterações, quando intimado. Nos termos do RPAF, art. 140, 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. Infrações 2, 3 e 4 parcialmente procedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

No auto de infração lavrado em 30/09/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$198.716,01 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1 – Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, sendo lançado o valor total de R\$186.642,69 acrescido de multa de 60%.

2 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída 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 na contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$3.098,76 acrescido da multa de 100%.

3 - Falta de recolhimento do imposto pela presunção de 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 caracterizando a existência de saída não contabilizada empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, sendo lançado R\$4.652,82, acrescido da multa de 100%.

4 - Falta de Recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício em aberto, sendo lançado o valor de R\$4.321,74, acrescido da multa de 100%.

A impugnante apresenta defesa às fls. 556/580, onde arguiu que os autuantes cometeram diversos equívocos na elaboração do combatido auto de infração conforme restará caracterizado, por conta de algumas medidas por parte da fiscalização que maculam o lançamento tributário.

Que quando da lavratura do auto de infração ora combatido, mais precisamente na infração 01 – 02.10.01, a Impugnante deixou de recolher o ICMS, já que não fazia jus ao benefício da substituição tributária por diferimento. Ocorre que tal assertiva lançada pelos agentes fiscais não condiz com a realidade, haja vista, ser favorecida pelo presente instituto, conforme se verifica pelo pedido de habilitação que segue anexo à presente irresignação.

Que a partir do momento que o contribuinte adentra com o pedido de habilitação, considera-se constituído seu direito, conforme ensina a legislação pátria do RICMS, Decreto 13.780/2012, em seu artigo 288.

Que resta fulgente, que à época da ocorrência do fato gerador, qual seja a competência de maio do ano de 2012, identificada na fiscalização aclamada, a Impugnante encontrava-se legalmente favorecida pelo diferimento. Assim, demonstrada está à existência de regularidade da Empresa Impugnante perante o fisco, já que a própria legislação em comento explicita que, caso exista qualquer irregularidade por parte do contribuinte solicitante, a habilitação não será concedida e transcreve o art. 287 do RICMS/BA, parágrafos 2º e 3º.

Que está acobertada, conforme determina a legislação, assistida pelo benefício do diferimento até a presente data, conforme Certificado de Habilitação de Diferimento anexo, para o produto “café cru em coco, grãos”, ou seja, seu direito encontra-se vivo e produzindo os efeitos administrativos junto às operações realizadas no Estado da Bahia, sendo que no presente caso não é diferente.

Que se equivocou o Fisco quando trouxe anexos e demonstrativos juntados ao auto de infração e que, supostamente, demonstram a movimentação de conta corrente, capitulação, sanção legal, etc. Tais equívocos estão relacionados às infrações 2, 3 e 4, que encontram-se em total desarmonia com a legislação e doutrina em vigor.

Por outro lado, aduz que o Fisco não teve o cuidado sequer de averiguar se realmente estas mercadorias saíram do estabelecimento do contribuinte. Se não existe recebimento, saída e entrada, como pode ter tanta certeza da falta de registro alegada? Que a Autoridade Impugnada não pode se valer de mera presunção de falta de registro embasada em análise pura e simplesmente de notas de saída para exigir tributos e aplicar penalidades, como no presente caso se tenta fazer. A bem da verdade, continua, este procedimento fiscal foi lavrado com base em simples presunção de que houve saída de mercadoria na Empresa Impugnante sem escrituração e é de estranhar a insistência dos agentes do Fisco Estadual em lavrar autos de infração sem fundamentação fática ou documental. Traz julgamentos do Conselho de Contribuintes do Estado do Espírito Santo, que tem sido veemente em anular ou negar procedência às ações fiscais.

Que vem requerer seja considerado insubsistente o Auto de Infração em tela, julgando improcedentes as penalidades, ilícita e equivocadamente lançadas e seus daninhos efeitos. Que caso entenda de forma diversa, o que se cogita apenas por amor ao debate, requer este contribuinte, desde já, sejam os presentes autos baixados em diligência para o fim de verificar, nota por nota, a verdadeira entrada da respectiva mercadoria indigitada como inexistentes.

Em seguida, ressalta a aplicabilidade de percentuais extorsivos de multas, leia-se 60% e 100%, no auto de infração combatido deliberado pelo Fisco Estadual. Destarte o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 523.471 AgR na data de 06.04.2010, de relatoria do insigne min. Joaquim Barbosa, demonstrando conhecimento ímpar à despeito da matéria. Tendo em vista o imposto

confiscatório ser aquele que absorve grande parte do valor da propriedade ou da renda do Contribuinte, havendo uma diferença apenas entre o imposto constitucional e o confiscatório, comprovado está o injusto condicionado por parte do Fisco Estadual.

Que no referido caso *sub examen*, onde o Fisco Estadual aplicou a multa sobre a infração supostamente praticada pela Impugnante, em patamar superior a 50%, considerando-se a soma do valor do principal, mais a multa, chegando até 100% sobre sua totalidade, conclui-se, portanto, tratar-se de confisco, pois está evidenciada a inconstitucionalidade do lançamento tributário, no montante superior ao permitido pela Constituição Federal Brasileira.

Ante o exposto, nos termos das fundamentações acima alinhadas vem a Impugnante indigitada, aqui, como Império Comércio de Café Ltda., requerer a procedência da presente impugnação administrativa para o fim de:

a) Inépcia: anular o auto de infração número 017585.0019/13-1, nos termos da documentação apresentada atrelada a argumentação jurídico-administrativa lançada no bojo desta impugnação;

b) Insubistência total: no mérito, julgar improcedente o auto de infração número 017858.0019/13-1, uma vez que a fiscalização aplicou a norma incorreta ao presente caso.

c) Caso não seja este o entendimento de Vossas Senhorias, íncritos julgadores, sejam os presentes autos baixados em diligência para o fim de verificar, nota por nota, as entradas das respectivas mercadorias indigitadas como não declaradas, e, ainda, a aplicabilidade da Magna Carta, e entendimento jurisprudencial externado pelo STF, para o fim de reduzir os percentuais de 60% e 100% aplicados pelo Erário para 30%.

Os autuantes apresentam informação fiscal fls. 600/602, e diz que quanto à infração 1, o art. 287 do RICMS é claro quanto à necessidade de requerer e obter previamente a habilitação para diferimento. Que à fl. 19, o impugnante foi intimado a apresentar os DAE que comprovassem o recolhimento do ICMS das notas de “café conilon” em abril e maio de 2012 e à fl. 18 o mesmo declara não ter feito retenção nem recolhimento do ICMS e que o parágrafo único do art. 288 condiciona a obrigatoriedade da aposição do número do certificado de habilitação em todas as vias do documento fiscal e que só foi obtida em 14/06/2012 conforme doc. à fl. 597.

Que quanto às demais infrações, em que pese o esforço dialético, em momento algum apresenta documentos ou planilhas que possam descaracterizar as infrações ou modificar os valores da auditoria. Pede pela procedência do lançamento.

Às fls. 606/608 a 5ª JJF converteu o processo em diligência por ser constatada ausência de cálculo das omissões da infração 3 e apresentar o cálculo dos preços médios na forma da Portaria 445/98 assim como a declaração do estoque final no dia do levantamento dos estoques em aberto assinado pelo sócio ou responsável legal do estabelecimento.

Nos termos da diligência efetuada à fl. 610, o autuante reduziu a infração 2 para R\$3.040,09, a infração 3 para R\$4.590,31, a infração 4 para R\$4.037,67. Feita a diligência, à fl. 641 o impugnante tomou ciência, mas não se pronunciou.

## VOTO

O Direito Tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade, e tal princípio atua tanto em favor do administrado como da Administração, e, portanto, as operações que envolvem o diferimento do ICMS não podem ser praticadas sem que haja expressa autorização da administração, como no caso em apreço na primeira infração, acerca do pedido para operar no regime de diferimento.

Na infração 1, de acordo com as provas anexadas ao processo (notas fiscais de entrada, fls. 7/11), o diferimento encontra-se ativo em momento posterior ao dos fatos geradores, pois conforme documento à fl. 597, o regime aludido tornou-se ativo em 14/06/2012. Não há na defesa quaisquer

outros elementos que justifiquem o fato do contribuinte deixar de recolher o imposto, se do ponto de vista estritamente legal, não estava ainda habilitado.

Os documentos que foram acostados pela defesa às fls. 596/97 não se configuram como pedido de diferimento como afirma na defesa, mas tão somente uma cópia do atestado de diferimento com impressão em 15/10/2013, mesma época da defesa do lançamento, em que se vê que a situação do diferimento passou a existir, como diz o autuante, em 14/06/2012, data anterior às operações que resultaram no lançamento (nas datas entre 02/04 e 08/05 conforme demonstrativo de fl. 06) e sequer há o número do certificado de habilitação nas vias dos documentos fiscais, conforme exigência legal.

Não procede a alegação da defesa, de "*que a partir do momento que o contribuinte adentra com o pedido de habilitação, considera-se constituído seu direito, conforme ensina legislação pátria do RICMS, Decreto 13.780/2012, em seu artigo 288*". O pedido é submetido a análise e são verificadas as diversas condições de atendimento do pleito; logo, não há concessão automática, sendo necessário aguardar a conclusão do processo. Infração 1 procedente.

Quanto ao levantamento quantitativo de estoque, as infrações 2, 3 e 4, tiveram suas irregularidades sanadas pela diligência efetuada (fls. 606/17) e o impugnante não se manifestou acerca dessas alterações, quando intimado. A diligência alterou as infrações para os seguintes valores:

Infração 2 - R\$3.040,09

Infração 3 - R\$4.590,31

Infração 4 - R\$4.037,67

Nos termos do RPAF, art. 140, 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. Por outro lado, não procede a arguição da ilegalidade do lançamento por presunção. O Regulamento do ICMS admite o lançamento por presunção em situações definidas, como a omissão de entrada de mercadorias (infrações 2 e 3), em que se presume que a receita oriunda das vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais foi utilizada para pagamento das mercadorias adquiridas. Infrações 2, 3 e 4 procedentes.

Quanto ao pedido de redução de multa, não tem esta Junta a competência legal para julgar tal pedido, devendo ser feita à Câmara deste Conselho, nos termos do art. 176 do RPAF:

*Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):*  
(...)

*III - através da Câmara Superior, julgar:*

*c) em instância única, pedidos de dispensa ou de redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade;*

Face ao exposto, voto 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 **017585.0019/13-1** lavrado contra **IMPÉRIO COMÉRCIO DE CAFÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.310,76**, acrescido das multas de 60% sobre R\$186.642,69 e de 100% sobre R\$11.668,07, previstas no art. 42 incisos II, f, e III do da Lei 7.014/96, além de outros acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR