

A. I. N° - 2691023002/16-9
AUTUADO - ULTRAFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO SILVIO GIACHERO
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 31.10.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF 0108-06/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. O contribuinte possui o livro de apuração para elidir o lançamento, caso o lançamento fosse equivocado. As provas, nos quais o autuante baseou o lançamento, encontram-se em poder do contribuinte. Se o fato é controverso e a parte dispõe da prova mas não a apresenta, importa em presunção de veracidade da parte contrária. Infração 1 procedente. 2. ALÍQUOTA. OPERAÇÕES ESCRITURADAS EM LIVROS FISCAIS PRÓPRIA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Tratam-se de documentos regularmente escriturados, e neste caso, dispensada a apresentação das notas fiscais no processo, vez que de posse do contribuinte. Da mesma forma do quanto foi apreciado na primeira infração, e disposto no art. 142 do RPAF, bastaria ao impugnante apresentar os documentos fiscais com a correção das alíquotas, ou comprovar a inexistência em sua escrituração, mediante o livro registro de entradas. Infração 2 procedente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Embora tenha tido ao seu dispor todos os demonstrativos analíticos, com as respectivas notas fiscais, não logrou apresentar quaisquer erros no levantamento efetuado pelo autuante. Infração 3 procedente. 4. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. DESCUMPRIMENTO. a) FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. MULTA. 4. Os dados das notas constam no CD com o título NOTA FISCAL NÃO REGISTRADA, possibilitando amplo acesso aos dados e consequentemente à defesa. Assim, caso constatado que determinada nota foi registrada, bastaria apresentar cópia da folha do respectivo registro no livro de entradas, mas não o fez. Infração 4 procedente. b) O demonstrativo também foi entregue ao contribuinte mediante CD, onde consta a planilha com o título DMA. Bastaria para tal, apresentar o erro do levantamento efetuado, já que este foi feito com base na escrituração regular, de posse do impugnante. Infração 5 procedente. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Por meio do presente Auto de Infração, lavrado em 01/06/2016, foi lançado imposto e multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$83.198,62 conforme infrações adiante descritas:

1 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração do imposto, sendo lançado o valor de R\$23.407,94 acrescido de multa de 60%.

2 - Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da legislação prevista na legislação, na saída de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$3.941,31, acrescido de multa de 60%.

3 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$52.952,62, acrescido de multa de 60%.

4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada a multa no valor de R\$1.916,75. 5 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico fiscais apresentadas por meio da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) sendo lançada multa no valor de R\$980,00.

À fl. 23/29, apresenta-se a defesa onde o impugnante inicialmente aduz que, o auto de infração está viciado com nulidades absolutas, haja vista, que infringiu o artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, pois deixou de fazer a juntada das notas fiscais e documentos ali aduzidas, aos autos, dificultando assim o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, e que desta forma, o lançamento é nulo de pleno direito.

Faz significativa exposição doutrinária a respeito da nulidade do lançamento tributário, invocando princípios constitucionais e do processo administrativo. Que em matéria de fato não basta argumento. Que é necessária a prova para que sobre ela forme o juiz a sua convicção. Que o ônus da prova incumbe a quem alega (*art. 333, inciso I, do CPC*), haja vista a Constituição, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem garantirem a presunção da inocência e tal regra é válida também em relação a questões de natureza tributária.

Que o simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado apenas na suposição (*presunção não contemplada em lei*) de que houve o ilícito, sob pena de se estar tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido, pois com exceção da presunção legal, hialinamente tipificada, até a prova material concreta do fato infringente, a qual ratificaria o ilícito praticado e, qualquer fato ocorrido que se fulcra apenas em mera suposição (presunção), que, se não estiver tipificada em lei, não tem valor probante para arrimar qualquer exigência concernente a repercussão tributária relativa à obrigação principal, porquanto como já foi dito, é condição *sinequa non* para a presunção ser legal, que a mesma esteja disciplinada em lei, sob pena de ser considerada apenas uma suposição.

Que tendo oferecido suas razões de defesa, estribadas nos fundamentos fáticos e jurídicos acima delineados, corroborados com a documentação inclusa, requer a nulidade total do Auto de Infração. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, mormente, pela juntada de novos documentos, aditamento da presente, é o que, desde já, fica requerido.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 35/36, e quanto a falta de juntada das notas fiscais e demais documentos pertinentes, aduz que a defesa faltou com a verdade, pois as notas fiscais apuradas nesta auditoria são exclusivamente de natureza eletrônica, e que na folha 20 deste processo está o CD com o arquivo eletrônico de todas as notas fiscais consideradas, bem como as planilhas de cada infração apontada, e ainda que na folha 07, consta o recibo de entrega de cópia do mesmo CD à autuada quando de sua ciência, estando cada arquivo criptografado pelos números de série anotados nesta mesma folha. Os demais papéis de trabalho estão apensos ao presente Auto de Infração. Discorre em seguida sobre as questões doutrinárias abordadas na defesa, como os princípios da razoabilidade, da legalidade e da verdade material.

Por fim, sustenta que ao contrário do que afirma a defesa, o lançamento não se trata de presunção, e sim de imposto recolhido a menor, de falta de registro de notas fiscais e de dados

incorretamente declarados, tudo demonstrado pelo autuante, fazendo prova concreta do fato gerador e dos equívocos cometidos.

VOTO

A defesa do presente lançamento tributário, pede a sua nulidade total, alegando a ausência de provas, arguindo descumprimento dos princípios da razoabilidade, da verdade material e da legalidade, e que a *“fiscalização lavrou um auto de infração arrimado apenas na suposição (presunção não contemplada em lei) de que houve o ilícito, sob pena de se estar tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido”*.

O autuante, por outro lado, sustenta que as provas estão acostadas ao processo, e que na *“folha 20 está o CD com o arquivo eletrônico de todas as notas fiscais consideradas, bem como as planilhas de cada infração apontada, e ainda que na folha 07, consta o recibo de entrega de cópia do mesmo CD à autuada quando de sua ciência”*.

Compulsando os autos, constato que à fl. 7 há um Termo Prévio de Autuação Fiscal, de 7 de Abril de 2016, onde o autuante concede prazo de 20 dias para a revisão dos demonstrativos de débitos contidos no CD anexo, com o intuito de elidir futura autuação fiscal. À fl. 8, já consta recibo de entrega de arquivo em mídia digital recebido pelo impugnante em 02/06/2016 já em data posterior à lavratura do auto de infração, onde foi oferecida ao contribuinte a segunda oportunidade de se defender, conforme o fez.

Possivelmente o impugnante se baseia em sua defesa acerca das nulidades por falta de provas, não porque não tenha recebido os demonstrativos que embasam o lançamento, visto ser irrefutável o recebimento do CD com todo o levantamento que resultou na autuação, mas possivelmente por não ter juntado os documentos que lastrearam os valores constantes nos demonstrativos. No entanto, conforme veremos, quando se trata de documentos escriturados pelo próprio contribuinte, não faz-se necessário o autuante trazer cópias de todos os livros e documentos fiscais, visto serem documentos autorizados e controlados pelo fisco e em poder do contribuinte. As provas apresentadas, no caso os demonstrativos com todos os indicadores de onde foram retirados os dados para o lançamento já são suficientes para embasamento das infrações e ainda nos termos do art. 334, III, do Novo Código de Processo Civil, não se faz necessária a prova em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Assim, é que no caso de eventual imposto lançado e não recolhido sequer precisa demonstrativo de cálculo, bastando que na descrição da infração se indique o mês de apuração referido.

Assim, o lançamento tributário goza de presunção de veracidade, e o fisco só precisa apresentar provas que não estejam sob o controle dos registros fiscais, e apenas como foi o caso, necessita fazer a descrição dos fatos pormenorizados, acompanhados dos indicativos de onde foram retirados, conforme consta no CD entregue ao contribuinte, cabendo em sua defesa, demonstrar que os dados do lançamento estão em desacordo com a sua escrituração. Assim, a título de exemplo, se o autuante encontra em circulação notas fiscais frias emitidas pelo contribuinte, deve obviamente fazer prova desta emissão, apresentar cópias no processo, assim como entregar ao contribuinte para se defender. Quando se trata de uma nota fiscal registrada com digamos, uma alíquota errada, imposto destacado a menor, isenção indevida, não requer a apresentação da nota, mas tão somente seus dados, número, data, valor, etc., pois do contrário estaria a carrear ao processo até dezenas de milhares de documentos, que estão sob pleno controle do contribuinte, e ao alcance da sua defesa. Vejamos então os itens do auto de infração.

O primeiro lançamento, de recolhimento a menos do ICMS, por desencontro entre valores recolhidos e os escriturados na apuração, cujo demonstrativo está à fl. 9, dispensa a apresentação das provas arguidas por parte da defesa, visto ter sido efetuado com os documentos que estão de posse do próprio contribuinte (livro de apuração do imposto e DAE de pagamento), que fazem prova contra ele, não sendo necessário a apresentação de tais provas ao contribuinte, vez que ele próprio já as possui, e assim, o lançamento está baseado em documentos fiscais idôneos em

poder do impugnante, e por isso, bastando para tal, neste caso em lide, que em sua defesa apresentasse o registro de apuração dos meses de fevereiro, março e junho de 2013, e outubro de 2014, assim como os documentos de pagamento, para demonstrar que não há valores lançados e recolhidos a menos, conforme vaticina a infração.

A este respeito, vejamos o que diz o RPAF, art. 142:

Art. 142. 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.

Assim, quando se trata de prova que apenas o fisco dispõe, necessária a apresentação destas no processo, assim como ao autuado, para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Houve apenas a negativa do cometimento da infração com a justificativa da ausência de provas. No entanto o contribuinte possui o livro de apuração para elidir o lançamento, caso fosse equivocado. No entanto, tais provas, nos quais se baseou o autuante, encontram-se em poder do contribuinte, e como reza o art. 142, se o fato é controverso e a parte dispõe da prova mas não a apresenta, importa em presunção de veracidade da parte contrária. Infração 1 procedente.

A infração 2, decorrente do recolhimento a menos em razão de erro na aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, estão demonstradas conforme fl. 15 do processo; analisando o CD em anexo à fl. 20, que foi entregue ao contribuinte, igualmente consta tal demonstrativo, com o título DÉBITO A MENOR, em que aparecem as notas fiscais, o ICMS lançado em sua escrituração e o que foi efetivamente destacado na NF-e; tratam-se de documentos regularmente escriturados, e neste caso, dispensada a apresentação das notas fiscais no processo, vez que de posse do contribuinte. Da mesma forma do quanto foi apreciado na primeira infração, e disposto no art. 142 do RPAF, bastaria ao impugnante apresentar seus livros fiscais demonstrando a correção das alíquotas ou inexistência de tais notas em sua escrituração, mediante o livro registro de entradas, mas não o fez. Infração 2 procedente.

Na infração 3, o demonstrativo sintético desta infração está à fl. 10, e no CD consta os demais demonstrativos analíticos da infração na planilha intitulada **ANTEC TOTAL**, onde consta pormenorizadamente os valores calculados nota a nota, e os totais mensais e respectivos valores que foram pagos, o que permitiu ao impugnante o exercício da ampla defesa, seja quando poderia contestar determinadas notas fiscais e o cálculo respectivo, seja quando poderia contestar os valores atribuídos como pagamento, apresentando se fosse o caso, os recibos de pagamento. Assim, embora tenha tido ao seu dispor todos os demonstrativos analíticos, com as respectivas notas fiscais, não logrou apresentar quaisquer erros no levantamento efetuado pelo autuante. Infração 3 procedente.

A infração 4 foi uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no caso, notas fiscais eletrônicas sem o devido registro na escrita fiscal. Fossem por exemplo, notas físicas capturadas no trânsito de mercadoria, notoriamente precisariam ser anexadas ao processo, com fornecimento de cópias ao contribuinte; neste caso, são notas fiscais eletrônicas, e os dados destas notas que constam no CD com o título NOTA FISCAL NÃO REGISTRADAS, possibilitando amplo acesso aos dados e consequentemente à defesa. Assim, caso constatado que determinada nota foi registrada, bastaria apresentar cópia da folha do respectivo registro no livro de entradas. Infração 4 procedente.

A infração 5 também é um lançamento por descumprimento de obrigações acessória; neste caso, houve uma declaração de dados incorretos na DMA conforme demonstrativo de fl. 19, onde constam as divergências entre os valores da EFD e os da DMA, e a respectiva quantia divergente. Neste caso, o demonstrativo também foi entregue ao contribuinte mediante o CD, onde consta a planilha com o título DMA. Bastaria para tal, apresentar o erro do levantamento efetuado, já que este foi feito com base na escrituração regular, de posse do impugnante. Infração 5 procedente.

Por fim, importante ressaltar, que o autuante entregou ao impugnante os demonstrativos com as infrações constatadas, antes mesmo da autuação, uma prática que embora não normatizada no âmbito da SEFAZ, serve como modelo da sua louvável demonstração de apreço ao princípio da

ampla defesa, e ao da eficiência do lançamento, já que se oferece a possibilidade prévia de se corrigir eventuais erros materiais da auditoria. No caso em lide, o impugnante além de não ter aproveitado a intimação prévia, após a efetivação do lançamento tributário, limitou-se a arguir a ausência de provas das infrações, o que demonstrou ser totalmente inverídica, visto o CD apresentado conter todos os demonstrativos necessários à defesa, e as provas que podiam elidir as infrações estarem disponíveis com o próprio impugnante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269102.3002/16-9**, lavrado contra **ULTRAFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.301,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “b” e “d” da Lei nº 7.014,95, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$2.896,75**, previstas nos incisos XI e XVIII, “c”, alterada pela Lei nº 8.534/02, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA