

A. I. Nº - 279697.0030/16-9
AUTUADO - GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. - EPP
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA
- TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/07/17

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-03/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS VALORES INFORMADOS NOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. 2. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS, DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo não traz aos autos, qualquer elemento de prova com condão de afastar as infrações que lhe foram imputadas. Infrações mantidas. Afastadas preliminares de nulidades arguidas. Indeferido pedido de diligência ou perícia técnica. Não acatado pedido de redução ou cancelamento das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/02/2016, exige crédito tributário no valor de R\$747.635,13, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1. 03.01.04 - recolhimento a menos do ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e ou arquivos eletrônicos. Consta que o contribuinte registra as notas fiscais de Saídas em seu livro Registro de Saídas com valores da base de cálculo e do ICMS inferiores aos constantes nas notas fiscais emitidas. Esta divergência fica comprovada pelo confronto entre o lançamento do livro e as notas fiscais de saídas emitidas no exercício de 2011, conforme planilha que elabora, relacionando as notas fiscais e os valores divergentes entre o livro Saídas e notas fiscais emitidas, nos meses de janeiro, março e abril de 2011, no valor de R\$45.598,14, acrescida da multa de 60%;

Infração 2. 05.05.03 - omissão de saídas de mercadorias e ou serviços, decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Consta que o contribuinte emite notas fiscais de saídas, sem o respectivo lançamento no livro Registro de Saídas. O ICMS devido e não recolhido, em função da ausência desse registro, conforme planilha apensada ao PAF, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, perfaz o valor de R\$702.036,99, acrescido da multa de 100%.

O autuado impugna o lançamento fls.170/179. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Informa as argumentações que visam a nulidade do Auto de Infração objeto do recurso administrativo. Aduz que como é da sabença dos operadores do Direito, o processo administrativo prima pela obediência ao *princípio do informalismo procedimental*, segundo nos orienta o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho. Acerca do tema, transcreve a doutrina de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.

Informa que em 03/12/15, protocolou junto à Secretaria da Fazenda, um “Requerimento de Concessão de Prazo e Pedido de Devolução de Documentos”, endereçado especificamente ao Auditor Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização em comento, requerendo o que segue.

a) devolução da documentação fornecida pela empresa (vasta documentação que estava em posse do fiscal) ou a xerocópia, pois a empresa fiscalizada necessitava dos mesmos para fechar todo o seu levantamento e contabilidade internas, salientando que tal medida, tem também o viés de possibilitar que os documentos a serem enviados posteriormente à SEFAZ, estivessem em perfeita harmonia com aqueles já fornecidos.

b) prazo de trinta (30) dias para que os demais documentos requeridos em petição última fossem devidamente fornecidos pelo contribuinte, com o fito de finalizar a fiscalização.

Aduz que o fiscal responsável silenciou-se a respeito do requerimento, não possibilitando o acesso ao material fiscal em posse daquele e de vital necessidade da empresa, impossibilitando que a mesma pudesse realizar o levantamento e fechamento da contabilidade interna objetivando, ao final, o fornecimento de novos documentos à fiscalização.

Afirma que este fato o impossibilitou, visto que, o autuante em vez de realizar a fiscalização conforme o Princípio do Informalismo procedimental, atendendo a tais pedidos, omitiu-se totalmente nesse sentido, prejudicando o contribuinte.

Aduz que a resposta ao requerimento em tela foi o silêncio por parte do fiscal e, posteriormente, a notificação ao contribuinte acerca do auto de infração objeto do presente instrumento de impugnação administrativa.

Comenta que ao cotejar a fundamentação contida nas duas (02) infrações, verifica que o ato de não lhe possibilitar o acesso ao acervo documental já fornecido e de impedir a conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa, inviabilizou totalmente a produção documental que serviria de amparo ao contribuinte, inclusive com o fito de se defender e de produzir provas a seu favor, violando os princípios da ampla defesa e contraditório, inerentes ao processo administrativo fiscal.

Sustenta que não pode levar em conta as graves acusações delineadas nas Infrações contidas no presente auto de infração, pois o próprio fiscal impediu ou dificultou a produção de elementos e provas a favor do contribuinte, não podendo o mesmo ser prejudicado em decorrência da omissão do fiscal em não permitir o seu acesso aos próprios documentos fiscais, silenciando-se a respeito do pedido de concessão de prazo para a juntada de novos documentos, como anteriormente esclarecido.

Entende que foi tolhido no seu direito de acessar o conjunto documental fornecido ao fiscal e também teve negado, o seu direito de fornecer novos documentos. Diz que a verdade real não foi alcançada, pois os documentos (incompletos) que serviram de base à lavratura do Auto de Infração não espelham a realidade dos fatos. Sobre a matéria registra a importância dada pela jurisprudência ao princípio da verdade real. Cita Acórdão nº 1.0012.04.000170-8/001(1) de TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Salienta que a jurisprudência jurídica não mais se coaduna com uma postura extremamente formalista por parte do Administrador Público, devendo este pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do direito, ou seja, por uma noção de juridicidade, superando-se, desse modo, a concepção de legalidade estrita.

Requer a nulidade do procedimento de fiscalização, resguardando-se, caso seja indeferido dito pedido, de juntar, posteriormente, os documentos negados em sede de fiscalização, no mesmo prazo de trinta (30) dias.

Sobre a penalidade aplicada, afirma que a fiscalização lavrou várias multas em percentuais diferenciados, quais sejam 60% e 100% do valor do imposto não recolhido tempestivamente. Assevera que as multas expostas são indevidas, eis que todo o procedimento foi maculado pela ausência de possibilidade de acesso aos seus próprios documentos fiscais/contábeis em posse do fiscal que lavrou o Auto, o impediu de fechar e organizar a sua contabilidade, de forma que

pudesse verdadeiramente fornecer um conjunto probatório uniforme e condizente com a realidade da empresa, em conformidade com as argumentações já pormenorizadas.

Diz que, ainda que fosse admitir, somente em sede de conjecturas, a aplicação da multa em percentuais tão altos 60% e 100%, respectivamente, importa em mácula aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como, fica evidenciado o efeito confiscatório de tal prática.

Assevera que o fisco estadual, ao aplicar multa em patamar tão elevado e tão gravoso, dificulta sobremaneira a exploração das atividades econômicas habituais, inviabilizando o próprio funcionamento da empresa recorrente. Suplica que as mesmas não sejam superiores a 50% do valor principal.

Pede seja desconsiderado e tornado nulo o auto de infração, sendo acolhidas todas as argumentações e pedidos contidos, pelas razões antes expostas. Requer a juntada de documentos no prazo de trinta (30) dias, pelas razões contidas no bojo desta peça, pois existiu a impossibilidade da apresentação oportuna da mesma. Requer a realização de nova diligência ou perícia fiscal com o objetivo de apurar os novos documentos não colhidos pela fiscalização, com lastro no parágrafo 3º do art. 123, combinado com o art. 145 do regulamento do PAF e a juntada da documentação.

A equipe dos autuantes presta informação fiscal fls.220/224. Diz que a defesa foi apresentada no prazo regulamentar. Resume os argumentos defensivos.

Explica que o contribuinte apresentou, às pags. 166/167, cópia de um Requerimento de Concessão de Prazo e Pedido de Devolução de Documento, datado em 03/12/2015, assinado por José Olímpio Mendes, Sócio-administrativo da Glassmaxi, alegando ter protocolado tal documento e não ter obtido retorno dos prepostos fiscais acerca da referida solicitação.

Esclarece que este documento, jamais foi recebido pelos auditores fiscais responsáveis pela fiscalização deste PAF, o que pode ser comprovado pela ausência de cópia de protocolo ou de assinaturas dos prepostos fiscais no documento, que atestassem o seu recebimento. Além disso, afirma que esse argumento mostra-se irrelevante, uma vez que o trabalho fiscal, para ser corretamente efetuado, necessita de documentos que subsidiem o processo de auditoria.

Sendo assim, aduz que ainda que tivesse recebido um requerimento dessa natureza, não poderia o Fisco devolver os livros e/ou documentos fiscais de contribuinte sob ação fiscal em curso. Ressalta que ao final da mencionada auditoria, ao recolher a assinatura do contribuinte dando ciência do Auto de Infração, todos os documentos e livros fiscais foram devolvidos.

Diz que o autuado alegou que a não devolução dos documentos, o impediu da conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa e inviabilizou a produção documental que serviria de amparo a sua defesa.

Sobre esta alegação, esclarece que a ação fiscal em questão referiu-se ao exercício de 2012, tendo tido o contribuinte, já em 2015, aproximadamente três anos, tempo mais do que suficiente, para concluir qualquer escrituração contábil e fiscal. Além disso, a legislação assegura ao autuado um prazo de 60 dias para apresentação de defesa, iniciando-se esse prazo após a assinatura do Auto de Infração. No caso em questão, a documentação fiscal e contábil foi devolvida no ato da assinatura do referido Auto de infração, possibilitando à empresa o uso total do prazo para defesa e anexação de qualquer documento que comprovasse algum equívoco nas infrações levantadas.

Diz que se o contribuinte, durante o prazo de defesa, tivesse algum documento ou fatos novos para apresentar, o teria feito no momento adequado, o que não ocorreu.

No que tange à fundamentação contida nas duas infrações, salienta que os fatos ocorreram em 2012 e qualquer suposta alteração de procedimento por parte do contribuinte só poderia ter sido feita dentro do prazo legal, antes do início da ação fiscal, e por meio de instrumento próprio, no caso, denúncia espontânea. Comenta que é sabido, que cabe ao contribuinte, até o dia nove do

mês subsequente ao fato gerador, transcrever, fielmente, em seu livro Registro de Saídas, os valores relativos à base de cálculo, alíquota e ICMS de todas as notas fiscais de saídas emitidas no mês em questão. Deverá o contribuinte, em seguida, transcrever o total do imposto no livro de Apuração, a fim de apurar o saldo do conta corrente fiscal. Havendo saldo devedor, deverá ser recolhido o imposto, até o nono dia do mês subsequente.

Observa que qualquer falha de transcrição, como o registro a menos do valor do imposto constante da nota fiscal ou a omissão do registro de notas fiscais, resultará num recolhimento a menor ou falta de recolhimento do imposto. Uma vez detectado algum erro de transcrição e consequentemente de pagamento do imposto, poderá o contribuinte, até o início da ação fiscal, recolher o débito através de denúncia espontânea. Uma vez iniciada a fiscalização, cessa o direito à espontaneidade do recolhimento do imposto.

Informa que no caso em questão, não houve denúncias espontâneas feitas pelo contribuinte. Dessa forma, nenhum novo documento apresentado posteriormente poderia modificar o Auto de Infração mencionado. Destaca os ilícitos fiscais identificados pela ação fiscal.

No que tange a aplicação de multas sobre o valor da infração, também questionada pelo contribuinte, informa nada ter a discutir, pois os percentuais aplicados estão de acordo com o art. 42 da Lei 7.014/96, que define um percentual de multa para cada infração tipificada.

Registra que no Auto de Infração eletrônico, cabe ao auditor fiscal apenas tipificar a infração encontrada. A determinação da respectiva multa é calculada, de acordo com a legislação vigente, pelo sistema eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado, de forma automática. Portanto, não há qualquer ingerência dos fiscais no que tange à aplicação de multas. Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente. Ressalta que não cabe mais requerer a juntada de documentos, uma vez que a lei assegura ao contribuinte um prazo legal de 60 (sessenta) dias, para apresentação de defesa e/ou de novos documentos.

Sobre o pedido de realização da diligência ou perícia fiscal visando apurar novos documentos não acolhidos pela fiscalização, aduz que diante da natureza das infrações, bem como, da exaustiva argumentação apresentada pelos autuantes, resta comprovado o total descabimento de tal pleito. Feitas todas as considerações cabíveis, ratifica a posição exarada desde o início do processo e solicita a total procedência do Auto de Infração em discussão.

VOTO

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade sob a alegação de que teria protocolado junto à Secretaria da Fazenda, um “Requerimento de Concessão de Prazo de 30 (trinta) dias e Pedido de Devolução de Documentos”, endereçado ao Auditor Fiscal Autuante com a finalidade de atualizar sua escrituração fiscal e não obteve qualquer resposta. Disse que este procedimento inviabilizou totalmente a produção documental que lhe serviria de amparo para se defender e produzir provas a seu favor, violando os princípios da ampla defesa e contraditório, inerentes ao processo administrativo fiscal.

Sobre esta alegação os autuantes esclareceram que o referido documento, jamais foi recebido pelos auditores fiscais responsáveis pela fiscalização, o que pode ser comprovado pela ausência de cópia de protocolo ou de assinaturas dos prepostos fiscais no documento, que atestassem o seu recebimento. Além disso, afirmaram que esse argumento mostra-se irrelevante, uma vez que ainda que tivesse recebido um requerimento dessa natureza, não poderia o Fisco devolver os livros e/ou documentos fiscais do contribuinte sob ação fiscal em curso. Ressaltaram que ao final da mencionada auditoria, ao recolher a assinatura do contribuinte dando ciência do Auto de Infração, todos os documentos e livros fiscais foram devolvidos.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Autuado foi intimado em 23.02.2016, conforme cópia de intimação fls. 7/8, para apresentação de livros e documentos referentes aos exercícios de 2011 e 2012. Não faz o menor sentido a presente alegação, de que no

ano de 2016, ou seja, após quatro anos daquelas ocorrências, o contribuinte ainda estivesse finalizando sua escrituração fiscal.

Dessa forma, concordo com o entendimento da fiscalização, no sentido de que, se o contribuinte, durante o prazo de defesa, tivesse algum documento ou fatos novos para apresentar, o teria feito no momento adequado, o que não ocorreu.

Observo que finalizada a ação fiscal, foi concedido o prazo regulamentar de 60 (sessenta) dias, a fim de que o autuado, de posse da documentação fiscal e contábil que lhe foi devolvida no ato da assinatura do referido Auto de infração, realizasse sua defesa e exercesse o contraditório de forma ampla, anexando provas, acaso comprovasse algum equívoco nas infrações levantadas. No entanto, isto não ocorreu.

No presente processo, verifico que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos com cópias entregues ao autuado, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99. Assim, afasto as nulidades suscitadas pelo defendente.

O autuado requer a realização de diligência ou perícia fiscal, com o objetivo de apurar novos documentos, não colhidos pela fiscalização quando da ação fiscal.

Nos termos do art. 147, incisos I e II do RPAF/99 indefiro o pedido para realização de diligência ou perícia fiscal por considerar suficientes para a formação da convicção dos julgadores, os elementos contidos nos autos, assim como, em razão de se destinar a verificar fatos vinculados a escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cujas provas documentais, referentes às suas alegações, simplesmente poderiam ter sido por ele juntadas aos autos, uma vez que a diligência fiscal não se presta à suprir defesa, de ônus e de responsabilidade única do sujeito passivo, pois o autuado não apresentou qualquer comprovação documental que suscitasse dúvidas a respeito das irregularidades apontadas.

No mérito, a primeira infração acusa o autuado de recolhimento a menos do ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e ou arquivos eletrônicos. Consta que o contribuinte registra as notas fiscais de Saídas em seu livro Registro de Saídas, com valores da base de cálculo e do ICMS inferiores aos constantes nas notas fiscais emitidas. Esta divergência fica comprovada pelo confronto entre o lançamento no livro e as notas fiscais de saídas emitidas no exercício de 2011, segundo planilha elaborada, relacionando as notas fiscais e os valores divergentes entre o livro Saídas e notas fiscais emitidas, conforme demonstrativo fl.11.

Na infração 02, o autuado foi acusado de omissão de saídas de mercadorias e ou serviços, decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Consta que o contribuinte emite notas fiscais de saídas, sem o respectivo lançamento no livro Registro de Saídas. O ICMS devido e não recolhido, em função da ausência desses registros, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, está relacionado no demonstrativo fls. 12/25, no CD que contém os arquivos da fiscalização fl.162 e foram entregues ao autuado conforme comprovante do recebimento dos referidos arquivos fl.163.

Em sede de impugnação, o autuado não rebate objetivamente qualquer das infrações. Centra os argumentos defensivos, unicamente para arguir a nulidade do auto de infração, conforme preliminar devidamente apreciada neste voto.

Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não apontou qualquer fato desconstitutivo, impeditivo ou modificativo das infrações relatadas. Verifico que não há objetivo protesto quanto aos dados e valores autuados. O sujeito

passivo não trouxe ao PAF elementos que motivassem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Constato que o autuado deixou de observar as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, no sentido de 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*, assim como, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

De acordo com os argumentos esposados acima e considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente.

O defendente alegou que a fiscalização lavrou várias multas em percentuais diferenciados, quais sejam 60% e 100% do valor do imposto não recolhido tempestivamente. Disse que as multas expostas são indevidas e importam em mácula aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como, fica evidenciado o efeito confiscatório de tal prática. Suplica que as mesmas não sejam superiores a 50% do valor principal.

Sobre a penalidade aplicada, observo que estão em absoluta consonância com a Lei 7014/96. Não há ilegalidade nas multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou os autuantes para as infrações 01 e 02, as multas previstas nos incisos II e III, alínea “b” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, nos respectivos percentuais de 60% e 100%, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

A multa aplicada está em consonância com a disposição contida na Lei nº 7.014/96, e não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo, a teor do art. 167, I, III do RPAF/BA. Dessa forma, não acolho pedido para redução da multa aplicada.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279697.0030/16-9**, lavrado contra **GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$747.635,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$45.598,14 e 100% sobre R\$702.036,99, previstas na alínea “b”, incisos II, e III, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR