

A. I. Nº - 279697.0032/16-1
AUTUADO - GLASSMAXI INDUTRIA DE VIDROS BA LTDA - EPP
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA.
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22. 12. 2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0211-01/17

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGENCIA ENTRE AS NOTAS EMITIDAS E REGISTRO NO LIVRO DE SAIDA. O contribuinte consignou em seu livro de Saída valores inferiores dos constantes nas respectivas Notas Fiscais de Saída, subtraindo parcela do ICMS a recolher. Infração caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO REGISTRO NO LIVRO DE SAIDA. OMISSAO DE SAIDA DE MERCADORIAS. O autuado deixou de escrutar as Notas Fiscais de Saídas no livro Registro de Saídas, omitindo as operações de saídas de mercadorias, sonegando o pagamento do imposto correspondente, o que lhe valeu reprimenda ainda mais gravosa, com multa de 100%, nos termos do art. 42, III, da Lei 7.014/96. Infração caracterizada. Afastado o pedido de nulidade. Indeferido o pedido de diligencia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/02/2016, exige crédito tributário de ICMS, no valor histórico de R\$592.619,25, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - O contribuinte recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o imposto recolhido e o valor informado nos livros fiscais, em declarações econômico – fiscais e/ou livro eletrônico. Período janeiro/março, junho/setembro, dezembro 2012. Valor R\$79.811,52. Multa 60%.

Consta ainda que o contribuinte registra notas fiscais de saída no seu Livro Registro de Saídas, com valores de ICMS e base de cálculo, inferiores aos constantes das suas Notas Fiscais emitidas. Essa divergência fica comprovada pelo confronto entre o lançamento no Livro de Saídas e as Notas Fiscais de Saída emitidas pelo contribuinte no exercício de 2012 e poderá ser observada na planilha intitulada “*Divergência entre os Dados Registrados no Livro de Saída e os dados constantes das NF-e de Saídas*”, anexa a esse Auto de Infração. Nessa Planilha são apresentados e discriminados por Nota Fiscal os valores divergentes entre o Livro de Saída e as Notas Fiscais emitidas.

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saída de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Período janeiro/março, abril/dezembro 2012. Valor R\$512.807,73. Multa 100%.

Consta ainda que o contribuinte emitiu Notas Fiscais de Saída sem o respectivo lançamento no Livro Registro de Saída. O valor do imposto devido e não recolhido em função da ausência desse registro referente ao exercício de 2012 está descrito na Planilha intitulada “*NF-e de Saída não Lançada no livro Registro de Saída*”, anexa ao presente Auto.

O autuado apresentou defesa (fls. 163/173), alegando nulidade do Auto de Infração, por mácula aos princípios do informalismo procedural, ampla defesa, contraditório e verdade real.

Discorre sobre tais princípios, aduzindo que um direito não pode ser negado em razão da

inobservância de alguma formalidade instituída; desde que atendido o interesse público devem ser dispensados os ritos sacramentais, tudo em favor de uma decisão efetiva.

Diz que é irrelevante a omissão de alguma providência instrumental atribuída ao particular interessado ou à Administração, o importante é que não haja lesão a interesses públicos, de terceiros e que o interesse legítimo postulado pelo particular possa ser atendido.

Alega que peticionou requerimento para obter devolução da documentação fornecida pela empresa, uma vasta documentação que estava em posse do fiscal, pois necessitava dos mesmos para fechar todo o seu levantamento e contabilidade internos, salientando que tal medida tem também o viés de possibilitar que os documentos a serem enviados estejam em perfeita harmonia com aqueles já fornecidos.

Diz que também a petição visava solicitar prazo de 30 dias para que os demais documentos requeridos em petição última fossem devidamente fornecidos pelo contribuinte, com o fito de finalizar a fiscalização.

Queixa-se que o fiscal responsável silenciou acerca do requerimento, não possibilitando o acesso do seu próprio material, na posse do preposto fiscal, impossibilitando a mesma pudesse de realizar o levantamento e fechamento da contabilidade interna, e pudesse, ao final, fornecer os novos documentos à própria fiscalização.

Assevera que mesmo com o silêncio do fiscal, recebeu notificação do contribuinte acerca do Auto de Infração objeto do presente instrumento de impugnação administrativa. Ao cotejar a fundamentação das duas infrações verificou que a falta de acesso ao seu acervo documental, o impediu na conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa, inviabilizou a produção dos documentos que serviria de amparo às suas razões, diante da fiscalização, inclusive em sua defesa e produção de provas, ferindo os princípios, antes mencionados.

Diz que não se pode levar em conta as graves acusações delineadas nas infrações contidas nesse 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, ao não permitir o acesso do contribuinte aos seus próprios documentos, muito menos silenciando-se a respeito do pedido de concessão de prazo para a juntada de novos documentos.

Afirma que tolhido no seu direito de acessar ao seu próprio conjunto documental, a verdade material não foi alcançada, pois os documentos (incompletos) que serviram de base à lavratura do Auto de Infração não espelham a realidade dos fatos.

Insiste que o princípio da verdade real vem sendo afirmado no novo Processo Civil, não se podendo desprezar qualquer prova que possa contribuir para que se atinja tal objetivo.

Transcreve julgado: “*Nesse caso, tendo a embargada demonstrado a entrega das mercadorias, através da juntada das notas fiscais e dos canhotos devidamente assinados pela pessoa que as recebeu, inexistindo, nos autos, prova contrária à sua autenticidade, deve ser reformada a sentença para julgar improcedentes os embargos*”.

Ressalva que a atual jurisprudência não mais coaduna com uma postura extremamente formalista por parte do Administrador Público, superando a legalidade estrita. Diz que a lei não tem um fim em si mesma. Requer a nulidade do procedimento de fiscalização, resguardando-se, caso seja indeferido dito pedido, a juntada posterior dos documentos negados em sede de fiscalização, no prazo de 30 dias.

Diz que houve aplicação indevida de multa: a alínea “b”, inc. II, do art. 42 da Lei 7.014/96, 60% do valor não recolhido, tempestivamente. O inciso III, da mesma Lei e artigo, aplica multa de 100% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Conclui que as multas são indevidas, pela ausência de acesso do aos seus próprios documentos fiscais e contábeis em posse da fiscalização, que o impediu de fornecer um conjunto probatório

uniforme e condizente com a realidade da empresa. Além disso, os percentuais aplicados macula os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, evidenciado o efeito confiscatório de tal prática. Discorre sobre tais princípios.

Indaga se dentro de uma conjuntura econômica mundial, com margem de lucro das empresas mínima, agravada pela concorrência acirrada do mesmo ramo de atividade, carga tributária brasileira, que é uma das maiores do mundo, seria considerado “*Direito Tributário justo*” a imputação de multa em 100% do valor do principal?

Assim, 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. Cita farta jurisprudência.

Pede a nulidade do Auto de Infração; a realização de diligência ou perícia fiscal com o objetivo de apurar os novos documentos não colhidos pela fiscalização; a juntada posterior de documentos.

Na informação fiscal, fls. 214/218. Sintetizam os Auditores as razões da defesa. Apresentam contra argumentações.

Dizem que o contribuinte apresentou (fls. 166/167), uma cópia de um Requerimento de Concessão de Prazo e Pedido de Devolução de Documento, datado em 03/12/2015, assinado pelo Senhor José Olímpio Mendes, Sócio administrativo da Glassmaxi, alegando ter protocolado tal documento e não ter obtido retorno dos prepostos fiscais acerca da referida solicitação. Esclarecem que este documento jamais foi recebido pelos auditores responsáveis pela fiscalização, o que pode ser comprovado pela ausência de cópia de protocolo ou de assinaturas dos prepostos fiscais no documento que atestasse o seu recebimento.

Ressalvam que tal argumento mostra-se irrelevante uma vez que o trabalho fiscal, para ser corretamente efetuado, necessita dos documentos que subsidiem o processo de auditoria. Sendo assim, ainda que tivesse sido recebido um requerimento dessa natureza, não poderia o Fisco devolver os livros e/ou documentos fiscais de contribuinte, sob a ação fiscal em curso. Cabe ressaltar 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.

Ainda sobre a alegação de que a não devolução dos documentos impediu a conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa e inviabilizou a produção documental que serviria de amparo a sua defesa, esclarecem que a ação 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, fiscal, em relação ao período fiscalizado.

Observam que legislação assegura ao autuado um prazo de 60 dias para apresentação de defesa, iniciando-se esse prazo após a assinatura do Auto de Infração. Afirmam que, 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. 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, salientam 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 da Denúncia Espontânea.

Sublinham que cabe ao contribuinte (até o dia nove do mês subsequente do fato gerador), transcrever, fielmente, em seu livro Registro de Saída, os valores relativos à base de cálculo, alíquota e o ICMS correspondente de todas as notas fiscais de saída 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 sua conta corrente fiscal. Havendo saldo devedor, deverá ser recolhido o imposto até o nono dia do mês subsequente.

Observam que havendo qualquer equívoco na apuração mensal, falta de recolhimento do ICMS, poderá o contribuinte, antes do início da ação fiscal, recolher o imposto, através de denúncia espontânea. Iniciada a Fiscalização, cessa o direito à espontaneidade do recolhimento.

Informam que na primeira infração, recolhimento a menor do ICMS, em função de divergência entre o imposto recolhido e o valor informado nos livros fiscais, o contribuinte registra notas fiscais de saída no seu livro registro de saídas, com valores de ICMS e base de cálculo em valores inferiores aos constantes nas notas fiscais emitidas. Os documentos que comprovam a infração estão anexados no presente PAF (cópias dos Livros Registro de Saída e de Apuração, além das notas fiscais em questão).

Com relação à segunda infração, omissão de saídas de mercadorias, o contribuinte emite notas fiscais de saídas sem o respectivo registro no Livro de Saídas. Foram anexadas no presente PAF cópia dos Livros Registro de Saída, de Apuração do ICMS e das notas fiscais em questão.

Sobre as multas, explicam que os percentuais aplicados estão rigorosamente de acordo com o art. 42 da Lei 7.014/96, que define um percentual de multa para cada infração tipificada.

Pedem o julgamento procedente do mencionado Auto de Infração, não havendo, inclusive, nenhuma contestação de mérito na defesa apresentada pelo contribuinte. Ressaltam que não cabe mais requerer a juntada de documentos, uma vez que a lei assegura ao contribuinte um prazo legal de 60 dias para apresentação de defesa e/ou de novos documentos; que o pedido para realização de diligência é uma tentativa de confundir e de procrastinar o feito.

E o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das duas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

O autuado alega nulidade do Auto de Infração, por mácula aos princípios da informalidade, da ampla defesa, contraditório e verdade real; diz que peticionou requerimento para obter devolução da documentação que estava em posse do fiscal, a fim de fechar seu levantamento e contabilidade, o que prejudicou, inclusive, sua defesa e produção de provas; pede a realização de diligência ou perícia fiscal com o objetivo de apurar os novos documentos não colhidos pela fiscalização.

O presente Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Não há, em absoluto, vício formal que anule a autuação. Tampouco, qualquer mácula aos princípios da informalidade, da ampla defesa, contraditório e verdade real, como reclama o autuado.

A alegação do autuado de que peticionou devolução da documentação, em posse da fiscalização, a fim de fechar levantamento e a contabilidade, e cujo silêncio fiscal prejudicou sua defesa e a produção de provas, não pode ser acatada. A natureza das infrações imputadas ao autuado, recolhimento de ICMS a menor (item 01), falta de registro do documento fiscal nos livros fiscais próprios (item 02), fato verificado a partir da falta do registro de notas fiscais de saída, emitidas pelo próprio autuado, no respectivo Livro Registro de Saídas, indica que as provas em contrário à constatação fiscal se encontram no controle do próprio autuado, poderiam ser buscadas nas suas informações internas; em outras fontes, inclusive nos sistemas eletrônicos dessa Secretaria da Fazenda.

Incabível a alegação do autuado de cerceamento ao direito de defesa, considerando que consta nos autos cópias do livro Registro de Saída (fls. 121/154), além da relação das notas fiscais registradas com o valor menor e aquelas não registradas (CD. fl. 155).

Durante o procedimento fiscal, os prepostos do Fisco não poderiam devolver os documentos utilizados na apuração das irregularidades, como questionou o autuado; a alegação defensiva de que peticionou devolução da documentação, em posse da fiscalização, sequer é fidedigna, seja pela falta de apresentação de protocolo dessa petição (fls. 166/167), seja porque teria sido feita em 03.12.2015, antes mesmo do inicio da ação fiscal, em 21.01.2016 (fl. 06). Esse mesmo expediente já foi utilizado pelo autuado, na exigência contida em outro processo tributário lavrado contra o mesmo (Acordão JJF 0070-06/16 e JJF CJF 0198-11/17).

Considerando ainda que a autuação abrange o exercício de 2012, e o inicio da fiscalização ocorreu em 21.01.2016, não parece razoável que, nesse momento, os dados contábeis reclamassem ajustes que pudessem servir de provas para investigações fiscais de 2012.

A devolução da documentação, após a conclusão da ação fiscal, foi feita ao contribuinte em 22.02.2016 (fl. 8), tempo suficiente para subsidiar a defesa do autuado, se assim o pretendesse, protocolizada no dia 29.04.2016, sob o número SIPRO 070325/2016-9 (fl. 161).

Fica indeferido o pedido de diligência, nos termos do art. 147, I, RPAF/BA, pelas razões já acima narradas, considerando ainda que os elementos constantes nos autos são suficientes para a apreciação da matéria em litígio.

Com relação aos percentuais das multas, constato que foram aplicadas corretamente de acordo com previsão no art. 42, da Lei 7.014/96. Em querendo, o contribuinte autuado pode beneficiar-se das disposições de redução de multas do art. 45 da mesma lei do ICMS.

A primeira infração acusa o autuado de recolher a menor ICMS em função de divergências entre o imposto recolhido e o valor informado nos livros fiscais e nas declarações econômico – fiscais.

Explicam os Auditores que o autuado registrou notas fiscais das operações de saídas de mercadorias no seu Livro Registro de Saídas com valores de ICMS e base de cálculo, inferiores aos constantes das respectivas notas Fiscais emitidas. O valor da exigência totalizou R\$79.811,52.

Examinando as peças que instruem a exigência, constato que foi elaborado demonstrativo de débito (fls. 11\12), discriminando as diversas operações de saída de mercadorias em que o contribuinte de forma deliberada e continuada consignou, na sua escrita fiscal, valores inferiores dos constantes nas respectivas Notas Fiscais de Saída. Em determinada situação, as diferenças alcançavam 55% (R\$12.917,77 / R\$23.485,94), em outras apenas 39% (R\$13.006,22 / R\$32.515,56).

A defesa do contribuinte limitou-se às questões periféricas, que já foram abordadas, sem adentrar no mérito, mesmo porque a estratégia do sujeito passivo encontra-se integralmente comprovada através do confronto das notas fiscais eletrônicas emitidas e os respectivos registros no livro Registro de Saídas, cujas cópias se encontram anexadas aos autos.

Infração caracterizada, no valor de R\$79.811,52.

Na segunda infração apurou a fiscalização que autuado omitiu saída de mercadorias pela falta de lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Verifico que os Auditores elaboraram demonstrativo intitulado “*NF-e de Saída não Lançada no livro Registro de Saída*”, anexo ao presente Auto de Infração (fls. 13/23), a fim de instruir a exigência.

Nesse caso, agiu o autuado de forma ainda mais contrária a legislação do imposto, deixou de escriturar as Notas Fiscais de Saída no Livro Registro de Saída, omitindo as operações de saídas de mercadorias, sonegando o pagamento do imposto correspondente, o que lhe valeu reprimenda ainda mais gravosa, com multa de 100%, nos temos do art. 42, III, “g”, da Lei 7.014/96.

Sabe-se que é direito de toda sociedade empresarial organizar e planejar as suas atividades de modo a obter a melhor eficiência operacional, estratégica, financeira, societária e tributária possível, permitido o planejamento fiscal, na elaboração dos seus negócios, assumindo com liberdade o caminho financeiro, econômico, tributário que lhe parecer mais favorável, desde que

não haja qualquer oposição à lei ou incidência em ato ilícito. No caso presente, imperativo é a censura jurídica, porque presente um comportamento ilícito.

Infração caracterizada, no valor de R\$512.807,73.

O Auto de Infração é PROCEDENTE, no valor de R\$592.619,25.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279697.0032/16-1**, lavrado contra **GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$592.619,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$79.811,52 e de 100% sobre R\$512.807,73, previstas no art. 42, II, "d" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR