

A. I. N° - 206958.0008/18-3
AUTUADO - DALNORDE COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/04/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0058-03/19

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Divergência entre o valor do imposto recolhido, informado nos livros fiscais, e os valores dos documentos fiscais relacionados na EFD. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/09/2018, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.147.875,66, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a outubro de 2017:

Infração 01 – 03.01.04: “O contribuinte recolheu a menor 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 na Descrição dos Fatos: “Recolheu a menor o ICMS no valor de R\$1.147.875,66, relativo às saídas de mercadorias tributadas em todos os meses do período fiscalizado, por CF, cuja totalização mensal dos itens cfe arquivos EFD destoa totalmente, no tocante ao ICMS, dos valores lançados no LAICMS da empresa, presentes nas mesmas EFDs recebidas. Esclarecemos que, enquanto o LAICMS escritura as vendas por ECF diariamente, na EFD, elas são computadas integralmente em cada último dia do mês, razão pela qual a comparação é feita apenas pelos totais mensais, o que em nada prejudica a assimilação da infração pois cada período de apuração do ICMS resta íntegro. Vide o Anexo da Infração, também gravado na mídia cd que integra este auto”.

Enquadramento Legal: artigos 24 a 26, 32 e 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C artigos 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 21/09/18 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 19/11/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 20 a 35. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos às fls. 37.

Em sua peça defensiva, a Impugnante preliminarmente aponta para a necessidade da lavratura do Auto de Infração ser realizada no local onde está estabelecida a empresa. Considera que somente por razões fundamentadas e excepcionais admite-se que, também, sejam lavrados na repartição fazendária ou no local onde se apurar a infração.

Portanto, entende que a lavratura dos autos de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção, e que não tendo sido observado esse requisito, processo é nulo.

Alega, ainda, falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado. Diz que tal fato, por si só, eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedecem ao art. 142 do CTN, cujo teor transcreve.

Aduz que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando Nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação,

Entende cerceado seu direito de defesa, alegando que a liquidez e certeza devem e precisam restar provados. Aduz ser nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Visando respaldar sua argumentação, cita o posicionamento de jurisprudência neste sentido (Ac. nº 101-79.775/90 - Revista de Estudos Tributários 2º Semestre de 1999).

No mérito, diz que é característica do ICMS o princípio constitucional da não cumulatividade, isso porque em cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Acrescenta que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar: a) a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade; b) o direito à utilização do crédito.

Assevera que o contribuinte tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas com o imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Afirma que os créditos utilizados pela Recorrente foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovado nos autos.

Acrescenta que estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração também devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Reclama que já são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta, além da dificuldade de interpretação das leis que considera obscuras.

Enfatiza que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais.

Expõe que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Transcreve o art. 150, da CF e alega que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada.

Argumenta que em prevalecendo o crédito tributário exigido pelo Fisco Estadual, caracterizado estará o confisco, pois, o imposto e seus acréscimos são superiores à capacidade econômica do contribuinte.

Como o procedimento fiscal ora impugnado trata de operações referentes à circulação de mercadorias, entende que o procedimento natural esperado dos fiscais para detectar se houve a omissão de saídas seria o levantamento analítico de estoques. Considera que o mesmo deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no Livro de Registro de Inventário, acrescido das aquisições realizadas do período analisado e deduzidas as saídas promovidas no mesmo período.

Diz que, no caso concreto, além dos fiscais não terem efetuado o levantamento analítico do estoque, procedimento que julga indispensável para comprovar a infração imputada à empresa, os livros fiscais e contábeis desta comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as

suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente o saldo de tais operações.

Assevera que o fiscal desprezou a base de cálculo constante no SPED que estava diferente do valor dos produtos e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada.

Menciona que “os produtos tinham tributação “cheia” sem direito a qualquer redução de base de cálculo”. “Foi falha de sistema”.

Aduz que ao Fisco cabe o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário, e que no desempenho de suas atividades, o Agente Fazendário deverá examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o referido lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como fonte de pesquisa, podendo se valer de outros meios para formar sua convicção.

Diz que a constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, considerando que deverá ser comprovada por aquele a quem cabe efetuar o lançamento.

Afirma que não foi o que de fato ocorreu. Entende que os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito, e que nem sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

Argumenta que os documentos juntados ao auto de infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento de ICMS.

Alega que esse entendimento vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça Estaduais, que assim firmaram posicionamento. Transcreve parte da (RE 80.695-4) e (TJES - REO 024930075270 - Rei. Des. Arnaldo Santos Souza - J. 25.09.2001).

Neste sentido, considera que não há validade jurídica para o presente lançamento, uma vez que:

- a) decorre de violação a determinação constitucional, se fundamentando assim sobre prova ilícita; b) os documentos apresentados não dizem respeito à atividade da empresa, sendo a ela estranhos; c) não há envolvimento de fato gerador de ICMS.

Cita os artigos art. 112, 114 e 107 do CTN, visando amparar o entendimento de que havendo dúvida razoável, não estamos diante do caráter ‘suficiente’ exigido na legislação, pelo que não cabe, para fins de imputação de fato gerador, a presunção utilizada pelo Fisco.

Enfatiza que a falta de apresentação de prova ou a falha na elaboração do elemento probante, no procedimento investigatório, vulnera o ato por vício formal, conduzindo-o à insubsistência.

Faz, ainda, o autuado, longa explanação a respeito da vedação constitucional ao confisco.

Cita diversas normas e princípios constitucionais, bem como ensinamentos de renomados tributaristas, a exemplo de Alcides Jorge Costa e Roque Antonio Carrazza com o intuito de demonstrar que quando o tributo é superior ao lucro, configura-se confisco da propriedade privada em favor do Estado.

Ao final, requer que sejam acolhidas as razões recursais expostas, para lograr êxito a preliminar suscitada e suas consequências, ou em sendo outro o entendimento, que seja o A.I., no mérito, julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal à fl. 40/42, inicialmente esclarecendo que a infração aponta o recolhimento a menor em operações escrituradas nos livros próprios, por divergências entre os documentos fiscais e o LAICMS.

Aduz que o contribuinte, em toda a sua defesa, não explicita especificamente qualquer valor, nota fiscal, data, etc., preferindo abordar todas as questões de forma teórica, com exposição de princípios constitucionais, como se apenas em sede de Juízo oficial se tratasse a matéria.

Adita que não houve qualquer documento novo, demonstrativo, cópia, etc., acostado ao processo junto à defesa.

Em seguida passa a comentar os argumentos na mesma ordem em que foram postos pela defesa, a saber:

1. *Local de lavratura* - A previsão desta informação está presente na alínea "a" do Inc. II do Art. 15 do RPAF-Ba - Dec. 7629/99, que obriga-se a está citada nos atos e termos processuais de abrangência do dito Regulamento. Ora, o Termo de Encerramento de Fiscalização, documento que integra o auto de infração e é lavrado intrinsecamente em conjunto com o mesmo, informa cristalinamente a repartição fazendária como o local de lavratura. Ignora-se, pois, o real motivo deste apontamento da empresa, que nos parece absorto, carente de objetivo.
2. *Falta de discriminação de notas fiscais e valores* - Apenas não nos parece que o Nobre Defendente e nós estejamos tratando do mesmo documento, pois as fls. 07 a 19 do PAF constituem os demonstrativos de suporte de todas as infrações, e nelas se percebe claramente a presença dos dados reclamados. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia cd entregue em mãos à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração (fl. 21 do PAF).
3. *Clareza da acusação* - Além de todos os demonstrativos estarem claríssimos, durante a ciência do auto de infração ao preposto da empresa, foi-lhe explicado, caso a caso, em que se constituíam cada uma das infrações. Deu-nos a entender sua perfeita compreensão de cada um dos casos.
4. *Princípio da não-cumulatividade* - Nenhuma das infrações e nenhum dos valores de imposto cobrados fere o princípio. Como não houve qualquer apontamento específico, nos poupamos de fazer maiores elucidações.
5. *Direito ao crédito e sua escrituração* - Corroboramos com todas as palavras da Defesa que se apresentam em consonância à legalidade da escrituração fiscal atual.
6. *Percentual de multas superior a 2%* - Receio que não poderemos ir contra o Art. 42 da lei 7014/96. Receamos ainda que qualquer exigência neste caminho, em sede administrativa ou judicial, não produzirá o efeito desejado.
7. *Falhas de Sistema* - Nesta citação, a empresa admite erros internos no seu sistema. Mas não indica com clareza a extensão deles ou a vinculação deles às infrações apontadas.
8. *Presunção da venda de mercadorias sem nota fiscal* - Não sustentamos esta ocorrência entre as acusações. Nenhuma das infrações aponta para o fato combatido.
9. *Provas Suficientes* - Não podemos ajudar a empresa neste particular sem haver o apontamento das infrações sobre as quais sustenta a aludida "falta de provas". Garantimos que todas as infrações têm seus demonstrativos de suporte anexos no auto de infração.
10. *Confisco das multas* - Como se trata de item teórico, talvez do campo constitucional, ou no mínimo no âmbito do Código Tributário Nacional, nos eximimos de comentar por fugir à nossa alçada.
11. *Princípio da Progressividade* - Discordamos veementemente que uma empresa só tenha que pagar imposto até o limite do seu lucro. Isso seria uma catástrofe para qualquer atividade de administração tributária num país como o nosso, onde o sistema nacional nem conhece os que têm em relação àquilo que tem, e os que ganham em relação a quanto ganham. Aliás, da economia feita com o imposto não recolhido, conforme as infrações apresentadas se pode depreender que houve geração de riqueza suficiente para a contemplação das cobranças havidas. Os demonstrativos anuais da empresa garantem isso.
12. *Nulidade X improcedência* - Incabíveis, a nosso ver. A empresa mal contestou de fato as acusações, não citou qualquer valor indevido, não apontou qualquer elemento gritante no trabalho fiscal, enfim, quase concordou tacitamente com tudo.

Ratifica que não houve qualquer argumentação diretamente oposta à infração, que buscasse elidir, ou contestar os valores dos itens, ou os valores registrados no livro de saídas, ou qualquer diferença aritmética; que não houve qualquer crítica às datas, aos fatos apontados, ao conceito do fato gerador utilizado, à descrição e pertinência da infração acusadora.

Diz se surpreender de como todos os valores dos itens estão originariamente íntegros nos arquivos EFD, mês após mês, cada um deles perfeitamente coerente com as notas fiscais a que pertencem e, no entanto, os valores que vão para o livro de registro de saídas, montados automaticamente pelo programa SIAF, que foi utilizado para carga dos arquivos e desdobramento dos dados, surge diferentes daqueles, todos em percentual menor, quase linear.

Sugere uma posição intencionalmente projetada e obtida pela empresa na manipulação dos dados.

Ao final, pede o reconhecimento da Procedência Total do feito.

VOTO

Preliminarmente foi arguida a nulidade do lançamento porque o Auto de Infração não foi lavrado no estabelecimento do infrator. O autuado alegou, também, a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que deram origem a autuação, entendendo que não houve clareza, e que tudo isso cerceou seu direito de defesa.

Inicialmente devo observar que o §1º do art. 39 do RPAF-BA/99 prevê que “*O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração*”. No caso em análise, o Auto de Infração foi lavrado *na repartição fazendária*, portanto, em conformidade com a legislação.

Em relação às demais preliminares suscitadas, também, melhor sorte não cabe ao impugnante, pois da análise do Auto de Infração, depreende-se que o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa. O autuante elaborou demonstrativos (fls. 07 a 11) que detalham a apuração do imposto lançado. Nesses demonstrativos, do qual o autuado recebeu também cópia completa (fl. 13), inseridas na mídia à fl. 15, constam, dentre outras informações, a data da ocorrência das infrações, os valores das operações, a base de cálculo do imposto lançado, a alíquota e o imposto exigido, sendo que o “Demonstrativo das Saídas Por Cupom Fiscal 2016/2017”, relaciona e discrimina todos os documentos fiscais que foram objeto da autuação.

Dessa forma, ficam afastadas as preliminares suscitadas, pois o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, não sendo constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde, não havendo do que se falar em nulidade do ato, nem ofensa às determinações do art. 142, do CTN.

No mérito, a infração cuida de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os cupons fiscais (constantes da EFD) e o que foi escriturado no Livro Registro de Saídas e no RAICMS.

Em sua defesa, o autuado alega que a infração não procede, afirmando que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente.

Diz que o autuante desprezou a base de cálculo constante no SPED, que estava diferente do valor dos produtos, e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada. Argumenta que houve falha no sistema.

Entende, ainda, que o procedimento natural esperado dos fiscais para detectar se houve a omissão de saídas seria o levantamento analítico de estoques.

Todavia, compulsando os elementos constantes nos autos, verifico que não assiste razão ao impugnante, uma vez que os demonstrativos que compõem o processo evidenciam o cometimento da infração.

O “Demonstrativo da Divergência Entre Docs Fiscais x Laicms – Saídas CF 2016/2017” (fl. 07) elenca, sinteticamente, os totais diários das vendas registradas no Livro Registro de Saídas (valor contábil, base de cálculo e ICMS), que em comparação com os reais totais diários dos itens (valor contábil, base de cálculo e ICMS) identificados nos cupons fiscais gravadas nos arquivos EFD recebidos para fiscalização, demonstram as diferenças apontadas na autuação.

Consta na mídia à fl. 15, o arquivo completo do Livro de Registro de Saídas 2016/2017 - organizado por data/documento, incluindo as NF, NFE, CF e NFC-e, compreendendo todo o período, totalizado por dia, que serviu de base para elaboração do demonstrativo logo acima mencionado, uma vez que o total dos CF – Cupons Fiscais nele lançado, destoa das efetivas saídas, conforme evidenciado no “Demonstrativo das Saídas Por Cupom Fiscal 2016/2017”.

O “Demonstrativo das Saídas Por Cupom Fiscal 2016/2017”, também constante de forma completa na mídia (fl. 15), arrola, item por item, todas as saídas por venda por cupom fiscal no período fiscalizado, mostrando o valor contábil, a base de cálculo e o ICMS debitado, totalizado por mês, evidenciando as divergências com o Livro de Registro de Saídas, apontadas no primeiro demonstrativo acima citado.

Por outro lado, o autuado apenas nega o cometimento da infração, sem, contudo, apresentar qualquer documento ou demonstrativo que possa indicar algum erro no levantamento realizado pelo preposto fiscal.

O entendimento defensivo de que o procedimento para detectar se houve a omissão de saídas seria o levantamento estoques, não tem pertinência, uma vez que a acusação imputada trata de recolhimento a menos em decorrência de divergência entre o valor escriturado e o efetivamente devido, com base nos cupons fiscais de saída do contribuinte, informadas na EFD.

Ademais, o próprio sujeito passivo admite em sua peça defensiva de que houve falha no seu sistema. Tal argumento chega a constituir uma confissão do cometimento do ilícito fiscal.

Com o devido respeito, as alegações defensivas são genéricas, vagas e, portanto, incapazes de desconstituírem a infração apurada pelo autuante, a qual está devidamente demonstrada e comprovada nos autos.

Nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuisse, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações. No entanto, em sua defesa o autuado apenas nega a acusação que lhe foi imputada, não trazendo aos autos nenhum documento comprobatório do quanto alegado.

Vale, ainda, observar que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do supra citado regulamento.

Assim, a infração subsiste integralmente, ressaltando que esta Junta de Julgamento não tem competência para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade ou ilegalidade do direito posto (art. 167, do RPAF/99), sendo que a multa aplicada encontra-se estabelecida em lei, não havendo do que se falar em confisco.

Diante do 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 206958.0008/18-3, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser

intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.147.875,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA