



Decisão nº 086/2017

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL – CAF.
DIVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – DPAF
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. DECISÃO Nº 086/2017**

PROCESSO Nº 559/2016

AUTUADO: WELITON DE ALENCAR AMORIM

CGF: 24.018129-2

ENDEREÇO: Av. Ataíde Teive nº 7435 – Alvorada – Boa Vista/RR

ADVOGADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES

ENDEREÇO: Av. Marginal Pinheiros, 5200, Cond. América Business Park

Ed. Montreal, 6º andar, Jardim Morumbi - São Paulo- SP

Cep: 05.693-000

FISCAL AUTUANTE: Márcio Aparecido Pereira Picolli O S nº 2358/2015

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 00876/2016

Ementa: ICMS. – Obrigação principal. – Falta de pagamento. – Apuração através de verificação fiscal analítica. - Levantamento com base no SPED-EFD, memória fiscal do ECF e demonstrativo da conta caixa - Lançamento com base (art. 859, incisos I e IX do RICMS/RR). - Impugnação: Nulidade em razão da ausência dos elementos quantitativos da obrigação tributária, prejuízo à ampla defesa, no mérito: Improriedade técnica na análise das saídas, sem respaldo legal, procedimento falho; infração não provada e multa confiscatória. - Preliminar de nulidade rejeitada, as planilhas são esclarecedoras, bem como, consta informações no termo de conclusão e ainda consta o CD -mídia (fls. 027) com SPED fiscal; arquivo digital ECF dos equipamentos 21 e 23 e dos demais ECF's documentação impressa; folhas de pagamentos e recolhimentos efetuados. - Infração configurada. - Auto de infração procedente.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração nº 00876/2016, lavrado em 01/04/2016, o Fisco estadual exige da empresa identificada na epígrafe, o valor de R\$ 950.865,85 (novecentos e cinquenta mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos), a título de ICMS, multa e juros, por falta de pagamento do ICMS normal, não escriturado e não declarado em GIM e/ou GIAM, apurados através de levantamento verificação fiscal analítica, no exercício de 2012.

A irregularidade foi identificada como infração ao artigo 71, do Regulamento do ICMS/RR, aprovado pelo Decreto nº 4335-E/2001. E aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso I, alínea "g" da Lei nº 059/93. Multa de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto.

Para consubstanciar a acusação oficial, a fiscalização fez juntar aos autos os seguintes documentos: Quadro de Atualização Monetária e Valores a Recolher



Decisão nº 086/2017

(fls. 03); Ordem de Serviço nº 2358/2015 (fls. 04); Termo de Início de Fiscalização (fls.05); Termo de Recebimento de Documentos (fls.07); Resumo da GIM ano 2012 (fls. 08); Demonstrativo da conta caixa meses de janeiro a julho/2012 (fls. 09/11); Apuração de saídas por Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF's de nº 15 a 23 meses de setembro a dezembro/2012 (fls. 12/15); Demonstrativo de operações de saídas e débitos (declarados, apurados pelo fisco e diferença encontrada) base do trabalho fiscal (fls. 16/17); Extratos de pagamentos de tributos estaduais (fls. 18/ 26); CD-mídia (fls. 27); Cópias e listagem de leitura de memória fiscal e reduções Z (fls. 28/164); cópias dos comprovantes de despesas com folha de pagamentos (fls. 165/226); Pedido de autorização e termo para prorrogação de ação fiscal (fls.227/228); Termo de encerramento de fiscalização (fls.229); Termo de conclusão e notas explicativas (fls. 230/234); Termo de devolução de documentos (fls. 235) e Aviso de Recebimento (fls. 237).

Intimada regularmente a apresentar impugnação ou liquidação ao auto de infração, a autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 243/264) e anexos (fls. 265/305), nos seguintes termos:

Preliminarmente:

1) Nulidade: Ausência de evidenciação dos elementos quantitativos da obrigação tributária – Afronta à ampla defesa.

Que a autuação versa sobre suposta falta de recolhimento do ICMS não escriturado e não declarado em GIM, no entanto foram apresentados os arquivos EFD-SPED, com os livros fiscais, relativos aos meses questionados;

Que não há prova da acusação, pelo artigo 373, I do novo CPC/2015 “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”, fato não provado é inexistente;

Que caberia ao fisco comprovar que a escrita fiscal do contribuinte em confronto com as informações contantes no arquivo SPED; notas fiscais eletrônicas de entradas e saídas e reduções Z, estivessem em desacordo com a legislação do ICMS, o que não ocorreu;

Que a fiscalização deveria indicar de forma clara, quais seriam os elementos quantitativos que lastrearam o débito exigido, para se aferir liquidez e certeza ao lançamento, requisitos essenciais.

No mérito:

2) Da impropriedade técnica da análise das saídas do período – violação ao princípio da legalidade, fiscalização realizada em confronto com o RICMS (Dec. 4.335-E/2001) e Lei nº 072/94.

Que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, assim, qualquer atitude tendente a cobrar tributos sem o devido respaldo legal estará manifestamente transgredindo o princípio em questão;

Que os equipamentos ECF's utilizados foram autorizados pelo fisco local por cumprirem rigorosamente as regras previstas no convênio ICMS 85/2001 e



Decisão nº 086/2017

outros, inclusive para o compulsório registros das operações não fiscais, conforme expressam os destaques feitos no Termo Descritivo Funcional ECF-PAF em anexo;

Que a fiscal apresentou planilhas saídas totalmente inverossímeis, provavelmente, registros de valores anteriormente declarados e somente agora recebidos, e que precisam figurar com op. contábil para efeito de funcionamento da conta caixa, que a escrita contábil se quer foi solicitada;

Que no termo de conclusão, não há explicações para utilização das bases para cobrança do imposto.

3) Exacerbação na aplicação da multa e juros sobre multa. Violação ao princípio do não confisco. Entendimento consolidado do STF.

Que a multa prevista na legislação estadual tem caráter confiscatório, em detrimento ao previsto na Constituição Federal, art. 150, inciso IV, que veda a aplicação do confisco tributário, não fazendo, inclusive qualquer distinção com relação a tributos, contribuições, juros ou multas, ao admitir a aplicação da multa, estar-se-ia violando a garantia constitucional do direito de propriedade. Trazendo vasta jurisprudência.

Do Pedido:

Requer seja acolhida a presente impugnação, decretando a insubsistência da cobrança, anulando-se o auto de infração nº 876/2016.

Em caráter estritamente subsidiário requer seja relevada ou reduzida a multa aplicada, em patamar condizente com a realidade dos fatos e condição econômica da impugnante.

É em linhas gerais o sucinto relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

Consoante o relatório supra, a acusação erigida na inicial é a falta de pagamento do ICMS normal sobre operações tributáveis não escrituradas e não declaradas, constatado através do levantamento fiscal, nos termos do artigo 71 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335- E/2001, exercício de 2012.

Examinando-se as peças contidas nos autos, constata-se que a Verificação Fiscal Analítica é procedimento válido para apuração dos créditos prevista no RICMS/RR e assim foi feito, conforme previsão contidas nos artigos 858 e 859 , incisos I e IX.

Ainda em relação às disposições sobre os procedimentos da ação fiscal, assim dispõe o RICMS/RR, no capítulo que trata sobre o levantamento fiscal:

Art. 858. Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:



Decisão nº 086/2017

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais subsidiários;

Art. 859. Presumir-se-á operação ou prestação tributável não registrada, quando se constatar:

I – suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, quer esteja escriturado ou não;

IX – o pagamento de aquisições de mercadorias, bens, serviços, despesas e outros ativos e passivos, em valor superior às disponibilidades do período;

Por meio do arquivo SPED – EFD e utilizando-se da ferramenta fiscal Auditor Eletrônico, gravados em mídia (fls. 27), tomando por base as informações declaradas na GIM- Guia de Informação Mensal, conforme esclarece no termo de conclusão fls. 230/234, há total divergência nos valores da EFD com os valores declarados ao fisco em GIM, levando a conclusão que a escrita fiscal do contribuinte não corresponde ao movimento real tributável, tendo em vistas as inconsistências apresentadas, desta feita, foi solicitado documentos para subsidiarem o trabalho fiscal, tais como, memória fiscal e redução “Z” dos equipamentos emissores de cupom fiscal -ECF; banco de dados da SEFAZ e outros.

No que pese as solicitações mencionadas não foi fornecida pela empresa nenhuma documentação inerente aos ECF's de janeiro a julho de 2012 e nem livros contábeis solicitados via termo de início de fiscalização, bem como, em relação a documentação de agosto a dezembro, foi apresentado em mídia apenas os equipamentos ECF 21 e 23 nos termos do padrão Ato Cotepe nº 17/04, os demais foi entregue documentação impressa anexa as fls. 028/163.

Diante da ausência de informações e documentos que pudessem comprovar a efetividade das operações praticadas, restou necessário realizar o levantamento fiscal nos termos do art. 859, I e IX do RICMS, através do demonstrativo da conta caixa, anexo I, tomando por base os custos de aquisições de mercadorias de cada período, conforme valores declarados nas GIMs, bem como, as despesas básicas necessárias a manutenção das atividades da empresa entre elas gastos com folhas de pagamentos e respectivos encargos (fls. 165/226); desembolsos com tributos estaduais pagos em cada período (fls. 18/26); os tributos federais suportados pela empresa em cada período e demais despesas essenciais à manutenção das atividades.

Feita as considerações iniciais passamos as alegações da impugnante:

Inicialmente pede a nulidade do auto de infração por ausência dos elementos quantitativos da obrigação tributária, afronta ao princípio da ampla defesa. No mérito: que o fiscal apresentou planilhas inverossímeis, provavelmente, com registros de valores anteriormente já declarados, com inclusão dos livros fiscais e EFD e valores dos totalizadores parciais das operações não fiscais; que a acusação não está provada e ainda, foi utilizado métodos contrários a legislação tributária.



Decisão nº 086/2017

Não vislumbramos as nulidades arguidas, carência de elementos quantitativos, motivação e cerceamento de defesa por ofensa ao princípio da ampla defesa do contribuinte, cabe ressaltar que a fiscalização trouxe aos autos de forma bastante específica, precisa e taxativa a descrição dos fatos que ensejaram a emissão do auto de infração, bem como, das circunstâncias em que os atos foram praticados.

Agiu a fiscalização estritamente nos limites impostos pela legislação tributária, recompondo a conta de débitos e créditos da impugnante e cobrando o que entende como direito aos cofres públicos do estado.

No termo de conclusão (fls.230/234), o autuante detalhou o procedimento adotado, há conexão de identificação entre acusação e os fatos ensejadores da conduta fiscal ora questionada, com espeque nos princípios da legalidade e da ampla defesa, utilizando-se de técnicas de fiscalização seguindo padrões lógicos, concebendo o arcabouço com elementos formais essenciais à validade da peça vestibular, não configurando assim cerceamento de defesa.

Perscrutando o auto de infração e os documentos probatórios anexos, quais sejam, as planilhas e o CD, este contendo o arquivo EFD- SPED, reduções Z dos ECF 21 e 23, contém também nos autos: cópias dos demais ECF's documentos fls. 28/164; cópias de folhas de pagamento e encargos fls. 165/224, pode-se constatar claramente de onde vieram os valores, de saídas não declaradas ao fisco. Assim, a descrição do fato gerador, consubstanciada com o termo de conclusão e planilhas que integram a peça de acusação, bem como, o demonstrativo de operações de saídas e débitos (declarado e apurado) fls. 16/17, estes compreendem partes integrantes do auto de infração, buscando esclarecer perfeitamente todo o procedimento fiscal e reúnem elementos que afastam qualquer possibilidade de acolhimento da tese de iliquidez e incerteza capaz de provocar cerceamento de defesa.

Superada a preliminar de nulidade arguida passamos ao mérito:

Há de registrar que para análise da escrita fiscal do contribuinte, existem vários critérios adotados pela fiscalização visando desvendar a verdade dos fatos eventualmente ocorridos, e um deles é a análise dos lançamentos espontâneos feitos pelo contribuinte, declarados em GIM e os extraídos em sua escrita fiscal, bem como, documentos subsidiários notas fiscais eletrônicas, memórias fiscais dos ECF's, demonstrativo da conta caixa, entre outros sendo este o utilizado pelo fisco.

De início foi detectado divergências entre os valores declarados em GIM e os valores constantes no arquivo da EFD-SPED, no tocante, as saídas (vendas), sendo necessária a análise de outros documentos fiscais complementares, solicitados todos via termo de início, diante da omissão da empresa na entrega da leitura da memória fiscal e redução Z, dos equipamentos emissores de cupom fiscal, janeiro a julho/2012,



Decisão nº 086/2017

a fiscalização utilizou o demonstrativo da conta caixa anexo I, procedimento fiscal, previsto na legislação artigo 859, incisos I e IX do RICMS/RR .

Assim, nos períodos em que na recomposição da conta caixa, resultou saldo credor em conta tipicamente devedora, presumiu-se que houve a omissão de receitas decorrentes de operações tributadas de saídas de mercadorias e consequentemente falta de recolhimento do ICMS, conforme dispõe no RICMS/RR, dispositivos citados acima.

Importante destacar que a utilização de presunção pela Fiscalização não inibe a apresentação de provas por parte do contribuinte em sentido contrário ao fato presumido. Antes, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutá-la.

Considera-se, pois, como plenamente aceitável em Direito Tributário o uso de prova indireta, ou seja, o indício e a presunção, especialmente nos casos de supressão de tributos.

Trata-se como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à autuada. A Fiscalização cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, no caso em comento, de início, divergência nos valores declarados em GIM e os valores apresentados no SPED - EFD, diante da impossibilidade de buscar os valores das vendas, face a não entrega por parte da autuada da memória fiscal e redução Z dos equipamentos ECF's de janeiro a julho/2012, buscou outra técnica da recomposição da conta caixa. Vale Salientar que não foi fornecida pela autuada os livros contábeis razão e diário, ainda que intimado via termo de início de fiscalização.

Diante dessa realidade, a autoridade fiscal entendeu, fundado em presunção legal derivada da legislação, não merecer fé o valor declarado como vendas pela empresa em seus documentos fiscais.

O arbitramento é uma técnica autorizada a fiscalização quando fundada suspeita de que os documentos fiscais não refletem a realidade das operações e ainda, de que o contribuinte não está emitindo regularmente documentação fiscal relativa as operações ou prestações que promove, conforme disposto no art. 21, inciso VI da Lei nº 059/93 combinado com o art. 35, inciso VI do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001

Há de se verificar que as Planilhas anexas são autos explicativas, meras demonstrações contábeis, utilizando a aritmética elementar, não há como se falar em rejeição, mas tão somente em declarar ao fisco o que verdadeiramente ocorreu, tendo como base as operações realizadas.



Decisão nº 086/2017

Não há que se falar que o autuante baseou-se nos livros fiscais e EFD e ainda, teria incluído novamente para tributação os valores extraídos dos totalizadores parciais as operações não fiscais, como quis fazer crer a defesa, analisando as planilhas ECF's de setembro a dezembro, encontramos os valores de vendas de mercadorias e separação das operações por alíquotas de 12% ; 17%; 25% , excluídas as já tributadas.

Assim sendo, não foram carreadas aos autos pela impugnante, provas capazes de desconstituir o lançamento fiscal, correspondente a falta de pagamento do ICMS não escriturado e não declarado em GIM, apurados através de levantamento fiscal.

Por fim, que a multa estabelecida na inicial tem caráter confiscatório nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal. In verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV- utilizar tributo com efeito de confisco.

Como se observa, a aplicação do postulado tributário do não confisco não deve ser estendida às multas, visto estas não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízo ao Estado. Portanto, não estão limitadas ao preceito constitucional anteriormente transcrito.

Além disso, os agentes do fisco deste estado atuam nos limites da Lei nº 059/93 (Código Tributário Estadual) e do RICMS/RR (aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico – administrativo.

Ainda, para desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade. E, não cabe aos Tribunais Administrativos, adentrar nessa seara pretendida.

Sendo assim, considerando tratar-se de matéria de fato, devidamente comprovada, deve-se manter a exigência fiscal sem reparos, exigindo-se o pagamento do imposto acrescido das penalidades estabelecidas na Lei nº 059/93.

DESPACHO DECISIVO:



Decisão nº 086/2017

Considerando as fundamentações de fato e de direito, recebo a impugnação de fls. 243/264, nego-lhe provimento e julgo procedente o Auto de Infração nº. 00876/2016, decidindo pela manutenção da cobrança ali formulada, haja vista restar comprada a acusação apontada na inicial.

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte nos termos do artigo 54, § 2º da Lei nº. 72, de 30 de junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto nº. 856, de 10 de novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para seu conhecimento.

Boa Vista - RR, 08 de junho de 2017.

Rozinete Araújo de Moraes Guerra
Julgadora de primeira instância

ESTADO DE RORAIMA