



CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAF
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS - DPAF.
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. DECISÃO Nº 154/2017

PROCESSO Nº: 1155/2016

AUTUADO: DISTRIBUIDORA RODRIGUES EIRELLI - ME

CGF: 24.025805-5

ENDEREÇO: Av. Nazaré Filgueiras nº 2943 – Alvorada - Boa Vista/RR

FISCAL AUTUANTE: Jorge Henrique Teixeira Verde O S nº 1383/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1824/2016

Ementa: Multa – Saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. – Descumprimento de obrigação acessória. - Produto sujeito a substituição tributária. - ICMS pago por antecipação. - Apuração através do levantamento quantitativo e financeiro por espécie de mercadorias (L.Q.E.M) com base nos arquivos SPED-EFD. - – Lançamento previsto no art. 858, II e III do RICMS/RR. - Impugnação: Preliminarmente argui a nulidade, vez que o auto de infração não está devidamente instruído, tanto na fundamentação quanto no relatório de fiscalização; que o ônus da prova é da administração; que a multa no patamar estabelecido é exorbitante, ferindo o princípio da razoabilidade e do confisco. - Argumentos acolhidos em parte. - Nulidade rejeitada. - o CD - mídia (fls. 22) contém todos os levantamentos necessários, o produto selecionado, a digitação das notas fiscais de entradas e saídas e os estoques, ao final do levantamento resumo geral e base de cálculo, ainda, consta o termo de conclusão e notas explicativas, quanto a multa aplicada, o ICMS foi pago por antecipação (entrada), a saída é sem débito não há tributação, portanto, deve ser recapitulada para a disposta no § 2º, inciso II do art. 69 da Lei nº 059/93, com percentual de 5% (cinco por cento) do valor da operação. – Infração caracterizada. – Auto de infração parcial procedente.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração nº 1824/2016, lavrado em 14/09/2016, o Fisco estadual exige da empresa identificada na epígrafe, o valor de R\$ 2.084.944,33 (dois milhões, oitenta e quatro mil, novecentos e quarenta e quatro reais e trinta e três centavos), a título de multa isolada por “saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais próprios para operações já tributadas”, produto óleo de soja, constatado através de levantamento quantitativo e financeiro por espécie de mercadorias no exercício de 2015 e 2016, base de cálculo, anexos (fls. 015/017 e 019/021).



Decisão nº 154/2017 2

A irregularidade foi identificada como infração aos artigos 143, incisos XXII e XXIII e art. 184, inciso I, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 4.331-E/2001.

Foi aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso III, alínea "a" da Lei nº 059/93, com redação dada pela Lei nº 244/99. Multa de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da operação.

A fiscalização fez juntar aos autos os seguintes documentos: Ordem de Serviço nº1383 (fls.03); Termo de início de fiscalização (fls.04); Instrumento de Procuração (fls. 05/06); Intimação (fls.08); Contagem de estoque realizada em 26/07/17 (fls.09); Intimações datadas de 12/08 e 31/08/16, (fls. 11/12); Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 18); Termo de Conclusão (fls. 19/22) e FAC (fls. 025-v).

Consubstanciando a acusação oficial foram juntados: Levantamentos do produto constante no CD que saíra sem notas fiscais e Base de Cálculo (fls. 13/16); CD- mídia fls. 17; contendo XML das notas fiscais dos exercícios de 2015 a julho/2016, Arquivo SPED FISCAL, Planilhas de Fiscalização e Levantamento Quantitativo Financeiro Diário de 2015 a julho/2016.

Intimada regularmente a apresentar impugnação ou liquidação ao auto de infração, a autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 27/39), em síntese:

Que está ausente a fundamentação necessária para a condução de defesa do contribuinte, que o Decreto Federal nº 70.235/72, impõe à autoridade autuante que instrua o ato de lançamento com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de provas indispensáveis à comprovação do ilícito;

Que falta a explicação no relatório de conclusão sobre a maneira utilizada para este apurar a real situação das mercadorias relacionadas como saída sem documentos fiscais;

Que o ônus da prova neste momento é da administração e não do administrado, decorrente do dever que tem a administração de fundamentá-los. Assim sendo o auto de infração deverá ser anulado;

Que a multa no patamar estabelecido de 40% (quarenta por cento), torna-se confiscatório;

Que o autuante deixou de observar os princípios constitucionais, entre eles o da motivação, da razoabilidade, da verdade real e da equidade;



Que o percentual aplicado torna-se exagero e contraria os entendimentos e as diversas decisões provenientes do Judiciário em especial dos Tribunais Superiores (STF e STJ), trazendo vasta doutrina e jurisprudência;

Que o valor da multa é ilegal, a referida penalidade tem natureza confiscatória e afronta o princípio da capacidade contributiva.

Pelo exposto, requer seja julgado improcedente, na sua integralidade com a automática relevação e arquivamento do auto de infração 1823/2016.

Em caso do não acolhimento do pedido anterior, seja revista a multa aplicada de 40% (quarenta por cento), sendo aplicado o percentual de 17% (dezessete por cento) na forma do entendimento do STF, recalculando os valores totais.

É em linhas gerais o sucinto relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A acusação apontada nos autos refere-se a saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais próprios, produtos submetidos ao regime de substituição tributária, operações já tributadas anteriormente, apurados através de levantamento quantitativo e financeiro por espécie de mercadorias, conforme previsão art. 858, inciso II e III do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001, in verbis:

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

(...)

II – levantamento quantitativo de mercadorias;

III – levantamento quantitativo financeiro;

No caso em comento, está sendo utilizado o levantamento quantitativo e financeiro diário por espécie de mercadorias, onde o valor do Estoque inicial mais as compras é igual ao Estoque final mais as saídas, havendo diferença implica em entrada, ou saída de mercadorias sem os respectivos documentos fiscais, neste caso, saída de mercadorias sem notas fiscais, ensejando a cobrança de multa, vez que o ICMS foi pago na entrada da mercadoria, havendo, portanto, o descumprimento da obrigação acessória.

A capitulação da infração “saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais próprios, operações já tributadas anteriormente”, está fundamentada nos termos dos artigos 143, incisos XXII e XXIII e art. 184, inciso I,



Decisão nº 154/2017 4

todos do Regulamento do ICMS, Decreto nº 4.335-E/2001, e a penalidade apontada foi a disposta no art. 69, inciso III, alínea “a” da Lei nº 059/93, com redação dada pela 244/99, multa de 40% (quarenta por cento) do valor da operação.

Feito os esclarecimentos iniciais passamos analisar as questões levantadas pela empresa através de impugnação apresentada as fls. 27/39.

Preliminarmente, nulidade em razão dos seguintes fatos:

Que o fiscal autuante não demonstrou com clareza e objetividade a infração cometida, estando ausente a fundamentação necessária para a conclusão da defesa do contribuinte, contrariando o disposto no art. 9º do Decreto Federal nº 70.235/72; que faltou a explicação da forma utilizada para apurar a infração apontada de saída de mercadorias sem documentos fiscais. E, ainda, a multa aplicada no patamar estabelecido é confiscatória.

Não vislumbramos as nulidades arguidas, carência de elementos que demonstre com clareza e objetividade a infração cometida, gerando cerceamento do direito de defesa, cabe ressaltar que a fiscalização em seu termo de conclusão (fls. 19/22), descreve o passo a passo da elaboração do trabalho fiscal, a metodologia utilizada, a documentação que servira de base, cujo levantamento sintetizado com quantidade, preço e base de cálculo se encontra as fls. 13/16, para o período fiscalizado .

O Levantamento Quantitativo Financeiro por Espécie de Mercadoria, com a digitação do estoque inicial, as notas fiscais de entradas, as notas fiscais de saídas e o estoque final se encontra em mídia (fls. 17), no CD, além do LQFEM com 60 (sessenta) laudas para o exercício de 2015 e 30 (trinta) laudas, para o exercício aberto de 01 de janeiro a 26 de julho de 2016, consta, ainda, o XML das notas fiscais dos períodos já indicados, os arquivos do SPED Fiscal e as planilhas de fiscalização.

Para o ano de 2016 (exercício aberto) a empresa foi intimada apresentar acompanhante para o levantamento do estoque (fls.08), cuja contagem foi efetuada em 26 de julho de 2016 e se encontra as fls. 09, na conformidade do § 1º, incisos de I a IV do art. 858 do RICMS.

Portanto, entendo que consta nos autos todos os elementos que ensejaram a emissão do auto de infração, bem como, das circunstâncias em que os atos foram praticados.



O auto de infração observou os requisitos formais e legais necessários e suficientes para sua plena eficácia, estando amparado, dentre outros, em dispositivos da legislação estadual e do Código Tributário Nacional, estando presentes todos os elementos do artigo 142 do CTN.

Em seu termo de conclusão, o autuante detalhou o procedimento adotado, há conexão de identificação entre acusação e os fatos ensejadores da conduta fiscal ora questionada, com espede 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.

O trabalho laborado pelo fisco foi efetuado com base nas informações prestadas através do SPED sigla de Sistema Público de Escrituração Digital, consiste na modernização do cumprimento das obrigações transmitidas pelos contribuintes às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores (Decreto nº 6.022 de 22/01/07).

Através do arquivo SPED-EFD e, utilizando da ferramenta Auditor Eletrônico, foi possível sintetizar as movimentações de entradas e saídas de mercadorias relativas ao período, bem como, a apuração do ICMS.

Assim, o levantamento em questão consiste em uma simples operação matemática de soma e subtração, na qual o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Conforme Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - Anexo III (fls. 14 e 16), se encontra o produto “Óleo de Soja Concórdia 900ml que saiu sem notas fiscais, produto este, submetido ao regime de substituição tributária, cujo pagamento do ICMS se deu na entrada da mercadoria no estado, incidindo apenas a multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Através dos documentos juntados aos autos das fls. 64/100, verificamos que o ICMS das notas fiscais de entrada do produto Óleo de Soja Concórdia, do período fiscalizado, todas tiveram o imposto recolhido, vide relatório débitos pagos e não pagos do contribuinte.

As saídas das mercadorias sujeitas a substituição tributária, saem sem débito do imposto, visto que, na entrada o imposto fora recolhido até o consumidor final, implica dizer que já foram tributadas nas demais fases de comercialização, ou seja, o contribuinte não se credita por ocasião da entrada e também não se debita nas saídas, assim, nas operações internas com esses produtos saem sem tributação.



Desta feita, entendo, que a multa aplicada do art. 69, inciso III, linha “a” da Lei nº 059/93 com redação dada pela Lei nº 244/99, deve ser reticada com base no parágrafo 2º inciso II deste artigo, vejamos:

Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I - (...)

III - Infrações relativas à documentação fiscal:

a) entregar, transportar, receber, estocar, depositar ou promover a saída de mercadoria sem documento fiscal, ou com documento fiscal inidôneo; multa de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, sem prejuízo da cobrança do imposto;

2º. As multas previstas neste artigo, quando relacionadas com infrações pertinentes a operações ou prestações isentas ou não tributadas, serão:

I – aplicadas com redução de 50% (cinquenta por cento), quando baseadas na UFERR; e ;

II – substituídas por 5% (cinco por cento) do valor da operação ou prestação respectiva, nos demais casos.

Isto posto, com arrimo na regra do artigo 55 do Decreto nº 856/94, retifico a cobrança da multa de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, para disposta no § 2º, inciso II do art. 69 da Lei nº 059/93, passando o valor do crédito tributário para:

Valor da Operação R\$ 5.212.360,83 X 5% = 260.618,04 a título de multa isolada, por saída de mercadorias sem documentos fiscais para operações já tributadas.

Destaca-se que, embora já tenha sido recolhido o ICMS do produto em questão, toda mercadoria tem que sair acompanhada do seu respectivo documento fiscal, conforme consta das obrigações do contribuinte nos termos do art. 110 do Regulamento do ICMS, in verbis:

Art. 110. São obrigações dos contribuintes:

I - (...)

IX – entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente, o documento fiscal correspondente à operação ou prestação realizada;

XII – cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação;



Decisão nº 154/2017 7

Ante ao exposto, recebo a impugnação fls. 27/39, dou-lhe parcial provimento, retificando a multa com base no § 2º inciso II, da Lei nº 059/93, alterando o valor de 40% (quarenta por cento) do valor da operação para 5% (cinco por cento) do valor da operação, a título de multa isolada.

DESPACHO DECISIVO:

Considerando as fundamentações de fato e de direito, julgo parcial procedente o Auto de Infração nº. 001824/2016, decidindo pela retificação da multa com base no § 2º, II do art. 69 da Lei nº059/93, por saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais próprios, em operações não mais tributadas, constatado através de levantamento fiscal.

RECURSO DE OFÍCIO.

Em atenção ao disposto nos artigos 54, § 1º e 63 da Lei nº. 72, de 30 de junho de 1994, e nos termos do artigo 89, inciso I e § 1º, do § 6º do artigo 87, ambos do Decreto nº. 856 de 10 de novembro de 1994, interponho recurso de ofício ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais.

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, 01 de novembro de 2017.

Rozinete Araújo de Morais. Guerra
juizadora de primeira instância
Mat. 50001673