



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

RESOLUÇÃO Nº 98/17

CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO : 75ª EM: 09/11/17

PROCESSO : Nº 1033/2016

RECORRENTE : BIG TRADING E EMPREENDIMENTOS LTDA

RECORRIDO : DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS

AUTUANTE : MÁRCIO APARECIDO PEREIRA PICOLLI

RELATOR : ARIIVALDO AIRES DE OLIVEIRA

EMENTA: Tributário – ICMS – Falta de Pagamento – Multa – Saída de Mercadorias sem Documentos Fiscais para Operações já Tributadas Anteriormente – Apuração através de Levantamento Quantitativo e Financeiro por Espécies de Mercadorias com Base nos Arquivos SPED-EFD – Decisão Monocrática pela Procedência do Auto de Infração. – Recurso Voluntário. – Preliminar de Nulidade Alega Cerceamento de Defesa. – Recorrente Compreendeu e se Defendeu Claramente da Acusação Fiscal, não se Vislumbrando, assim Prejuízo ao Exercício da Ampla Defesa, a Constituição do Crédito Tributário Obedeceu todos os Requisitos Previstos no artigo 142 do CTN. - Rejeita-se preliminar arguida. No MÉRITO. - Resta Claro, que todo o Levantamento Fora Feito com Utilização de Procedimentos Tecnicamente Idôneos, com Utilização de Informações Transmitidas pela Própria Recorrente no SPED – EFD, conforme preceitua artigo 858, incisos II e III do Decreto nº 4.335-E/2001 do RICMS-RR – Infração Configurada – Recurso Voluntário Conhecido e não Provido – Autuação Procedente – Decisão por Unanimidade dos Votos.

RELATÓRIO

Teve início o presente processo administrativo tributário com a lavratura do Auto de Infração nº. 001742/2016, fls. 02, em 25/08/2016, contra a empresa BIG TRADING E EMPREENDIMENTOS LTDA, imputando a ela “Saída de Mercadorias sem Documentos Fiscais para Operações já Tributadas Anteriormente”, constatado através de Levantamento Quantitativo e Financeiro por Espécie de Mercadoria, conforme preconiza o art. 858, II e III do RICMS-RR, referente ao exercício de 2015.

A irregularidade foi identificada como infração aos artigos 143, XXII e XXIII; 184, I, todos do RICMS/RR, aprovado pelo Decreto nº. 4.335-E/01;

Foi aplicada como penalidade multa de 40% sobre o valor da operação, prevista no artigo 69, III, "a" da Lei 059/93, alterada pela Lei 244/99;

O valor do Crédito Tributário é de R\$ 49.681,15 (quarenta e nove mil, seiscentos e oitenta e um reais e quinze centavos) a título de MULTA.

Foram anexados os seguintes documentos a fim de comprovar a imputação: Ordem de Serviço nº 000708/2016 (fls.03); Início de Fiscalização (fls.04); Procuração (fls.05/06); CD- (fls.07) e, demais documentos conforme fls. 08/32.



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.02

A empresa requereu prorrogação de prazo para apresentar Impugnação, conforme fls. 35/36.

Intimada regularmente a recolher o Crédito Tributário ou impugnar a exação a Autuada apresentou Impugnação conforme fls. 42/47 com os seguintes argumentos e pedidos, em síntese:

Preliminarmente solicita a Nulidade do Auto de Infração em razão de que:

a) a Fiscalização não juntou aos autos as planilhas que demonstre a ocorrência do fato gerador do imposto que alegou ter ocorrido, nos termos dos §§ 1º ao 3º, do art. 66 do Decreto nº 856-E/94, ocasionando o cerceamento do direito de defesa;

b) dos procedimentos ilegais praticados pelo Fiscal Autuante, pois este se achou num direito (que não tem) de monitorar a referida empresa e, pior, registrar este comportamento ilegal. Neste intento elaborou um trabalho denominado de levantamento quantitativo financeiro Diário e fez em efetivo a contagem diária do estoque de mercadorias da empresa fiscalizada monitorando-a dia a dia, afrontando audaciosamente toda e qualquer baliza de ética e a proteção que o direito posto assegura ao cidadão de bem.

c) descumprimento dos arts. 142 do CTN e 71 do Decreto nº 856/94, que o auto de infração deve constar referencia clara a todos estes elementos, fazendo-se necessário, ainda, a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente.

DO MÉRITO

Deixamos de apreciar o mérito da causa, eis que totalmente impedido pelo fiscal autor do auto de infração que deixou de apresentar a prova da acusação. De fato, o CD contendo um complexo enorme de documentos que não provam nada, mas apenas demonstram a intenção do autor da exação de dificultar ao máximo ou mesmo impedir o fiscalizado de se defender.

Requer a nulidade do auto de infração e os demais atos fiscalizatórios até a emissão do termo de início de fiscalização, eis que o seu autor escondeu do fiscalizado de exercer o seu direito de defesa, agredindo assim regra do art. 5º, LV da Constituição da República.

Em eventual não acolhimento do pedido supra, que se declara a total improcedência da exação fiscal, visto ter se firmado em acusação não provada e existente.

Em Primeira Instância, o Auto de Infração foi julgado Procedente, conforme Decisão n. 112/2017, fls. 72/78, considerando que:



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.03

Não vislumbramos as nulidades arguidas, carência de elementos que demonstre com clareza e objetividade a infração cometida, gerando cerceamento de defesa por ofensa ao princípio da ampla defesa do contribuinte, cabe ressaltar que a fiscalização trouxe aos autos de forma bastante específica, em seu Termo de Conclusão, fls. 14/18, o passo a passo da elaboração do trabalho fiscal, bem como, a metodologia utilizada.

As planilhas e todo levantamento fiscal questionado pela empresa de forma impressa, se encontra no CD em mídia (fls.07), neste consta o SPED – EFD; notas fiscais eletrônicas próprias e de terceiros e nota fiscal consumidor, bem como, o Levantamento Quantitativo Financeiro por Espécie de Mercadorias e, ao final apresentando o resumo geral, para a lavratura do Auto de Infração, quais os produtos saíram sem notas fiscais, no caso em tela produtos submetidos a substituição tributária.

Destarte, ao lavrar o Auto de Infração observou-se os requisitos formais e legais necessários e suficientes para sua plena eficácia, estando amparado, dentre outros, em dispositivos da Legislação Tributária Estadual e do Código Tributário Nacional – CTN, estando presentes todos os elementos do artigo 142.

Conforme resumo geral do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, CD em mídia, fls. 07, no que se refere a este Auto de Infração, se encontra os produtos que tiveram saídas sem notas fiscais, todos submetidos a substituição tributária, razão pelo qual incidiu apenas multa isolada sobre o valor da operação, tendo em vista que estes produtos a tributação é na entrada, na forma dos artigos 734 e 735 RICMS-RR.

Não obstante, a Impugnante não trouxe provas capazes de elidir o Levantamento Quantitativo, portanto, correta a multa isolada cobrada, conforme apontados na inicial.

A autuada foi devidamente cientificada da decisão do julgador singular, fls. 79, apresentou tempestivamente Recurso Voluntário, fls. 83/100 com os seguintes argumentos e pedidos em resumo:

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

A Recorrente alega o cerceamento de defesa praticado pelo autor da exação fiscal ao não lhe oferecer as provas documentais que pudesse demonstrar a suposta infração cometida pela empresa fiscalizada e definiu o prazo de 30 dias para o contribuinte descobrir referida infração e se defender;



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.04

A douta julgadora de primeira instância não atendeu o reclame legítimo da Impugnante, alegando que a fiscalização trouxe aos de forma bastante específica, em seu Termo de Conclusão, fls. 14/18 o passo a passo da elaboração do trabalho fiscal.

Ora, sabendo que a Recorrente não apreciou o mérito, a douta julgadora deveria devolver à defesa o prazo para realizar tal mister. Como não o fez, isto também é cerceamento de defesa.

DO MÉRITO

A presunção da fiscalização foi que houve saída de mercadoria sem cobertura de nota fiscal para operações já tributadas anteriormente, ou seja, $EI+C > V + EF$, trata-se de uma presunção *juris tantum* em que para poder produzir tal juízo a fiscalização deve intimar o contribuinte para provar o contrário ou justificar o motivo da diferença encontrada. O fiscalizado tem o direito de ser intimado para apresentar justificativas e somente após a ausência destas é que o Agente Público estará autorizado para proceder a presunção de entradas ou saídas sem nota fiscal, cita legislação federal (art.12, § 2º do DL nº 1.598/77 e art. 281 do RIR/99.- Decreto 3000, e ainda o art.42 da Lei nº 9.430/96).

Há presunções em trabalho de LQFDEM. O trabalho que ora se contesta é um trabalho de revisão do lançamento feito pelo contribuinte, conforme define a regra do art. 149 do CTN. Portanto, somente por este caráter revisional a motivação deste trabalho há que ser demonstrada e o trabalho provado passo a passo, pois houve uma rejeição do lançamento feito pelo contribuinte e se isto aconteceu foi porque houve algum motivo para tal lançamento não merecer crédito.

Definição do fato gerador por presunção. O fato gerador do imposto consiste em algo que aconteceu no mundo real, portanto, o uso de presunções legais não pode se afastar da existência deste fato gerador e não pode se acomodar no campo da discricionariedade do agente do Fisco, cita decisões do Conselho de Contribuintes Federais.

Existe elaboração errada do estoque final, o procedimento adotado pelo fiscal fracionou o exercício em vários mini exercícios, tantas quantas forem as vezes que o estoque zerou dentro do exercício fiscalizado, (estoque zero – 0), de modo de que o EF/LQFDEM não se reporta ao exercício de 2015, mas apenas a uma fração deste exercício.

Alegou em síntese que todos os levantamentos apurados pelo Fiscal Autuante estão errados.



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.05

Aduz que a multa de 40% sobre o valor da operação é confiscatória, cita jurisprudência do STF.

Requer a reforma da decisão monocrática, seja reconhecida a Nulidade da ação fiscal por cerceamento do direito de defesa. Não sendo esse o entendimento deste excelso colegiado, que seja declarada a total improcedência do auto de infração em razão deste se fundamentar em trabalho fiscal de constituição de crédito fiscal sobre operações inexistente e não praticadas pela fiscalizada.

A Recorrente, no intuito de comprovar suas alegações, juntou documentos conforme fls.101/115.

A Procuradoria Fiscal do Estado emitiu Parecer n. 088/2017/CAF/PGE/RR, fls. 118/124, pelo conhecimento e o não provimento do Recurso Voluntário, para manter a Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração nº 001742/2016, vez que entendeu que restou configurada a infração conforme exarada na inicial.

É o relatório.

ARIOVALDO AIRES DE OLIVEIRA

Conselheiro Relator

O VOTO

O presente feito fiscal versa sobre a acusação de “Saídas de Mercadorias sem Documentos Fiscais para Operações já Tributadas Anteriormente”, constatado através de Levantamento Fiscal Quantitativo e Financeiro por Espécie de Mercadorias referente ao exercício de 2015.

Primeiramente analisaremos a Preliminar de Nulidade arguida pela Recorrente.

A Recorrente alega o cerceamento do direito de defesa praticado pelo autor da exação fiscal ao não lhe oferecer as provas documentais que pudesse demonstrar a suposta infração cometida pela empresa fiscalizada e definiu o prazo de 30 dias para o contribuinte descobrir referida infração e se defender.

Tal argumento não merece guarida, pois todas as provas documentais estão nos autos, conforme CD em mídia, fls. 07, neste consta o SPED-EFD; notas fiscais eletrônicas próprias e de terceiros, nota fiscal de consumidor, estoque inicial e final, bem como, o Levantamento Quantitativo Financeiro por Espécie de Mercadorias, ao final apresentando o resumo geral, para o auto de infração em lide



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.06

se encontra o levantamento no CD, quais os produtos saíram sem notas fiscais, no caso em questão, produtos submetidos a substituição tributária.

Além do mais, para a constituição do Crédito Tributário obedeceu todos os requisitos previstos no artigo e 142 do CTN, in verbis:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Todavia, a Recorrente demonstrou no seu Recurso Voluntário, fls.83/100, que conhece toda a matéria referente ao Auto de Infração n. 001742/2016, inclusive citando as documentações fiscais contidas no CD, fls.07, destacando que existe erro no estoque final elaborado pela fiscalização, que há miscigenação de levantamentos, do erro nos agrupamentos de produtos e também nos quantitativos dos produtos.

Induidoso que a Recorrente compreendeu a acusação fiscal, completa e perfeitamente, conforme se verifica pelo seu Recurso Voluntário apresentado que aborda todos os aspectos relacionados a situação, objeto da autuação.

Por outro lado, o prazo de 30 (trinta) dias para se defender do auto de infração não é imposto pelo Fiscal Autuante, mais sim pela previsão da Lei do Contencioso Administrativo Fiscal no seu artigo 36, inciso VI, alínea "b" da Lei n. 072/94.

Cita que a julgadora singular sabendo que a Recorrente não apreciou o mérito, a douta julgadora deveria devolver à defesa o prazo para realizar tal mister. Como não o fez, isto também é cerceamento de defesa.

Em que pese os argumentos aventados pela Recorrente. É sabido que a Autuada pode se defender nos seus Recursos de Impugnação e Voluntário tanto a preliminar quanto o mérito. No caso em tela a Recorrente não alegou o mérito na Impugnação, logo, a julgadora monocrática não é obrigada a devolver à defesa o prazo para realizar o mérito, a propósito, a Recorrente já menciona o mérito no seu recurso voluntário, fls. 83/100.

Destarte, a Recorrente compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, não se vislumbrando, assim prejuízo ao exercício da ampla defesa, pelo que, rejeita-se preliminar arguida.

Quanto ao **MÉRITO**, o trabalho do Fiscal Autuante fora realizado tendo como base as informações declaradas nos arquivos SPED-EFD, notas fiscais eletrônicas de emissão própria e de terceiros, seja NFe ou NFCe, utilizando-se da ferramenta Auditor Eletrônico (AEBR), assim, foi possível realizar o Levantamento Quantitativo e Financeiro com um conjunto de mercadorias movimentadas pela empresa no período fiscalizado, apurados através de levantamento quantitativo e



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.07

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 idôneos, tais como:

(...)

II – levantamento quantitativo de mercadorias;

III – levantamento quantitativo financeiro;

Vale salientar, que a Recorrente no período referente ao mês de agosto de 2014 até o mês de junho de 2016 (um ano e dez meses) registrou nas suas entradas de mercadorias o valor de R\$ 37.382.595,59 (trinta e sete milhões, trezentos e oitenta e dois mil, quinhentos e noventa e cinco reais e cinquenta e nove centavos), nesse período apresentou somente saldo credor, conforme relatório Resumo da GIM, fls. 019, ou seja, indica possíveis erros e omissões nos registros de movimentação das mercadorias.

A Recorrente expressa que a presunção da fiscalização foi que houve saídas sem cobertura de nota fiscal, ou seja, $EI+C > V + EF$, trata-se de uma presunção *juris tantum* em que para poder produzir tal juízo a fiscalização deve intimar o contribuinte para provar o contrário ou justificar o motivo da diferença encontrada.

Argumento inconsistente, pois a Recorrente foi cientificado da lavratura do termo de início de Fiscalização, fls.04, conseqüentemente, perde a espontaneidade após o início de qualquer procedimento administrativo fiscal, conforme preceitua o artigo 42, inciso III, §1º, da Lei n. 072/94 do CAF, in verbis:

Art. 42. O procedimento fiscal tem início com:

(...)

III – a lavratura do termo de início de fiscalização;

(...)

§1º O início de qualquer um dos procedimentos relacionados nos incisos anteriores exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores, e alcança todos aqueles que estejam envolvidos nas infrações verificadas.

A Recorrente expõe que há presunções em trabalho de LQFDEM e no fato gerado do imposto e que há elaboração errada no estoque final. Incoerente as argumentações, as irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos decorrem de técnicas matemáticas, com a utilização dos documentos e lançamentos da escrita fiscal do contribuinte.

Tal roteiro tem por finalidade a conferência do Fisco das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente (por produto), pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas emitidas no respectivo período.



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.08

Onde o valor do estoque inicial mais compras é igual ao estoque final mais as saídas, havendo diferença implica em entrada, saída ou estoque de mercadorias sem os respectivos documentos fiscais, ensejando a constituição do crédito tributário.

Inferre-se que este levantamento consiste em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é objetivo, não se tratando, portanto, de meras presunções ou conjecturas.

Resta, portanto, cristalino que todo o levantamento fora feito com utilização de procedimentos tecnicamente idôneos, com utilização de informações transmitidas pela própria Recorrente no SPED – EFD.

Assim, o levantamento somente pode ser contraditado por meio de provas objetivas que possam evidenciar erros no procedimento levado feito, ou seja, a contestação de levantamento quantitativo só se faz mediante indicação precisa de eventuais erros detectados ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas, que não ocorreu no caso dos autos.

Em relação ao estoque final, a Recorrente foi intimada a corrigir o registro de inventário em 31/12/15, conforme fls. 08, logo, foram utilizadas as informações declaradas pela própria Recorrente no seu SPED- EFD.

Por outro lado, o fato de determinado levantamento ser realizado, com a escolha de um, alguns produtos de maior preponderância não tem o condão de tornar impreciso o levantamento, pois este surtiria os seus efeitos apenas sobre os itens escolhidos, sem qualquer prejuízo ao contribuinte que estivesse sob fiscalização.

Ademais, existem precedentes julgados recentes nesse Conselho de Recursos Fiscais de situação semelhante, conforme as Resoluções n. 98/2013 e 100/2013, e também no Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais no Acórdão n. 21.410/17/2^a., conforme ementa baixo:

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário- LEQFID, a ocorrência de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidade apurada por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III do RICMS/02.

Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento Procedente. Decisão Unânime.

Em relação à multa aplicada alega também que ela tem caráter confiscatório, pedindo que assim seja reconhecida. Este pleito também não pode ser atendido.



**SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.09

A análise de ser confiscatória a multa imposta no auto de infração ora analisada ensejaria a necessidade de verificação da constitucionalidade do artigo 69, III, "a" da Lei n. 059/93, o que este Conselho entende que não cabe na esfera administrativa a feitura de tal controle. São precedentes deste entendimento as Resoluções n. 66/2012, 80/2012, 10/2013, 17/2015. Portanto, correta a Constituição do Crédito Tributário pelo lançamento de ofício.

Diante do exposto, conheço o Recurso Voluntário, nego-lhe provimento, mantendo-se a decisão de primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração n. 001742/2016, de acordo o parecer da Procuradoria Fiscal do Estado.

É o voto.

ARIOVALDO AIRES DE OLIVEIRA
Conselheiro Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO: Nº 1033/2016

fls.10

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **BIG TRADING E EMPREENDIMENTOS LTDA** e recorrido: **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM FISCAIS**,

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, à unanimidade, conhecer, porém rejeitar a preliminar de nulidade de cerceamento de defesa arguida pela recorrente, nos termos do voto do relator e em sintonia com o parecer do douto Procurador Fiscal. No mérito, por unanimidade de votos, resolvem conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de primeira instância, julgando procedente o auto de infração nº 001742/2016, em relação ao ICMS (imposto), nos termos do voto do Relator e de acordo com o parecer da Procuradoria do Estado. E, no tocante a multa, o CRF, **por maioria**, manteve a cobrança da multa, vencidos os Conselheiros José Carlos Aranha e Diego Silva Lopes, que entendiam pela aplicação do percentual da multa de 100% do imposto, ao invés de 40% do valor da operação.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista -RR, 21 de novembro de 2017.

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE

Presidente

ARIOVALDO AIRES DE OLIVEIRA

Conselheiro Relator

EVANDRO BARROS DE SOUZA

Conselheiro

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA

Conselheiro

JOSÉ CARLOS ARANHA RODRIGUES

Conselheiro

DIEGO SILVA LOPES

Conselheiro

FERNANDA DOS SANTOS R. DE OLIVEIRA

Conselheira

SANDRO BUENO DOS SANTOS

Procurador do Estado