

ACÓRDÃO N°	38/2015
PROCESSO N°	2011/81/29051
RECORRENTE:	JBSS/A
ADVOGADO:	FABIO AUGUSTO CHILO – OAB/SP 221.616
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR DO ESTADO:	JOSÉ RODRIGUES TELES
RELATOR:	NABIL IBRAHIM CHAMCHOUM
DATA PUBLICAÇÃO	

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DA INFRAÇÃO. MULTA PUNITIVA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL APLICADO. AUTO DE INFRAÇÃO INSUBSISTENTE.

- 1. Em regra, compete ao fisco estadual comprovar a acusação fiscal mediante a colação de elementos comprobatórios para tornar válido o lançamento tributário, pois no sistema jurídico pátrio é vedada a cobrança de imposto por presunção.
- 2. A ausência de tais elementos comprobatórios torna insubsistente o auto de infração.
- 3. A multa punitiva deve ter indicação do correto dispositivo legal aplicado, sob pena de ser ilegítima, nos termos do inciso IV do art. 19 do Decreto Estadual nº 462/87.
- 4. Recurso voluntário provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que é interessado J B S S/A, ACORDAM os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário da referida empresa, tudo nos termos do voto do Relator, que é parte integrante deste julgado. Participaram do julgamento os Conselheiros a seguir nominados: Israel Monteiro de Souza (Presidente), Nabil Ibrahim Chamchoum (Relator), Antônio Raimundo Silva de Almeida, Hilton de Araújo Santos, Luiz Antônio Pontes Silva e José Thomaz de Mello Neto. Presente o Procurador do Estado Thiago Guedes Alexandre. Sala de Sessões, Rio Branco, capital do Estado do Acre, 10 de março 2015.

Israel Monteiro de Souza Presidente

Nabil Ibrahim Chamchoum Conselheiro Relator Thiago Guedes Alexandre Procurador do Estado



ESTADO DO ACRE

SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 2011/81/29051

RECORRENTE: J B S S/A.

ADVOGADO(S): FABIO AUGUSTO CHILO.

RECORRIDO: ESTADO DO ACRE.

PROCURADOR FISCAL: JOSE RODRIGUES TELES.

RELATOR: NABIL IBRAHIM CHAMCHOUM.

J B S S/A, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rodovia BR 364, Km 10, s/nº, Rio Branco - AC interpôs perante este órgão colegiado da fazenda pública estadual, *RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 2011/81/29078*, em face da IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS, conforme decisões de primeira instância.

Breve Relato

- 02. O Processo 2011/81/29051 decorre da Ordem de Serviço (O.S) nº 027/2008, que promoveu auditoria na empresa J B S S/A; (fl. 02 dos autos)
- 03. Os trabalhos de auditoria concluíram, ao final, pelo lançamento do ICMS sobre operações de venda não declaradas no Demonstrativo de Apuração Mensal (DAM), em confronto com o relatório de passagem de produtos de saída do SIAT AINF no valor de R\$ 155.690,50 (cento e cinqüenta e cinco mil seiscentos e noventa reais e cinqüenta centavos), sendo R\$ 77.845,25 de imposto e R\$ 77.845,25 de multa; (fl. 01);
- O AINF informa que o "(...) levantamento fiscal na empresa supracitada, no período de julho/2007 a dezembro/2007 foi constatada a falta de recolhimento de parte do ICMS devido, na forma de nos prazos estabelecidos na legislação em vigor", anotando o enquadramento legal da infração, em destaque:

Art. 1°, inciso I, art. 4°, inciso I; art. 5° inciso I alínea "a"; art. 17° inciso II; art. 20° inciso I alínea "a"; art. 49°; art. 58° parágrafo único; art. 59° e art. 513, §3° todos do Dec. 08/98 e art. 62-A, da Lei Complementar 55/97, com nova redação dada pela Lei Complementar 113/02. (fl. 01)



05. Em Reclamação, a empresa alega que:

I – PRELIMINARMENTE

- 1) do cerceamento de defesa o AINF não especifica com clareza a infração, apresentando de maneira esparsa diversos artigos e incisos sem a determinação concreta do que fora violado. Ademais, a narrativa nos campos "Descrição do fato gerador da obrigação tributária" e 'Termo circunstanciado" não permitem clareza para concluir sobre quais operações o fiscal se refere. Acrescenta que a planilha juntada ao AINF apresenta diversos valores com dizeres: "FRETE", "ZONA FRANCA DE MANAUS", "USO/CONSUMO", "REMESSA P/REFEITÓRIO" que não ajudam a entender o que está sendo tributado.
- 2) da acusação e levantamento fiscal precários argumenta que "além da descrição pífia do presente AINF, as planilhas apresentadas são completamente desconexas e não guardam qualquer coerência com os demais elementos do presente AINF" (fl. 25), também na descrição da multa, na proporção de 100% do valor do imposto omitido decorrente da omissão do registro de operações ou prestações tributadas pelo imposto em virtude de fraude fiscais e/ou contábeis, verifica-se que é imprescindível a prática de FRAUDE, circunstância que sequer foi abordada na presente autuação; (fl. 26)

II – NO MÉRITO

- 1) do efetivo pagamento do ICMS nos períodos fiscalizados "(...) houve recolhimento de todo imposto devido no período fiscalizado, conforme se demonstra pelos comprovantes de pagamento em anexo"; (fl. 27)
- 2) da multa aplicada (inexistência de fraude) inexistência de subsunção do fato à norma jurídica aplicada "(...) não bastassem as comprovações de pagamento do tributo, bem como sua não incidência, a multa constante na peça inicial não deve ser aplicada, posto que não há comprovação da prática de FRAUDE por parte da impugnante" (fl. 27), "(...) é necessária a existência de dolo por parte do sujeito passivo em ludibriar o fisco, (...) o Auditor Fiscal subscritor do presente AINF não logrou êxito em demonstrar a existência da FRAUDE mencionada no dispositivo legal que fundamentou a multa de 100% sobre o imposto omitido" (fl. 28)
- 3) do princípio da verdade material no "processo administrativo impera o princípio da VERDADE MATERIAL, onde o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados." (fl. 29)
- 06. Finaliza a Reclamação pedindo que sejam acolhidas as preliminares; se superada as liminares que: 1) seja julgado improcedente o presente AINF; 2) protesta pela juntada de novos documentos no decorrer do presente processo administrativo; (fls. 29)

Obs.: Requer que as intimações sejam feitas em nome do advogado FABIO AUGUSTO CHILO (OAB/SP 221.616), sito à Av. Marginal Direita do Tietê, 500 – Vila Jaguará, São Paulo/SP, CEP: 05118-100;



- 07. Nas contra-razões aduz que:
- a) o supracitado AINF foi lavrado pelo descumprimento de obrigação principal pela omissão de parte do recolhimento do ICMS referente ao período de julho/2007 a dezembro/2007, conforme apurado em planilha de fl. 05; (fl. 72)
- b) a atividade fiscal é vinculada à Lei, e o lançamento é ato vinculado, não estando eivado de vícios o AINF; (fl. 73)
- c) quanto a multa punitiva, esta de acordo com a legalmente prevista para a espécie; (fl. 74)
- d) foram confrontadas as notas fiscais de saída em operações interestaduais de carne bovina, apurando-se o valor de R\$ 8.694.698,05, no entanto o contribuinte declarou em seus Demonstrativos de Apuração Mensal (DAM) o valor de R\$ 8.346.287,83. Portanto, uma diferença de R\$ 348.410,22, na forma do art. 513 §3° do RICMS, abaixo colacionado:
 - Art. 513. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos.
 - § 1º No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, considerado a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.
 - $\S~2^{\circ}~O$ levantamento fiscal poderá ser renovado sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração.
 - § 3º A diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada.
 - § 4º O imposto devido sobre a diferença apurada em levantamento fiscal será calculado mediante a aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento.
- Ao final manifesta-se pela manutenção do Auto de Infração e Notificação Fiscal 05.065 lavrado em desfavor do contribuinte J B S S/A; (FL. 75)
- 09. Foram juntadas novas planilhas mensais informando levantamentos gerais sobre: COURO, CARNES INTERESTADUAL, FRETES, ZONA FRANCA DE MANAUS, REMESSA



P/ REFEITÓRIO, ATIVO IMOBILIZADO, com cinco pontos de destaque: 1) Notas Fiscais sem o devido conhecimento de transporte referente ao frete: Nº. 4192 e 4361; 2) notas não internalizadas na zona franca de Manaus-AM: Nº. 4273, 4277 e 4319; 3) material de uso/consumo: Nº. 4205, 4239, 4289, 4326, 4339, 4349, 4351 e 4354; 4) remessa para refeitório; 5) o percentual de 3,32% = 277.474,13/8.346.287,33 x 100 = 3,32 (DAM)

- 10. Também foram juntadas: a) planilha de "omissão de pagamento" de ICMS dos meses de JUL/07 a DEZ/07, no valor total de R\$ 155.690,49 (fl.83); b) relação de notas de saída registradas no SIAT (fl. 84) e DAM do mês 07/2007 no valor de R\$ 8.346.287,83;
- 11. Na tréplica a Reclamante discorda completamente dos termos apresentados nas contra-razões, reiterando os termos apresentados na Reclamação. Ademais requer que sejam acolhidos seus argumentos para declarar a nulidade do AINF 05.065 tendo em vista:
- i) o cerceamento de defesa da impugnante, pois não foi possível compreender, de forma clara e precisa, os fatos que motivaram o lançamento; e
- ii) a precariedade da acusação e levantamento fiscal, pois as planilhas apresentadas são completamente desconexas e não guardam qualquer coerência com os demais elementos do presente auto de infração. Ainda, a multa aplicada não condiz com a realidade dos fatos narrados pelo próprio auditor fiscal; (fl. 90)
- iii) no mérito pede seja julgado improcedente o AINF tendo em vista que houve o recolhimento de todo o imposto devido no período fiscalizado; (fl. 90)
- iv) a multa não deve ser aplicada posto que não há comprovação da prática de fraude por parte da impugnante; (fl. 90)
- v) protesta pela juntada de documentos no decorrer do presente processo administrativo; (fl. 90)
- 12. O Parecer 952/2012 da Assessoria Tributária alega que:
- a) todas as etapas do processo legal foram fielmente cumprida, com a ciência de todas as fases processuais por parte da Reclamante, não havendo qualquer indeferimento do amplo contraditório;



(fl. 92)

- b) a autuação cristalizada no AINF, com amparo nos dispositivos legais, em momento algum desafía os princípios norteadores do comando estabelecido na LCE 55/97; (fl. 92)
- c) quanto a preliminar de cerceamento do direito de defesa, não comungo com tais alegações (...), estando a autuação em consonância com as regras estabelecidas em lei de forma clara e objetiva; (fl. 93)
- d) as planilhas refletem a contabilidade da empresa autuada, demonstrando o *quantum* do ICMS foi recolhido e o *quantum* é devido ao Fisco; (fl. 93)
- e) no mérito, salienta que todos os recolhimentos do imposto efetuado pela impugnante foram considerados para a lavratura do AINF; (94)
- f) sobre a aplicação da multa de fraude, alega uma vez ocorrido in concretum o fato descrito na norma tributária como fato gerador do imposto dá ensejo ao nascimento da obrigação principal, agindo o fisco sob o manto da lei; (fl. 94)
- 13. Ao fim opina pela improcedência do requerido procedendo a cobrança do AINF 05.065:
- 14. A Decisão 747/2012 da Diretoria de Administração Tributária, destaca que: 1) o AINF decorre de levantamento fiscal onde constata descumprimento de obrigação principal (fl. 96); 2) o AINF tem como fundamento o ar. 1°, inciso I; art. 4°, inciso I; art 5°, inciso I alínea 'a'; art. 17, inciso II; art. 20, inciso I alínea 'a'; art. 49; art. 58, parágrafo único; art. 59° e art. 513, §3°, todos do Dec. 08/98 e também no Parecer 952/2012;
- 15. Em sede de Recurso a empresa alega que:

I – Preliminarmente

- a) do cerceamento de defesa
 - O Agente Fiscal não especificou, com a devida clareza, a infração apresentando de maneira esparsa diversos artigos e incisos sem a determinação concreta do que fora violado; (fl. 103)
 - ii) as planilhas juntadas apresentam diversos valores e cálculos referentes a inúmeras

7



operações com os seguintes dizeres: COURO, CARNES INTERESTADUAL, FRETES, ZONA FRANCA DE MANAUS, REMESSA P/ REFEITÓRIO, ATIVO **IMOBILIZADO**

"pelo que se nota dos demais autos de infração lavrados (...), em todos eles constou na descrição dos fatos os tipos de operação fiscalizados, ou as notas fiscais que iii) foram analisadas para lavratura do AINF, (...) no caso em questão sequer há menção do tipo de operação onde foram constatadas as omissões, circunstância que certamente causou grave prejuízo à impugnante, a qual não pôde se defender, posto que sequer sabe os motivos da lavratura da autuação"; (fl. 103)

a capitulação dos dispositivos infringidos é genérica o que dificulta a defesa, como cita em passagem: "o AINF apresenta capitulação genérica, visto que os dispositivos iv) indicados apresentam diversos incisos e parágrafos, impossibilitando a Impugnante de exercer seu direito de defesa", sem saber efetivamente qual o preceito legal

violado; (fl. 104)

b) da acusação e levantamento fiscal precários

além da descrição pífia do presente AINF, as planilhas apresentadas são completamente desconexas e não guardam coerência com os demais elementos do i) auto: (fl. 105)

a descrição da multa pressupõe a prática de fraude, circunstância que sequer foi ii)

abordada na presente autuação; (fl. 05)

II – no mérito

- a) o AINF não merece prosperar uma vez que houve o recolhimento de todo imposto devido no período fiscalizado, conforme se demonstra pelos documentos anexos; (fl. 106)
- b) a multa aplicada é indevida uma vez que não há comprovação da prática de FRAUDE; (fl.
- c) o princípio da VERDADE MATERIAL impõe ao julgador o dever de buscar, inclusive valer-se de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados; (fl. 107)
- Finaliza a peça pedindo: 1) sejam acolhidas as preliminares argüidas; 2) seja julgado 16. improcedente o presente AINF; 3) protesta pela juntada de novos documentos no decorrer do presente processo administrativo; (fl. 108)

A Procuradoria Fiscal aduz que: 17.

a) "em verdade, a controvérsia da questão debatida nos autos é a cobrança de ICMS nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente, na prestação de seus misteres, onde a recorrente requer a nulidade do auto de infração sob alegação de que não há incidência do imposto no presente caso"; (fl. 122)



ESTADO DO ACRE

SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 2011/81/29051

RECORRENTE: J B S S/A.

ADVOGADO(S): FABIO AUGUSTO CHILO.

RECORRIDO: ESTADO DO ACRE.

PROCURADOR FISCAL: JOSE RODRIGUES TELES.

RELATOR: NABIL IBRAHIM CHAMCHOUM.

VOTO

- 01. No AINF 05.065 tributa-se a falta de recolhimento de ICMS sobre operações não declaradas, observadas mediante cruzamento da Declaração de Apuração Mensal (DAM) e relatório de registro de saída de produtos pelo posto fiscal (Tucandeira). Contudo, a planilha juntada não apresenta, de forma clara, quais notas fiscais de remessa não foram declaradas, ou ainda os valores precisos que formam a base de cálculo para o lançamento;
- 02. Foi juntada uma DAM do mês de julho/2007, faltando fazer a juntada das DAM's dos outros meses exigidos, pois o período tributado vai de julho/2007 à Dezembro/2007;
- 03. As informações anexadas ao AINF 05.065, bem como o termo circunstanciado, não permitem precisar com clareza o que está sendo tributado;
- 04. No mesmo sentido, o fundamento legal da penalidade é o de FRAUDE, **que não foi tratado, demonstrado ou comprovado nos documentos anexados**, revelando desconexão entre o AINF e os anexos juntados;
- 05. Analisando inicialmente as questões preliminares:
- i) "cerceamento do direito de defesa" observa-se que realmente restou prejudicada a empresa autuada, uma vez que a exação está sustentada exclusivamente em planilhas que resumem operações sem que se tenha precisado as notas, os valores, e a efetiva ausência de recolhimento do ICMS;



- ii) O argumento de capitulação genérica não está configurado pois foram mencionados os dispositivos legais infringidos que tipificam a conduta (fato gerador), ainda que as documentações necessárias para demonstrar a existência da obrigação não tenham sido anexadas;
- 06. As questões liminares, põe fim ao lançamento, uma vez que <u>o AINF 05.065</u> apresenta documentos e planilhas desconexas com a exação imposta;
- O7. Ademais, se superadas as preliminares, no mérito, deve-se observar que a empresa, alega ter efetuado o pagamento do imposto devido em cada mês citado, <u>o que reforça a necessidade de efetiva demonstração das notas fiscais com seus respectivos valores (anexando-as)</u> para a satisfatória cobrança e reconhecimento por parte da empresa Reclamante;
- O8. As falhas na condução do processo levam a erros decorrentes, como é o caso da manifestação da Procuradoria que menciona tratar-se de bens de uso/consumo e para o ativo, mas em verdade o AINF trata de ICMS não pago ante a omissão de operações situação verificada a partir do cruzamento da DAM e do relatório de saída de mercadorias do SIAT;
- 09. Além disso, a penalidade enquadrada é a aplicada nos casos de FRAUDE, <u>e nesse</u> sentido é necessário compor os autos com elementos que configurem tal conduta;
- 10. Assim, nas questões de mérito, também são visualizados elementos que conduzem ao cancelamento do AINF 05.065 diante da ausência de elementos probatórios para sustentar a penalidade imposta, aqui vale mencionar a passagem de Luciano Amaro:

Se o lançamento, por exemplo, for nulo em razão de algum vício, isso não atinge, em regra, a obrigação tributária, que pode ser objeto de novo lançamento, em forma adequada.¹

X

¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367.



- 11. Por último, a Decisão apóia-se no Parecer 970/2012, que não trata todas as questões preliminares argüidas pela Reclamante, e nesse sentido, merece manifestação deste órgão colegiado sobre a necessidade de comunicação para que sejam promovidas as devidas correções de procedimentos quanto a elaboração da mencionada peça;
- 12. Diante destas considerações, **voto pelo Provimento do Recurso**, considerando totalmente insubsistente o AINF 05.065 diante da ausência de elementos probatórios suficientes a sustentar o lançamento no que diz respeito ao imposto e a multa;
- 16. É como voto em relação ao Processo 2011/81/29051.

Rio Branco (AC), 06 de maio de 2015.

Nabil Ibrahim Chamchoum Conselheiro Relator