

<b>PROCESSO</b>	- A.I. Nº 233048.0016/00-5
<b>RECORRENTE</b>	- LENON COMÉRCIO CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0020-04/02
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
<b>INTERNET</b>	- 31.05.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0178-12/02

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. As nulidades suscitadas foram rejeitadas, posto que não houve ofensa ao devido processo legal. Decisão por maioria. No mérito manteve-se a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/11/2000, exige ICMS no valor de R\$5.446,15, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo às omissões de saídas de mercadorias tributadas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, por espécie das mesmas, em exercício fechado.

Inconformado com a decisão contida no Acórdão nº 0020-04/02, da 4ª JJF, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, após rejeitar as preliminares de nulidade e o pedido de revisão fiscal, a Empresa entra com Recurso Voluntário onde diz que:

1 – “O Auto de Infração é NULO porque a autuada não teve conhecimento, até então, da existência dos demonstrativos analíticos de auditoria, elementos que são indispensáveis à formação do processo e que, portanto, deveriam ser apresentados ao contribuinte, mediante recibo, a fim de possibilitar a ampla defesa. Tal não ocorrendo, resta caracterizado o cerceamento e a nulidade do processo”.

2 – Como não recebeu os demonstrativos analíticos, não teve condições de contestar, com outros demonstrativos, os números apresentados pelo autuante.

3 – Os argumentos da Junta de que os demonstrativos analíticos encontravam-se à disposição do contribuinte na Repartição é absurdo pois tais demonstrativos são indispensáveis à ampla defesa, devendo ser oferecidos, junto com o Auto de Infração. Isso não ocorrendo, até o prazo de 30 dias, para exercer sua defesa, fica comprometido.

4 – Os levantamentos foram efetuados por gênero e não por espécie, o que contraria as normas do ICMS.

5 – Os preços médios dados às camisas e aos shorts são exacerbados, por ter a autuante englobado espécies diversas, como camisas e shorts, como se não houvesse espécies distintas dessas mercadorias.

6 – A sua movimentação é por espécie e não por gênero, como colocado pela autuante. As notas apresentadas, a pedido da Junta, comprovam que há a separação de mercadorias por gênero e espécie, como, por exemplo, ocorre na notas anexadas às fls. 105/111.

7 – A negativa da diligência, que solicitou, provoca a nulidade do Auto de Infração.

8 – Não teve acesso ao demonstrativo de apuração do preço unitário das mercadorias, tendo a autuante promovido uma verdadeira mistura de valores, não se podendo admitir que todos os gêneros de mercadorias listados possuam preço único, pois as espécies são diferentes. Houve cerceamento de defesa e por isso o Auto de Infração é nulo.

9 – “Impedida, até o momento, de apresentar números contrapostos, a autuada reserva-se ao direito de impugnar expressamente o único demonstrativo que lhe foi oferecido, pois o mesmo não preenche os requisitos legais de existência”.

Ao final, a Empresa, após afirmar mais uma vez, que não poderia apresentar números contrapostos, pois não teve acesso aos elementos indispensáveis do lançamento, pede seja o Recurso Provido.

A PROFAZ, em Parecer de fl. 155, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

#### **VOTO VENCIDO**

Inicialmente, tenho que me ater às nulidades que foram suscitadas pelo autuado, que se resumem em duas, ou seja, a falta de acesso, pois não lhe foram entregues, os demonstrativos analíticos, que serviram de base ao Auto de Infração, o que lhe tirou a possibilidade de contrapor os números apresentados pela autuante, com outros demonstrativos e a falta do demonstrativo que definiu os valores unitários colocados no Auto de Infração, que determinaram a base de cálculo do imposto lançado.

Todos deste Conselho sabem da minha posição quanto a estes assuntos. Entendo que a autoridade fiscal, ao exercer o direito de fiscalizar um contribuinte, tem o dever de passar ao mesmo todos os papéis de trabalho que serviram de base para a autuação, pois se assim não for, há, indiscutivelmente, cerceamento ao direito de defesa. O caso era tão absurdo, que as Inspetorias exigiam dos contribuintes, sob a alegação de que os autos estavam à disposição dos mesmos, que se pagasse para conseguir cópias dos demonstrativos ou documentos, que compunham o Auto de Infração. Felizmente, após vários alertas, houve, por parte da Administração, posição que aboliu essa violência contra os contribuintes. E não foi só isso. O novo RPAF em seu artigo 46, independente de outros, diz “*in verbis*”:

“Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha”.

A meu ver, esse dispositivo não carece de nenhum esforço hermenêutico mais apurado para ser bem entendido, pois é bastante claro e impositivo. É obrigação do Fisco fornecer ao contribuinte todos os documentos ou papéis de trabalho que foram elaborados ou utilizados para dar base ao Auto de Infração lavrado. Por isso, *data venia*, discordo frontalmente do voto do ilustre Relator da Junta, quando diz que os demonstrativos aos quais se referiu a defesa, estavam à disposição do contribuinte, na Repartição Fiscal de seu domicílio, não lhe trazendo prejuízos a sua falta, por não terem sido fornecidos pela autuante. Isso é negar o próprio Regulamento.

Sabemos muito bem que o prazo de 30 dias já é bastante curto, para se elaborar uma defesa, sendo, a meu ver, injusto o critério que possibilita ao Fisco permanecer o tempo que queira, seguindo as normas, para exercer uma fiscalização, e ao contribuinte, independentemente da complexidade do Auto de Infração, porventura lavrado, ter somente o citado prazo para contrapor as razões de defesa. Deveria haver uma relação de proporcionalidade temporal, para se fazer mais justiça. Quanto mais tempo ficasse o Fisco de posse dos documentos do contribuinte mais tempo teria o contribuinte para exercer sua defesa, que deveria ser, isso sim, de no mínimo 30 dias. Como isso, até o momento, não foi objeto de Norma, entendo que, para diminuir a possibilidade de se começar o processo, propriamente dito, com alguma parte já no prejuízo, não pode haver, por parte do Fisco, quando da lavratura do Auto de Infração, como no caso, qualquer atitude que venha a possibilitar cerceamento de defesa. A falta de entrega ao contribuinte dos demonstrativos analíticos provocou esse cerceamento. A falta da inclusão desses demonstrativos significa que a decisão, no caso o Auto de Infração, não está devidamente fundamentada. Por isso, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que se reforme a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é NULO, de acordo com o contido no artigo 18, II e III, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, se vencido no voto da nulidade, entendo que o lançamento não tem consistência pois lhe faltam os indispensáveis demonstrativos que lhe dão sustentação. As provas do alegado, tendo inclusive, algumas delas só aparecido após solicitação da Junta, não se encontram em quantidade suficiente para lastrear, como deveriam, o Auto de Infração. Isso causa, a meu ver, incerteza quanto à infração cometida e quanto aos valores que estão sendo cobrados ao contribuinte. Por isso, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para que seja modificada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

#### **VOTO VENCEDOR**

Acerca da matéria preliminar suscitada pelo recorrente, reiterando o pedido de nulidade feito na peça de defesa, com a devida *venia* discordo do Ilustre Relator, porque não se verifica nos autos que tenha ocorrido cerceamento de defesa, uma vez que os argumentos aduzidos na peça de impugnação, onde discorre sobre os levantamentos elaborados pelo autuante, alegando que os mesmos foram feitos pelo gênero e não por espécie, bem como acerca dos preços unitários médios, o que evidencia que o autuado teve acesso às peças anexadas aos autos. Logo, se o autuado discutiu a forma como foram apuradas as diferenças de estoque, foi atendido o devido processo legal.

Ressalto que o Relator da Decisão Recorrida promoveu diligência à fl. 35 tendo a autuante anexado documento (fls. 61 a 111), o autuado ao tomar ciência (documento à fl. 114), se manifestou mais uma vez, contestando a metodologia adotada pela autuante. Assim fica demonstrado que não ocorreu inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Deste modo, fica afastada a nulidade pretendida pelo autuado e acolhida pelo Relator, visto que não ocorreu nenhuma das hipóteses elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, melhor sorte não acompanha o recorrente, uma vez que apresenta argumentos, mas sequer traz qualquer levantamento que possa contrapor aos levantamentos elaborados pela autuante.

Com muita razão, o Relator da decisão de 1ª Instância negou o pedido de revisão fiscal, porque os levantamentos acostados às fls. 7 a 21 dos autos, respaldam a autuação, e indicam a omissão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e a conseqüente falta de recolhimento do imposto.

Relativo ao argumento de que a metodologia contrariou a Instrução Normativa nº 310/90, não assiste razão ao autuado, uma vez que os documentos apresentados às fls. 61 a 111, comprova que a autuante procedeu a contagem das mercadorias por espécie, levando em conta o fato do contribuinte não discriminar de forma correta as mercadorias ao emitir as notas fiscais. Ademais, o procedimento adotado está respaldado na Portaria nº 445/98.

Por todo o acima exposto, entendo acertada a Decisão Recorrida, não merecendo reforma, uma vez que o recorrente não apresenta elementos que possam modificar o julgamento, tendo abordado os argumentos concernentes ao mérito, como preliminar de nulidade.

Nestes sentido, acolho o opinativo da PROFAZ, à fl. 155, que com muita propriedade observou que a autuante apresentou farta documentação onde comprovou a forma como o contribuinte emitia a nota fiscal e assim entendeu subsistente a acusação fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 233048.0016/00-5**, lavrado contra **LENON COMÉRCIO CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.446,15**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ