

A. I. N° - 129442.0021/01-5
AUTUADO - SOM MÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTES - OSVALDO COSTA MENEZES e SUELI SANTOS BARRETO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 10/05/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0147-03/02

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA APURADA NO COTEJO ENTRE A RECEITA DE VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADA NOS LIVROS FISCAIS E NAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Não acatado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/11/01, para exigir o ICMS no valor de R\$6.038.194,85, acrescido da multa de 70%, por falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O contribuinte não lançou em sua escrita fiscal a receita tributável decorrente das vendas de mercadorias, só o fazendo na sua escrita contábil, conforme se constata na rubrica “Receita Operacional Bruta” do Demonstrativo da Conta de Resultado vinculado a cada Balanço Operacional - exercícios de 1997, 1998, 1999 e 2000.

O autuado apresentou defesa (fls. 107 a 120), através de advogado legalmente habilitado, inicialmente relatando que no dia 08/06/01 foi surpreendido com a presença do Delegado da DECECAP e a Inspectora da IFMT/METRO, em cumprimento a uma ordem judicial de busca e apreensão de documentos fiscais e equipamentos, operação realizada por prepostos fiscais e policiais, os quais apreenderam “todos os documentos fiscais e equipamentos de forma indiscriminada” e não relacionaram os documentos de forma minuciosa e, ademais, o oficial de justiça sequer lavrou os autos de apreensão, “pois a autoridade policial ficou de posse dos Mandados de Busca e Apreensão conforme ofício (em anexo)”.

Prossegue dizendo que o Auto de Apreensão dos documentos não se encontra acostado aos autos, estando presente apenas o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos expedido unilateralmente por prepostos da SEFAZ. Diz, ainda, que, de posse dos documentos apreendidos, os prepostos fiscais lavraram o presente Auto de Infração, mas que não recebeu os documentos citados no lançamento, tendo sido devolvidos apenas “alguns documentos fiscais para possibilitar as operações comerciais”, ficando, portanto, impossibilitado de promover a impugnação na esfera administrativa.

Assim, suscita a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, tendo em vista que não lhe foram entregues os originais nem as fotocópias dos documentos que instruíram este PAF, a fim de que pudesse proceder a uma análise dos mesmos, mesmo após a solicitação protocolada, em 12/12/01, e dirigida aos Inspectores Fiscais (fl. 122), os quais se recusaram a fornecer os referidos documentos, condicionando a sua liberação ao pagamento do tributo

apurado no Auto de Infração. Transcreve os artigos 18 e 28 do RPAF/99 e esclarece que, embora tenha recebido os demonstrativos elaborados pelos autuantes, não lhe foram entregues os documentos e livros que os fundamentaram, tornando-se, portanto, impossível a conferência dos levantamentos fiscais e da metodologia adotada e, conseqüentemente, o exercício de seu direito de defesa.

Salienta também que o presente lançamento cita documentos que não se encontram arrolados no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos e que a jurisprudência dominante nos Tribunais é uníssona em conceder *Habeas Data* sempre que houver recusa no fornecimento de informações e documentos por parte das entidades públicas.

Transcreve o artigo 5º da Constituição Federal dizendo que é assegurado a todos o direito de petição e alega que foi obrigado a ingressar com *Habeas Data*, junto ao Poder Judiciário, a fim de ver assegurado o seu direito à ampla defesa, conforme a fotocópia acostada às fls. 123 e 124, uma vez que, como mencionado anteriormente, a autoridade administrativa recusou-lhe o fornecimento das fotocópias dos documentos que embasaram a ação fiscal.

Discorre longamente sobre o instituto do *Habeas Data* e sua importância na preservação das garantias constitucionais, como o meio indicado para corrigir abusos em razão de informações constantes em arquivos ou bancos de dados, e cita a Constituição Federal e a jurisprudência a respeito.

Argumenta que está respaldado em liminar concedida pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, no processo de *Habeas Data* nº 8576/714/01-R, “ajuizado contra ato das autoridades administrativas que realizaram a apreensão, conforme relato do próprio autuante que informa a origem dos documentos que instruem o PAF”, para que tais autoridades entreguem, em cartório, os documentos originais apreendidos, os quais ficarão à sua disposição para exercer seu direito de defesa.

A final, pede a nulidade do lançamento ou, em não sendo concedida, requer que seja determinada a entrega de cópia de todos os documentos que embasaram a elaboração dos demonstrativos que serviram de base para a lavratura deste Auto de Infração, bem como a reabertura do prazo de defesa.

Requer, ainda, o deferimento de todos os meios de prova permitidos em Direito, a juntada posterior de documentos, “inclusive em contra provas ou, de testemunhas, cujo rol oportunamente apresentará, perícia com arbitramento e quesitos, para que, enfim, seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE” este lançamento.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 126 a 133), esclarecem, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado em razão de o autuado “haver omitido receita tributável em sua escrita fiscal, conforme levantamento efetuado em sua escrita contábil, constante dos seus Balanços Patrimoniais, culminando com o lançamento do ICMS, em valor histórico, de R\$6.038.194,85, já abatidos todos os valores do imposto lançados em sua escrita fiscal e os já autuados em ações fiscais anteriores”.

Quanto à impugnação apresentada pelo contribuinte, afirmam que, não obstante a “verdadeira aula de direito tributário e constitucional”, certamente se refere a outras ações fiscais, haja vista que não guarda correlação com este lançamento e “deve ter sido aproveitada de defesas relativas a outros Autos de Infração”.

Assinalam que a ação fiscal iniciou-se em 05/11/01, tendo sido lavrado o respectivo Termo de Início de Fiscalização, o qual assinado pelo advogado do autuado, Dr. Romeu Ramos Moreira (fl. 6).

Acrescentam que os documentos que dizem respeito aos levantamentos fiscais são aqueles a seguir elencados, os quais foram elaborados de forma simples e objetiva:

1. um demonstrativo de apuração do ICMS devido (sonegado) a partir da receita de venda de mercadorias registradas nos balanços contábeis (fl. 7);
2. um demonstrativo-resumo dos valores relativos a saídas de mercadorias lançadas nos livros fiscais e seu Anexos I a XVIII (fls. 25 a 31);
3. um demonstrativo de autos de infração anteriormente lavrados cujos valores foram deduzidos do ICMS apurado pelas omissões das receitas (fls. 32 a 36).

Aduzem que, além dos demonstrativos acima mencionados, foram anexados aos autos cópias dos Balanços Patrimoniais obtidos diretamente da contabilidade da empresa os quais, obrigatoriamente, são registrados no Livro Diário “que se encontra em poder da autuada e que, de lá, jamais foi retirado pelos Auditores Fiscais signatários”.

Asseguram que foram entregues, ao advogado do autuado (o mesmo que tomou ciência do Auto de Infração), todos os demonstrativos acima citados, mediante protocolo que se encontra apensado à fl. 102 dos autos, salientando, entretanto, que não foram entregues cópias dos Balanços Patrimoniais ao contribuinte, “pois os mesmos encontram-se em sua contabilidade e, por obrigação, registrados no seu Livro Diário”, sendo, por conseguinte, uma inverdade a declaração do autuado de que não lhe foram entregues os documentos que instruem o presente lançamento.

Quanto à liminar concedida pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, para que sejam entregues os documentos ao autuado, afirmam que o Inspetor Fazendário jamais se recusou a dar a resposta ao pedido realizado; o contribuinte é que não procurou a repartição fazendária para conhecer do despacho exarado.

Acrescentam que o pedido formulado pelo autuado ao Inspetor é ilógico, haja vista que todos os documentos já se encontram em seu poder desde o dia 30/11/01, quando lhe foi dada a ciência do presente Auto de Infração e, assim, seria apenas um estratagema para tentar obter a reabertura do prazo de defesa.

Alegam, outrossim, que a liminar concedida pelo Poder Judiciário é dirigida a dois Inspectores e um Delegado de Polícia que nada têm a ver com a ação fiscal, uma vez que foi iniciada em 05/11/01 por Auditores Fiscais, as autoridades competentes para tal finalidade.

Após o exposto, indagam qual seria a relação existente entre a presente autuação e a Busca e Apreensão de livros e documentos fiscais nos estabelecimentos da empresa em 08/06/01.

Em relação à mencionada liminar no processo de *Habeas Data*, aduzem que o contribuinte somente trouxe aos autos a decisão relativa ao Processo nº 140.01.857671-4, mas não acostou a petição inicial. Dessa forma, como o autuado não o fez, estão anexando, nesta oportunidade, uma cópia completa do processo (fls. 134 a 154) com as seguintes observações:

1. em 27/11/01, às 15h25m, diversos estabelecimentos do GRUPO SOM MÓVEIS impetraram *Habeas Data* junto à 1ª Vara Criminal Especializada da Comarca de Salvador, processo que foi remetido para a Vara da Fazenda Pública, uma vez que o MM. Juiz da Vara Criminal entendeu ser incompetente para apreciar a matéria;
2. o impetrante listou em sua petição (no item 4 – “Dos Autos de Infração”), dez autos de infração, alegando a impossibilidade de impugná-los por falta de entrega dos documentos que os instruíram;

3. no item 7 – “Do pedido”, constante da mesma Petição (*Habeas Data*), além dos dez autos de infração originais, foram incluídos outros sete, dentre os quais consta o presente lançamento (fl. 150), o qual foi lavrado em 28/11/01, com ciência em 30/11/01, sendo, então, um mistério como um Auto de Infração lavrado em data posterior poderia fazer parte da citada petição no processo de *Habeas Data*.

Concluem dizendo que o contribuinte limitou-se a discutir questões preliminares, tentando tumultuar o processo, trazendo informações inverídicas e fatos que não guardam correlação com a autuação em comento. Quanto ao mérito, alegam que o autuado manteve-se silente, não discordando, em nenhum momento, dos valores de ICMS ora lançados, o que implica, em sua opinião, a concordância tácita com o débito apurado.

Requerem a rejeição dos pedidos formulados pelo autuado de posterior juntada de documentos, ouvida de testemunhas e perícia e pedem a total procedência deste lançamento.

Pelo fato de os autuantes terem anexado novos documentos em sua informação fiscal, o autuado foi intimado a se manifestar sobre os mesmos e o fez, às fls. 160 e 161, nos seguintes termos:

1. que os autuantes revelam desconhecimento do princípio à ampla defesa;
2. em nenhum momento os autuantes informam que os documentos foram obtidos em decorrência de Busca e Apreensão;
3. quanto à intimação, datada de 05/11/01, “a autuada não entregou ao autuante nenhum documento que ali se refere, pois o mesmo tenta fugir de uma operação truculenta do DECECAP e dos GRUPOS DA FAZENDA DA INTELIGÊNCIA FISCAL, uma vez que naquele momento a Liminar de Busca e Apreensão concedida pelo Juiz da 1ª Vara Criminal Especializada não foi exibida”;
4. os Balanços que originaram a acusação fiscal não revelam a verdade das operações econômicas e o livro Diário e os documentos fiscais encontram-se em poder do Fisco;
5. quanto à inclusão deste Auto de Infração na petição inicial do Processo de *Habeas Data*, alega que foi incluído posteriormente, “uma vez que a petição fora devolvida à distribuição após no dia 05 de dezembro de 2001, antes da concessão da Liminar e nesta data já havia a existência física do referido auto de infração”;
6. reitera os pedidos formulados na peça de defesa e, caso não seja acolhida a nulidade, pede que seja julgado improcedente este lançamento.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Segundo a descrição constante no lançamento, “o contribuinte não lançou em sua escrita fiscal a receita tributável decorrente das vendas de mercadorias, só o fazendo na sua escrita contábil, conforme se constata na rubrica “Receita Operacional Bruta” do Demonstrativo da Conta de Resultado vinculado a cada Balanço Operacional dos exercícios de 1997 a 2000”.

Consta, ainda, no lançamento as seguintes observações: “destaca-se que as omissões de receitas tributáveis decorreram de diversas irregularidades fiscais praticadas pelo contribuinte em apreço, notadamente as relativas a ‘calçamentos’ e ‘clonagem’ de Notas Fiscais, expediente de fraude este último também conhecido como Notas Fiscais ‘paralelas’. No Auto de Infração foi consignado também que “as vias originais dos documentos (balanços – fls. 08 a 24 e balancetes –

fls. 87 a 100), no caso de sua existência, encontram-se em poder do Ministério Público Estadual – CAOFIS, fazendo parte integrante do Processo de Ação Penal de número 140018261929”.

Para demonstrar a ocorrência da infração, os autuantes acostaram aos autos (fls. 7 a 101) os seguintes documentos:

1. um demonstrativo de apuração do ICMS devido (sonegado) a partir da receita de venda de mercadorias registrada nos Balanços Patrimoniais (fl. 7);
2. fotocópias dos Balanços Patrimoniais e do Demonstrativo da Conta Resultado dos exercícios fiscalizados (fls. 8 a 20);
3. um demonstrativo-resumo dos valores relativos a saídas de mercadorias lançados nos livros fiscais (fl. 25);
4. seis demonstrativos analíticos de lançamentos nos livros fiscais relativos a saídas de mercadorias tributadas (fls. 26 a 31);
5. um demonstrativo de Autos de Infração lavrados com infrações relativas a omissões de receitas tributáveis, para efeito de dedução nos levantamentos de receitas tributáveis de vendas de mercadorias consignadas nos balanços, que foram omitidas de registros nas escritas fiscais (fls. 32 a 36);
6. extratos do SIDAT/SEFAZ com a indicação dos Autos de Infração anteriormente lavrados contra o contribuinte (fls. 37 a 101).

O contribuinte, em sua peça defensiva, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de seu direito de defesa, sob o argumento de que foram apreendidos, por prepostos fiscais e policiais, diversos documentos de sua escrituração, em cumprimento a um Mandado Judicial de Busca e Apreensão de Documentos Fiscais e Equipamentos, do qual não foi lavrado o competente Auto de Apreensão pelo Oficial de Justiça, tendo sido apenas lavrado um Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos por prepostos da SEFAZ.

Entretanto, o autuado não traz ao processo nenhuma prova de suas assertivas. Não foi acostada cópia de nenhum Mandado de Busca e Apreensão, se lavrado, ou mesmo do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, a fim de que este órgão julgador pudesse verificar quais foram os livros e/ou documentos efetivamente apreendidos e retirados da guarda do contribuinte e avaliar o prejuízo para o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ademais, pela descrição da infração, constata-se que os valores constantes nos diversos demonstrativos elaborados pelos autuantes foram retirados dos livros fiscais escriturados pelo contribuinte e dos Balanços Patrimoniais e Demonstrativos da Conta Resultado, os quais, por sua vez, foram extraídos do livro Diário.

O autuado alega que ficou impossibilitado de realizar sua impugnação porque não lhe foram devolvidos os documentos fiscais citados no lançamento, entretanto, como mencionado acima, os autuantes não se fundamentaram em documentos fiscais para lavrar este Auto de Infração, mas apenas nos valores apresentados pelo próprio autuado em sua escrita fiscal e contábil, exigindo o ICMS em razão da diferença a mais constatada na receita de vendas de mercadorias lançada na escrituração contábil em relação àquela oferecida à tributação através dos livros fiscais.

Mais adiante, em seu pronunciamento, às fls. 160 e 161, o autuado assegura que “os Balanços que originaram a acusação fiscal não revelam a verdade das operações econômicas” e o livro Diário encontra-se em poder do Fisco. Não obstante isso, mais uma vez, não traz aos autos a prova de que o livro Diário realmente não se encontra em seu poder e, ademais, verifica-se, dos

documentos acostados às fls. 8 a 20, que se trata de Balanços Patrimoniais e Demonstrativos da Conta Resultado, confeccionados em papel timbrado do contribuinte, com sua denominação social, endereço e nº de CGC/MF, além de devidamente assinado pelo profissional em Contabilidade, Sr. João Gonçalves Lobo, CRC-BA nº 4368, e pelo Diretor Presidente Sr. Valdemir da Silva Santos e pela sócia Sra. Lenira Santos Bastos, os quais, até prova em contrário, possuem grande valor como prova dos números ali apresentados.

Por sua vez, os extratos do SIDAT/SEFAZ acostados pelos autuantes são referentes a Autos de Infração anteriormente lavrados, com cópias já entregues ao contribuinte, os quais também poderiam ter sido obtidos, no prazo de trinta dias, mediante a simples solicitação de fotocópias à repartição competente.

Quanto ao Processo de *Habeas Data* ajuizado pelo autuado junto à 3ª Vara da Fazenda Pública, constata-se, da petição inicial acostada pelos autuantes, às fls. 134 a 151, que, após relatar os fatos ocorridos – apreensão de documentos fiscais e equipamentos em cumprimento a ordem judicial de busca e apreensão –, o contribuinte (requerente) afirma que os prepostos fiscais, sem a presença do Oficial de Justiça, “apreenderam os documentos, livros, talões, equipamentos de informática, fiscal e outros” e que, em 13/08/01, recebeu “alguns documentos fiscais para possibilitar as operações comerciais” e, ainda, que foram lavrados diversos autos de infração, cujas “infrações tipificadas revelam notas fiscais clonadas, calçamento de Notas Fiscais, Notas Fiscais não lançadas na escrita fiscal, ICMS lançado e não recolhido”, sendo “indispensável que os documentos sejam disponibilizados para análise e apreciação para a defesa” administrativa.

A final, no referido processo, o contribuinte, “considerando os inúmeros documentos apontados no auto de infração”, pede a concessão de *Habeas Data* para que os documentos sejam entregues no cartório do Juízo e a prorrogação do prazo de defesa administrativa dos autos de infração, por cento e vinte dias após a entrega dos documentos no cartório.

Do exposto acima, verifica-se que a liminar, concedida pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, deve ser obedecida e os documentos porventura apreendidos devem ser postos à disposição do Requerente pelas autoridades requeridas. Entretanto, entendo que tal decisão judicial não traz nenhum prejuízo ao andamento deste Auto de Infração, tendo em vista que a presente autuação não foi fundamentada em documentos fiscais que tornassem indispensável a sua análise pelo contribuinte para exercer o seu direito de defesa, mas apenas nos valores lançados, pelo próprio autuado, em sua escrituração fiscal e contábil, não havendo, em nenhum momento, a prova de que os livros fiscais e contábeis foram apreendidos e retirados da guarda do autuado.

Sendo assim, considero que não ficou demonstrado o alegado cerceamento do direito de defesa, mesmo porque, no prazo de trinta dias, o autuado poderia ter obtido fotocópias dos Balanços e Demonstrativos da Conta Resultados que serviram de base para a presente ação fiscal, uma vez que, de acordo com o recibo apostado ao “Protocolo de Recebimento de Demonstrativos” (fl. 102), o advogado do contribuinte já havia recebido os demonstrativos elaborados pelos autuantes.

Rejeito, ainda, o pedido de “perícia com arbitramento”, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção, sendo, tal providência, desnecessária em vista das provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

O contribuinte não adentrou ao mérito e, como a autuação se fundamentou em dados extraídos dos livros fiscais e de demonstrações contábeis elaboradas pelo próprio contribuinte, entendo que está devidamente comprovado o cometimento da infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129442.0021/01-5**, lavrado contra **SOM MÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.038.194,85**, 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, 29 de abril de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR