

A. I. N° - 129442.0014/01-9
AUTUADO - M. J. DA SILVA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO COSTA MENEZES
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 22.10.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0369-02/02

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** REGISTRO DE SAÍDAS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado o lançamento a menos de notas fiscais de saídas. **b)** NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeita ao imposto. Infração caracterizada. **c)** DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES ENTRE AS VIAS DAS MESMAS NOTAS FISCAIS. CALÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS. Comprovada a irregularidade. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/10/01, exige o ICMS de R\$ 27.903,5, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$ 24.116,49, nos meses de maio, julho e dezembro de 1997, e janeiro de 1998, em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas Notas Fiscais n^{os} 2127, 2537, 3566, 3575, 3576, 3577, 3624, 3629, 3631, 3632 e 3704, conforme levantamento das notas fiscais “calçadas” relacionadas à fl. 09.
2. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 2.361,95, nos meses de março de 1996 e janeiro de 1998, referente a operações de saídas (Notas Fiscais n^{os} 80 e 3669) não escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo à fl. 32.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.425,11, no mês de dezembro de 1996, em função de divergência entre os documentos fiscais de saídas n^{os} 1318 a 1320 e 1323, e os lançamentos nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo à fl. 35.

Em 27/11/01, o autuado por seu representante legal, interpõe recurso defensivo às fls. 51 a 61, onde, inicialmente, fez o seu relato do desenvolvimento da ação fiscal que resultou no Auto de Infração, e criticou as autoridades fazendárias e judiciárias, e a forma com que a busca e apreensão dos documentos fiscais e equipamentos, com a finalidade de cumprir a ordem judicial, foi realizada, dizendo que o Termo de Apreensão foi apenas lavrado por prepostos fiscais da SEFAZ, sem a participação da autoridade judiciária, e nele não foram discriminados os documentos de forma individualizada e com suas respectivas identificações de forma minuciosa.

Em seguida, alegando que após a ciência do Auto de Infração os Inspetores Fiscais lhe entregaram apenas uma cópia do mesmo, e com fulcro nos artigos 18, e 28, VII, § 4º, II, do RPAF/99, requer a nulidade da ação fiscal ou a reabertura do prazo de defesa, com base na preliminar de que não lhe

foram entregues, até a data da interposição do seu recurso, as cópias dos documentos que instruíram o PAF, apesar de solicitados à repartição fazendária fotocópias dos mesmos, consoante processo nº 197389/2001-9 protocolado no dia 09/11/01, configurando cerceamento ao seu direito de defesa assegurado pela Carta Magna. Frisa que a recusa da repartição fazendária em fornecer os citados documentos feriu frontalmente o artigo 5º, incisos XIV, XXXIII, XXXIV e LV da Constituição Federal. Citou a jurisprudência sobre esta questão.

Prosseguindo, o autuado diz que visando assegurar o seu direito de petição na forma prevista no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CF/88, ingressou no Judiciário com “Habeas Data”, a fim de obter as informações existentes a respeito do próprio interessado e o direito a sua retificação, assegurando, assim, o seu direito constitucional de ampla defesa.

Por fim, requer que seja acatado o seu pedido de nulidade da ação fiscal, ou caso contrário, seja determinada revisão fiscal, para, ao final ser reconhecida a improcedência do Auto de Infração.

À fl. 66 consta um requerimento datado de 09/11/2001 subscrito por advogado da empresa, requerendo cópias dos documentos que instruíram a ação fiscal, e à fl. 69, declaração do autuante de que ficou prejudicada a sua informação fiscal, tendo sugerido que fosse atendido o pleito do patrono do autuado, reabrindo-se o prazo de defesa para que o mesmo exercesse o seu direito de defesa.

Consta à fl. 70 cópia xerográfica do Edital de Intimação nº 01/2002 expedido pela Inspetoria Fazendária de BONOCÔ, referente a intimação do estabelecimento autuado, juntamente com outros contribuintes, para receberem cópias dos documentos que instruíram os respectivos Auto de Infração, conforme publicação no Diário Oficial do dia 23/05/02, página 27, reabrindo-se o prazo de defesa na forma prevista na legislação tributária.

Com a reabertura de novo prazo de defesa, em 21/06/2002 o sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, interpõe novo recurso defensivo conforme documentos constantes às fls. 72 a 87, onde reitera as suas razões anteriores, assim como impugna o lançamento tributário em questão, acrescentando que os documentos que instruem o Auto de Infração não se encontram identificados no Auto de Busca e Apreensão, do que condiciona o recebimento dos referidos documentos à aludida identificação. Tece comentários sobre a irregularidade do cumprimento da citada ordem judicial. Ao final, requer diligência fiscal no sentido de que sejam identificados, no Auto de Busca e Apreensão lavrado pelo Oficial de Justiça, todos os documentos que compõem as peças do Auto de Infração, com a reabertura de novo prazo de defesa, para que possa exercer o contraditório e a ampla defesa.

À fl. 88 foi apensada cópia do Processo nº 113126/2002-6, datado de 10/06/02, referente ao requerimento do patrono do autuado no sentido de que seja determinada a identificação e vinculação dos documentos que instruíram a ação fiscal aos Autos de Busca e Apreensão.

Em 26/06/2002, o Inspetor Fazendário da INFAZ Bonocô indefere o pleito do requerente, do que foi dada ciência pelo representante legal do autuado através do Edital nº 01/02 publicado no Diário Oficial no dia 23/05/02, inclusive entregando-lhe cópia do documento à fl. 95, sob justificativa de que os documentos originais foram devolvidos ao órgão judiciário que determinou a busca e apreensão, tendo sido feitas cópias apenas dos documentos úteis para instrução do processo administrativo, não havendo necessidade de fazer qualquer correspondência, na via administrativa, com os documentos apreendidos judicialmente. Assim, foi mantido o aludido Edital, inclusive com relação ao curso do prazo para apresentação da defesa administrativa.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 97 a 104, aduz que o Ministério Público tomando conhecimento das fraudes fiscais cometidas pelo contribuinte, requereu e obteve ordem judicial

para buscas e apreensões nos diversos estabelecimentos do grupo, o que culminou em 08/06/2001 com a apreensão de volume considerável de várias dezenas de metros cúbicos de documentos, dentre os quais documentos fiscais falsificados que, por constituírem provas de crimes, foram remetidos ao Ministério Público para instrução da Ação Penal n.º 140018261929.

Afirma que dos diversos milhares de documentos foram extraídas cópias reprográficas que serviram para instrução de 31 Autos de Infração, cujo débito aproxima a marca de R\$ 22.000.000,00, sendo três já julgados procedentes.

Esclarece que visando facilitar a ciência e vistas aos processos, todos eles foram registrados na INFAZ BONOCÔ, aos quais o patrono do autuado teve livre acesso, examinando-os por diversas vezes.

Assevera que a autoridade fazendária jamais negou a fornecer cópias dos documentos ao autuado, as quais foram providenciadas e disponibilizadas, com reabertura do prazo de defesa, porém nenhum preposto do autuado compareceu para recepcioná-las. Assim, sob a infundada alegação da negação do fornecimento dos documentos, o patrono do contribuinte resolveu ajuizar ação de “habeas data”, cuja liminar concedida teve seus efeitos suspensos pelo Tribunal de Justiça, conforme Processo nº 140.01.857671-4, publicada em 27/04/02.

Diz que diante da recusa do recebimento das cópias dos documentos fiscais que embasaram a lavratura dos Autos de Infração, foi intimado o procurador do autuado diante da impossibilidade de se fazer diretamente aos estabelecimentos do contribuinte, por já se encontrarem todos fechados, contudo, não obtendo êxito, pois o procurador recebeu a intimação e não compareceu à repartição fazendária. Esgotados os meios de fazer a entrega pessoalmente, foi expedida nova intimação através do Edital de Intimação nº 01/2002, publicado no Diário Oficial do dia 23/05/02, conforme consta à fl. 70 dos autos, do que condicionou, o dito procurador, o recebimento dos documentos relativos aos Autos de Infração se todos fossem relacionados e identificados com o Auto de Busca e Apreensão, lavrado pelo Oficial de Justiça, o qual não identifica de forma individualizada os documentos apreendidos judicialmente, já que tratavam-se de milhares deles. Conclui que tal imposição não tem outro objetivo, senão de tentar tumultuar, sob todas as formas, o andamento e julgamento dos Autos de Infração, e que o patrono do autuado não recebeu os documentos que instruíram a ação fiscal porque não quis fazê-lo. Por fim, o preposto fiscal sustenta que deve ser indeferido o pedido de nulidade da ação fiscal, frisando que em momento algum foi ferido o princípio do contraditório e da ampla defesa, e no mérito, que o Auto de Infração deve ser julgado totalmente procedente, haja vista que não foram contestados os números apurados nos levantamentos fiscais.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no montante de R\$ 27.903,55, em decorrência dos seguintes fatos.

- Recolhimento a menor do ICMS em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais, configurando “calçamento” de notas fiscais;
- Falta de lançamento de notas fiscais no livro Registro de Saídas;
- Falta de recolhimento do ICMS em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios.

Nos recursos defensivos às fls. 51 a 61 e 72 a 87 o sujeito passivo, sem adentrar no mérito das imputações, arguiu preliminar de nulidade da ação fiscal, sob alegação de cerceamento do seu

direito de defesa, por não lhe terem sido fornecidas as cópias dos documentos fiscais que fundamentaram as acusações fiscais.

Analisando as peças constitutivas do processo, observo que não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação, haja vista que consta a assinatura do preposto do contribuinte recebendo cópia dos demonstrativos às fls. 09 e 32, além do fato de que conforme consta à fl. 70 dos autos, o estabelecimento autuado, juntamente com os demais integrantes do grupo comercial, foi intimado através de Edital, a comparecer à Inspetoria Fazendária do BONOCÔ para receber cópias dos documentos que instruíram os Autos de Infração, oportunidade em que foi reaberto o prazo de defesa.

Assim, considero completamente descabido o pleito do autuado, pois em momento algum houve preterição ao direito de defesa, e também totalmente impertinente seu posterior condicionamento ao recebimento dos referidos documentos à identificação no Auto de Busca e Apreensão. Como bem frisado em processos lavrados contra estabelecimentos do mesmo grupo comercial, tal pleito além de ser abusivo, tem conotação de apenas impor empecilhos ao seu direito de defesa, sob o suposto manto de cerceamento do referido direito de defesa, pois todos os documentos que instruem a ação fiscal foram colocados à disposição do contribuinte, e são os necessários e suficientes para o sujeito passivo conhecer as acusações fiscais, independentemente da retardatária imposição do seu procurador.

Desse modo, deve ser rejeitada a arguição de nulidade da ação fiscal, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, nem no artigo 28, VII, § 4º, II, do RPAF/99, e quanto a diligência requerida no sentido de identificar, no Auto de Busca e Apreensão, todos os documentos que compõem as peças do Auto de Infração, para que possa exercer o seu direito de defesa, também que deve indeferida, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do citado Regulamento, pois considero que os autos contém todos os elementos para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em razão da rejeição da preliminar de nulidade do Auto de Infração, uma vez que as razões de defesa não adentraram no mérito, cujas provas processuais constantes às fls. 09 a 46 dos autos comprovam, de forma inequívoca, os ilícitos fiscais apurados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 129442.0014/01-9, lavrado contra **M. J. DA SILVA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 27.903,55**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.425,11, 70% sobre R\$ 2.361,95, e 150% sobre R\$ 24.116,49, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “a”, III, e V, “c”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala de Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR