

PROCESSO - A. I. 147794.0005/05-0
RECORRENTE - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0065-02/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/07/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0235-12/07

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 a emissão da documentação fiscal exigível. Os autuantes, ao procederem revisão do feito, ajustaram a exigência tributária acatando grande parte da documentação apresentada pelo contribuinte no seu recurso. Infração em parte caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade e ilegalidade do lançamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário através do qual o contribuinte impugna a Decisão de 1ª Instância que declarou a Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2005, pela constatação da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Foi cobrado imposto no valor de R\$ 472.868,21 e aplicada a multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a presente lide fiscal exarou o voto a seguir transcrito:

Depois de proceder ao exame nos elementos que integram o presente Auto de Infração, verifico que os procedimentos adotados pelos autuantes para apuração das omissões de saídas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado afiguram-se de acordo com o que determinam o inciso II do art. 60 e o inciso XXIV do art. 87, ambos do RICMS/97-BA, bem como, atende a orientação da Portaria 445/98.

O autuado em suas alegações de impedimento para apresentação integral das documentações fiscais do período fiscalizado invoca os §§ 5º e 6º do art. 123 do RPAF, postulando a entrega ulterior, e sobrestado o prosseguimento do PAF, aduzindo não ter tido tempo suficiente para localizar as notas fiscais faltantes. Entendo que o pleito não tem amparo, nem sustentação legal, uma vez que, efetivamente, não ocorrera a absoluta falta de tempo para localizar as notas fiscais redargüida pelo autuado. Pois, além transcorridos os trinta dias da lavratura do Auto de Infração até a impugnação, e desta, até a presente data, já ultrapassaram mais de quarenta dias, sem que o autuado complementasse a aludida documentação faltante. Verificamos também, dentre as justificativas apresentadas, nenhuma delas, configura motivo de força maior, na forma exigida pelo item I do § 5º do RPAF.

Mesmo parcialmente, o material acostado aos autos pelo autuado, na forma de planilha discriminando seqüencialmente tão somente as notas fiscais de saídas, por ele emitida no período fiscalizado, além das cópias destas notas fiscais, nada consegue rebater ou refutar o levantamento elaborado pelo autuado, fls. 136 a 175, que especifica e detalha a origem e apuração das omissões de saídas apuradas.

Tendo em vista que o levantamento elaborado pelos autuantes fora produzido com base exclusivamente na documentação fornecida e de responsabilidade do autuado, deveria a peça

defensiva, mesmo que parcialmente, ou a título de exemplos, demonstrar cabal e pontualmente as incongruências e seus nexos causais existentes no demonstrativo do autuante. Mesmo porque o próprio autuado alega que seus sistemas de registros e escrituração informatizados não possuem interface unívoca gerando informações incompatíveis e contraditórias da mesma ocorrência.

Remanesce, portanto, no meu entendimento, em face da ausência de comprovação inequívoca de qualquer falha no levantamento dos autuantes, a prevalência dos valores neles consignados da omissão de saídas apurada. Já que os demonstrativos apresentados pelos autuantes afiguram-se corretamente elaborados e demonstram claramente a concatenação das diversas etapas para o cálculo das omissões, além de identificar individualizadamente os documentos fiscais utilizados e as fontes de obtenção.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada, eis que, a auditoria foi realizada com base na documentação apresentada pelo próprio contribuinte.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão prolatada pela JJE, o autuado ofertou Recurso Voluntário às fls. 2058/2069, com a concomitante juntada de farta documentação fiscal, arrimando sua irresignação nas seguintes teses:

1. de que o procedimento epigrafado restaria inquinado de nulidade, tendo em vista que os fatos atestados no lançamento não foram demonstrados de forma precisa e clara;
2. cerceamento de defesa e do contraditório;
3. de que as notas fiscais tidas como não emitidas foram registradas de forma extemporânea por preposto da empresa, não se podendo falar, desta forma, em nenhum prejuízo ao erário;
4. discorreu acerca da confiscatoriedade da multa aplicada.

Em concordância com o Parecer da Procuradoria Estadual, exarado às fls. 9909/9910 dos autos e considerando a grande quantidade de documentos apresentados na súplica recursal, especificadamente um grande manancial de documentos de notas fiscais, foi deliberado pelo colegiado da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a realização de diligência, a cargo dos autuantes, para a revisão do levantamento quantitativo de estoques.

Os autuantes à fls. 9915/9917, produziram nova informação fiscal, afirmando que foram processados os documentos fiscais de saídas, relativos aos cupons fiscais (do volume VIII) e notas fiscais de saídas modelo 01-A, série 2 (volumes XVI e XXXVI), apresentados, tardiamente, e apuramos novo valor de omissão de saídas, conforme anexos 01 – pós-diligência. (fls. 9954 e 9955). Este novo Anexo 01 foi obtido do campo de saídas $G=G1+G2+G3$, correspondentes as saídas apresentadas neste Recurso Voluntário. Foi acrescentado o Anexo 03 – complementar (fls. 9956 a 10092) incluindo, as notas fiscais analiticamente, ausentes no primeiro levantamento. Refeitos os cálculos das omissões, em alguns casos, as omissões de saídas foram dissipadas e em outros casos não. Portanto, segundo os autuantes, “*persistiu a omissão de saídas no montante de R\$ 165.091,22. Afirmaram, ainda, que mais uma vez a empresa deixou de apresentar as notas fiscais de entrada, de acordo com intimação fiscal e que da análise deste fato, depreende-se que aceitando, apenas, computar as notas fiscais de saídas, estamos beneficiando o infrator, e estamos apurando o cálculo de omissões na forma incorreta, vez que, ao omitir a entrada de determinado produto, a omissão de saída pode ser mascarada*”.

Instada a se manifestar acerca da nova informação fiscal prestada, que reduziu o valor autuado, o contribuinte, através de seu advogado, declarou que houve cerceamento do direito de defesa, pois da leitura das razões elencadas nas Informações Fiscais há menção a dois anexos, os de nº 01 (fls. 9.954 e 9.955), que seria novo levantamento das omissões de saída e de nº 03 (fls. 9.956 a 10.092), que, pretensamente, contem as notas fiscais ausentes no primeiro lançamento. Todavia, esses anexos não acompanharam a intimação fiscal, eis que o recorrente só recebeu as fls. 9.915 a 9.924, quando a Informação Fiscal está lastreada nas fls. 9.915 a 10.087 dos autos. Afirmo que este fato implica evidente cerceamento de direito de defesa do recorrente e afronta ao devido

processo legal, visto que impossibilitou a análise do novo levantamento fiscal. Por essa razão, requereu o re-establishimento do prazo de 10 (dez) dias, através da nova intimação, acompanhada da integralidade da Informação Fiscal de fls. 9.915 a 10.087.

Solicitou perícia contábil e juntada posterior de provas.

No mérito, o recorrente declara que diante das notas fiscais de entrada e saída de mercadorias anexadas ao processo, o Auditor, em sua informação fiscal, reduziu o crédito tributário exigido, fato que demonstra boa-fé do contribuinte, a temeridade e fragilidade do Auto de Infração comprovado através da elaboração, pelo fiscal autuante, de novo levantamento.

Sustenta que a fragilidade do Auto de Infração também está visível quando a codificação das mercadorias, ou seja, a fiscalização, de modo próprio, imputou um único código para classificar os produtos, quando o certo seria verificar um a um e verificar a sua numeração junto à empresa, motivo pelo qual a perícia contábil é necessária, para que o devido processo legal e a ampla defesa não sejam ignorados.

Ao final formulou os seguintes pedidos:

- a) O restabelecimento do prazo de 10 (dez) dias, através de nova intimação, esta devidamente acompanhada da integralidade da Informação Fiscal de fls. 9.915 a 10.087, visto que a presente intimação não continha todas as folhas nela relacionadas, respeitando, assim, o devido processo legal e a ampla defesa.
- b) Deferimento da perícia contábil, resguardando o direito do recorrente de formular outras indagações quando da realização da perícia.
- c) Juntada posterior de provas, devido ao grande volume de documentos a serem levantados pela empresa no curto espaço de tempo de 10 (dez) dias.
- d) E no mérito, requereu a improcedência do Auto de Infração em face da inexistência da suposta omissão de saídas de mercadorias sem documentos fiscais, fato que será amplamente comprovada através da perícia.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), através do Dr. José Augusto Martins Júnior, exarou Parecer jurídico nos autos, afirmando que no tocante à alegação de que os fatos atestados no lançamento não foram demonstrados de forma clara e precisa, a tese do contribuinte não encarece de aprovação por este Conselho, pois, conforme demonstrado sobejamente no processo, o roteiro de auditoria utilizado para a lavratura do presente lançamento foi um levantamento quantitativo de estoques realizado e ancorado em informações e registros fiscais e contábeis feito pelo próprio contribuinte, sendo perfeitamente claro os fatos engendrados da conduta infracional arrostada. Logo, não merece acolhimento a alegação recursal de nulidade do lançamento e de cerceamento de defesa e afronta ao princípio do contraditório.

Assim, diante da robusta pesquisa feita pelo autuante às fls. 9915/6617 do processo e, por conseguinte, pelas explanações firmadas acerca dos documentos juntados e, pela depuração realizada, entendeu o digníssimo procurador que as notas fiscais juntadas não se prestam à elisão da conduta infracional. O representante da PGE/PROFIS acolheu o argumento esposado pelo autuante no sentido de que a simples entrega das notas fiscais de saídas não se presta a elidir a infração, muito pelo contrário, pois, como elemento da equação matemática da verificação da omissão de entradas ou saídas, sua ausência ou incorreção engendra grave distorção na apreciação do fato econômico tributável.

Assim, conclui que não há como se acolher a tese lançada pelo recorrente e nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário do autuado, propugnando pela remessa da presente manifestação ao colendo Conselho de Fazenda Estadual para ser submetida ao crivo da CORTE JULGADORA.

VOTO

De plano afasto as arguições de nulidade por cerceamento de defesa, afronta ao princípio do contraditório e insegurança do levantamento fiscal. Em total concordância com o Parecer da Procuradoria Estadual, depreende-se, da leitura dos autos, que os fatos que embasam o

lançamento fiscal foram demonstrados de forma clara e precisa, e dessa forma, a tese do contribuinte não merece aprovação por este colegiado.

Conforme foi sobejamente demonstrado no processo, o roteiro de auditoria utilizado para a lavratura do Auto de Infração foi um levantamento quantitativo de estoques fundado nas informações e registros fiscais e contábeis feito pelo próprio contribuinte. Logo, não merece acolhimento a alegação recursal de nulidade do lançamento e de cerceamento de defesa e afronta ao princípio do contraditório. Esta última alegação, quanto à falta de entrega de todos os elementos que serviram de suporte para a revisão do feito, levada a cabo pelos autuantes, também não merece acolhimento, pois não restou demonstrado, pelo recorrente o vício apontado, posto que o mesmo não se desincumbiu de produzir a prova da alegada nulidade de falta de entrega dos demonstrativos, tentando, por sua vez, procrastinar o andamento do processo com sucessivos pedidos de novas revisões, sem juntar aos autos qualquer elemento probatório que nos convença da necessidade de novas diligências fiscais. Em razão do acima exposto, afasto as nulidades suscitadas e também indefiro o pedido de realização de novas diligências, visto que, o autuado foi sucessivamente intimado a entregar toda a documentação, permanecendo inerte em relação aos documentos de entrada solicitados pela fiscalização.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa e ilegalidade da taxa SELIC, a matéria se encontra prevista de forma expressa na legislação tributária estadual, não podendo o Tribunal Administrativo, no caso o CONSEF, declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas inseridas no ordenamento jurídico, por conta da vedação expressa, contida no art. 167, do RPAF/99.

No mérito, acolho a revisão efetuada pelos autuantes, que produziram minucioso levantamento fiscal, reduzindo de forma significativa o valor original da autuação, que passou de R\$ 472.868,21 para R\$ 165.091,22. As informações prestadas pelo contribuinte em meio magnético foram ajustadas aos documentos apresentados na fase recursal. Nova revisão poderá ocorrer em outras fases do processo, mesmo no controle da legalidade a cargo da Procuradoria Estadual, desde que devidamente documentadas pelo contribuinte. Assim, diante das robustas provas apresentadas pela fiscalização às fls. 9.915/10.087 do processo e, por conseguinte, pelas explanações firmadas acerca dos documentos juntados e pela depuração realizada, voto pela procedência parcial do Auto de Infração e, em decorrência, dou PROVIMENTO EM PARTE ao Recurso Voluntário, acatando o novo levantamento fiscal dos autuantes, pois em face da ausência de provas em contrário da defesa, revela-se o lançamento revisado em total conformidade com o roteiro de auditoria fiscal que contempla a contagem física dos estoques e a correspondente apuração da base de cálculo do imposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147794.0005/05-0, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$165.091,22**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS