

PROCESSO - A. I. N° 206896.0222/09-0
RECORRENTE - W.Z.Y. COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA. (PORTINOX AMBIENTES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0139-03/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/09/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0286-11/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Imputação não elidida. Indeferido o pedido de realização de perícia ou diligência fiscal. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Não acatado o pleito pelo cancelamento ou pela redução da multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/09 exige ICMS no valor de R\$164.180,62, acrescido da multa de 70%, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria nos exercícios fechados de 2006 e de 2007.

A 3^a JJF na Decisão proferida no Acórdão JJF N° 0139-03/11 preliminarmente afastou as nulidades suscitadas por entender que houve regularidade no procedimento fiscal e indeferiu o pedido de realização de diligência em razão de das provas constantes do processo.

No mérito, apreciou que:

Da análise dos documentos anexados ao processo verifico que o contribuinte alega que o Fisco não teria atentado para os esclarecimentos verbais prestados, o que o Fisco contesta tendo, inclusive, acostado cópia da troca de correspondência eletrônica mantida com a empresa, às fls. 06 a 16 dos autos deste processo.

O sujeito passivo alega que os dados de seu livro Registro de Inventário “definitivo” não teriam sido considerados pelo Fisco e anexa em sua impugnação, às fls. 112 a 115 dos autos, recibos de envio de retificações de seus registros referentes aos dados do livro Registro de Inventário, nos arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA. Ocorre, porém, que o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2009, e os registros retificadores do livro de Inventário só foram enviados a esta SEFAZ na data de 29/01/2010, ou seja, após a data de lavratura do Auto de Infração e de o contribuinte ter sido cientificado de tal lançamento de ofício.

Ainda que se pudesse considerar plausível que, mesmo após iniciada a ação fiscal, e em razão de intimações neste sentido que lhe fossem dirigidas pelo Fisco, o contribuinte descobrisse que teria enviado dados incorretos a esta SEFAZ, atinentes a seus livros fiscais, tais dados de registros incorretos anteriormente enviados pela

empresa teriam que ter sido retificados com base nos dados dos livros fiscais originais, e não em livros confeccionados durante, ou após, a realização da ação fiscal.

O livro Registro de Inventário deve basear-se nos dados do estoque existente no último dia do exercício financeiro da empresa, e por conseguinte tais dados não oscilam ao longo do tempo.

O contribuinte nada traz de concreto que prove, ou apresente indício, de erro nos cálculos realizados pelo Fisco no levantamento fiscal.

Os livros apresentados na impugnação estão, de fato, totalmente diferentes das cópias anexadas pelo Fisco ao Auto de Infração, tanto quanto a dados de documentos fiscais, quanto a valores escriturados de forma divergente pelo próprio sujeito passivo, o que denota que ditos livros foram, na realidade, modificados pelo contribuinte quando da sua apresentação para este Conselho de Fazenda, na impugnação apresentada.

Em face dos dados dos documentos e livros fiscais acostados ao processo, em especial os documentos acostados pelo Fisco às fls. 90 e 91, cópia do Termo de Abertura e da página 79 do livro Registro de Inventário nº 009, exercício de 2005; cópia do Termo de Abertura e da página 76 do livro Registro de Inventário nº 010, exercício de 2006; às fls. 94 e 95, cópia do Termo de Abertura e da página 114 do livro Registro de Inventário nº 011, exercício de 2007, documentos estes que podem ser cotejados com as páginas dos dois livros Registro de Inventário nºs 10 e 11, acostados a este processo pelo contribuinte em sua impugnação, o preposto fiscal autuante sugere o encaminhamento dos autos do processo, e dos livros acostados pelo sujeito passivo, ao Departamento de Polícia Técnica. A Decisão acerca de tal encaminhamento extrapola os limites deste julgamento, e fica a critério da autoridade administrativa competente no âmbito da INFATZ de origem.

O Requerimento de controle de legalidade mencionado no decorrer do Relatório que antecede este voto teve a respectiva desistência documentada nos autos deste PAF, não interferindo no deslinde deste processo.

A multa indicada no Auto de Infração está prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A empresa interpôs Recurso Voluntário à Decisão da Primeira Instância (fls. 196/208).

Preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que solicitou realização de perícia contábil, que entendeu ser indispensável para o deslinde da lide e não tendo sido deferida pela JJJF configurou cerceamento do direito de defesa.

Reitera a necessidade da produção de prova pericial em razão da matéria requerer conhecimento específico. Transcreve a ementa do REsp 106175 MG do Superior Tribunal de Justiça, parte de texto de doutrinadores e o art. 5º, II, LV e LVII da CF88 para reforçar o seu posicionamento de que não lhe foi oportunizado a garantia fundamental ao contraditório e ao devido processo legal.

Argumenta que a Decisão proferida não foi precedida de produção de provas indispensáveis e reitera o pedido de realização de perícia contábil “*nos documentos acostados ao presente PAF*” o que no seu entendimento afronta ao princípio do devido processo legal.

Quanto à multa aplicada de 70%, ressalta que tem efeito confiscatório, é vedada pela CF. Cita texto de doutrinadores e decisões de Tribunais Superiores para robustecer seus argumentos de que a aplicação de multas com porcentuais elevados configuram absorção do patrimônio do contribuinte o que vai de encontro aos princípios do direito tributário e da administração pública.

No mérito, afirma que o procedimento de lançamento efetuado pela sua contabilidade encontra-se em perfeita harmonia com as normas das ciências contábeis e a autuação não retrata a sua realidade fática/contábil o que pretende confirmar através de perícia contábil.

Transcreve a ementa dos Acórdãos JJJ 0292/99 e JJJ 0612/00 deste Conselho de Fazenda que decidiram pela nulidade de lançamentos em razão da ausência de elementos para se determinar com segurança a ocorrência da infração, para avigorar que se aplica a situação deste processo.

Conclui reiterando o pedido de realização da diligência à ASTEC/CONSEF para analisar e confirmar que sua escrituração traduz a verdade real dos fatos. Requer julgamento pela improcedência da autuação e na remota hipótese de ser julgado parcialmente procedente, que a multa de 70% seja reduzida para 30% como tem decidido a mais alta corte de justiça.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 224/227 manifestou que em sede administrativa não pode ser apreciada a constitucionalidade da multa aplicada e que o pedido de redução da mesma em

decorrência de descumprimento de obrigação acessória deve ser encaminhado para a Câmara Superior deste Conselho de Fazenda (artigos 159 e 167, II do RPAF/BA).

Também que a constituição do crédito tributário tem suporte em planilhas acostadas aos autos e não se justifica a realização de diligência fiscal por não atender aos requisitos regulamentares, havendo apenas negativa de cometimento da infração.

VOTO

Preliminarmente, no Recurso interposto o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa, em razão de que requisitou em sede de defesa à realização de perícia contábil e a mesma não foi deferida, nem realizada.

Verifico que a 3^a JJJ no Acórdão nº 0139-03/11 apreciou tais argumentos contestando que estavam presentes no processo os pressupostos de validade processual definindo o “*autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99*”.

Também que foram adotadas medidas saneadoras na Primeira Instância, inclusive, reaberto o prazo de defesa, com recepção de diversos pronunciamentos da empresa no processo, tendo sido assegurado o exercício do seu amplo direito de defesa. Portanto, entendo que não foi trazido ao processo elementos que caracterizasse o cerceamento do direito de defesa alegado.

Quanto à realização de perícia contábil, verifico que o lançamento acusa omissão de entrada de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, o que conduz a omissão de saída de mercadorias com base em presunção legal. Durante os trabalhos realizados pela fiscalização foram apresentados livros de registro de inventário cujas cópias foram juntadas ao processo. Por sua vez, no momento que apresentou sua defesa, a empresa juntou livros encadernados de inventários que diferem dos que foram juntados ao Auto de Infração.

Pelo exposto, conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecido habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntados ao processo cópias dos livros de inventários e não há necessidade de requisitar laudo “*por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada*” para fornecer opinião. Por isso, consoante o disposto no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos.

Também fica indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No que se refere à autenticidade e validade dos mencionados livros, trata-se de exame do mérito o que será feito no momento próprio.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 70% é prevista no art. 42, III, “a” da Lei 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 4), e a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode haver redução da multa aplicada com base na data do pagamento que varia de 15% a 80%, o que implica em porcentuais efetivos menores do que os 70% indicado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No tocante ao pedido de cancelamento ou redução da multa para 30%, conforme ressaltado pela representante da PGE/PROFIS, esta CJF não tem competência para apreciar tal pedido em

decorrência de descumprimento de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99, se comprovado os requisitos nele previstos.

No mérito, observo que no Recurso interposto, a empresa alegou apenas que os registros efetuados pela sua contabilidade se encontram em consonância com as normas contábeis e a que a autuação não retrata a sua realidade.

Observo que a acusação se fundamenta em falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias, com base na presunção legal de que ao não contabilizar as entradas efetuou os pagamentos com Recursos provenientes de saídas de mercadorias não contabilizadas.

Em se tratando de aplicação do roteiro de auditoria de estoques foram computadas no levantamento fiscal as quantidades consignadas nos inventários (inicial e final), as quantidades adquiridas consignadas em notas fiscais e comparado com as quantidades consignadas nas notas fiscais de saídas, o que denotou entradas de mercadorias não contabilizadas.

Verifico que o único elemento trazido no processo quando da apresentação da defesa foi que a empresa juntou dois encadernados relativos aos inventários finais dos exercícios de 2006 e 2007, os quais foram contestados pela fiscalização afirmado que não correspondiam aos originais fornecidos durante a fiscalização. Esta questão foi apreciada na Decisão ora recorrida e não merece qualquer reforma, conforme expôs a relatora:

Os livros apresentados na impugnação estão, de fato, totalmente diferentes das cópias anexadas pelo Fisco ao Auto de Infração, tanto quanto a dados de documentos fiscais, quanto a valores escriturados de forma divergente pelo próprio sujeito passivo, o que denota que ditos livros foram, na realidade, modificados pelo contribuinte quando da sua apresentação para este Conselho de Fazenda, na impugnação apresentada.

Portanto, não tendo trazido ao processo qualquer elemento novo no Recurso interposto, deve ser homologada a Decisão proferida pela 3^a JJF.

Também não pode ser acolhido os fundamentos das Decisões contida nos Acórdãos JJF 0292/99 e JJF 0612/00 deste Conselho de Fazenda, tendo em vista que as nulidades daqueles lançamentos ocorreram em razão da ausência de elementos que determinasse com segurança a ocorrência das infrações. Na situação presente, o recorrente recebeu os demonstrativos que deram suporte à exigência fiscal e não foi trazidos ao processo provas de ausência de elementos para determinar com segurança a infração.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206896.0222/09-0, lavrado contra **W.Z.Y. COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA. (PORTINOX AMBIENTES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$164.180,62**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS