

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0012/08-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA
RECORRIDOS - CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0268-04/11
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-13/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias, mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita fiscal. Rejeitada a preliminar de inconstitucionalidade da multa aplicada. Indeferido o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, lavrado em 23/12/2008 em decorrência de falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$216.683,15, constatado pela apuração de diferenças tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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 e também não contabilizadas, no mesmo exercício, apurado por levantamento quantitativo de estoques, acrescido da multa de 70%.

Considerando que o próprio autuante admitiu a possibilidade de haver inconsistência nos arquivos originais, por entender que o lançamento poderia não refletir a realidade da atividade da empresa no período autuado, na fase de sua instrução, em privilégio da verdade material, o PAF foi baixado em diligência para refazimento do procedimento fiscal tendo por base, nessa oportunidade, os novos arquivos magnéticos do período compreendido pela ação fiscal que o contribuinte encaminhou à SEFAZ em atendimento a intimação por força de diligência anterior (embora transmitido em data posterior à firmada para atendimento do requerido), onde, conforme sua manifestação de fls. 543/544, expressamente diz conter todos os registros exatos dos produtos e quantidades.

Com base nestes novos arquivos magnéticos, conforme demonstrativos de fls. 616 a 651, o autuante ajustou o lançamento tributário re-apurando no procedimento fiscal o ICMS devido de R\$91.129,27, sendo R\$5.348,59 para 2004 e R\$85.780,68 para 2005.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente alegou que o relator da Decisão recorrida teria afirmado que a exigência fiscal e o procedimento aplicado para a obtenção da exigência estão corretos, mas é com base nos documentos fiscais que devem ser feitos os levantamentos fiscais, e os arquivos magnéticos devem refletir tais documentos. Disse que existem divergências entre eles, e

esta situação deveria ser investigada, mas os membros da 4ª JJF julgaram o Auto de Infração apenas com base nos arquivos magnéticos, e não com base nos documentos fiscais.

Asseverou que o não reconhecimento do DDP-80 como de sua fabricação própria leva à desconsideração da utilização dos seguintes produtos como matéria-prima: ÁCIDO AQUISULFÔNICO 90% BB e AMIDA. Assim, concluíram os julgadores que a omissão de saídas desses produtos deve subsistir, mas é fato que a Carboflex produz DDP-80, e que quando o autuante alega não considerar o DDP-80 como produto de sua industrialização, porque pode ser adquirido no mercado e que a própria Empresa apresenta notas fiscais comprovando a aquisição desses produtos, ele, o Relator e os demais Julgadores não observaram que a entrada das 2.000 unidades do produto ocorreu por meio da Nota Fiscal nº 4.973, emitida por um estabelecimento filial seu, e que a NF foi registrada com o CFOP 2151 – Transferência para industrialização ou produção.

Em relação ao produto Baritina, disse que acatou o levantamento realizado pelo autuante no Auto de Infração, cujo resultado foi a omissão de entradas no valor de R\$ 12.974,50, mas que, estranhamente, na Informação Fiscal de números 1, 2 ou 3, o valor foi convertido para omissão de saídas de R\$ 291.129,68, e assim, o Auditor Fiscal teria alterado o tipo de omissão, o que resultou na majoração do seu valor.

Embora negada pelos Julgadores, trata-se de irregularidade que pode e deve ser corrigida por meio de diligência fiscal a ser realizada por Auditor estranho ao feito.

Garantiu ser uma empresa idônea, que não sonega tributos, não realiza saídas sem emissão de nota fiscal, não emite nota fiscal inidônea, não desrespeita a ordem tributária vigente e nem sonega informações aos órgãos públicos.

Alegou que o percentual de multa aplicada, de 70%, é abusivo, e representa verdadeiro confisco, em ofensa ao art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco (ADIn/MC nº 1.075-DF), e que, assim, esta multa deve ser inteiramente dispensada ou reduzida para 10% (dez por cento) ou outro percentual próximo a isso.

Concluiu requerendo que seja acolhido o presente Recurso, acatando-se o pagamento do ICMS reconhecido pelo Recorrente no montante de R\$ 13.444,31 (R\$ 3.553,19 + R\$ 9.891,12), e declarando inteiramente improcedente o restante do Auto de Infração lavrado, reformando-se o Acórdão proferido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Caso não se acolha de pronto este pedido acima, protesta pela realização de nova diligência, desta feita posta a cargo de um Auditor diverso daquele que lavrou o Auto de Infração e realizou a anterior.

Em última hipótese, então com fundamento no art. 42, § 8º, da Lei nº 7.014/1996, e art. 169, II e § 1º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, que seja inteiramente dispensada ou reduzida para 10% (dez por cento) ou outro percentual próximo a este, a multa por infração à obrigação principal lavrado no presente Auto.

A Representante da PGE/PROFIS, em Parecer, ressaltou que as alegações versando sobre inconstitucionalidade da multa não poderão ser apreciadas pelo CONSEF, em face do art. 167, II, do RPAF/99, e frisou que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que as mesmas possuem natureza jurídica diversa do tributo, sendo autênticas sanções impostas ao contribuinte com função nitidamente educativa, e a multa proposta no presente lançamento está expressamente prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96.

Pontuou que o pedido de redução ou dispensa da multa por descumprimento de obrigação principal, não pode ser apreciada pela CJF, pois, em consonância com os termos do art. 159, do RPAF, esta apreciação é de competência da Câmara Superior do CONSEF, a quem deve ser dirigido.

Destacou que o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito deve ser indeferido, por que tem como escopo verificar fatos vinculados à escrituração fiscal e comercial e documentos fiscais que estão na posse e guarda do sujeito passivo e cuja prova caberia ao mesmo carrear ao presente processo (art. 147, I, "b", do RPAF).

Salientou que, em consonância com o § 1º, do art. 60, do RICMS/97, nas hipóteses em que são detectados dois tipos de omissão, deverá prevalecer tão-somente a exigência que represente maior expressão monetária, presumindo-se que a outra se encontra nela compreendida, razão pela qual não há motivo para se cogitar de alteração irregular do tipo de omissão detectada no produto Baritina, até porque, em homenagem ao princípio da verdade material, o procedimento fiscal fora convertido em diligência para refazimento dos cálculos com fundamento nos novos arquivos magnéticos encaminhados pelo próprio sujeito passivo.

Assegurou que a constatação de omissão de saídas de mercadorias, mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita fiscal.

Opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo que a JJF agiu corretamente ao acatar os novos demonstrativos trazidos pelo autuante, em razão da diligência realizada após o contribuinte autuado ter apresentado novos arquivos magnéticos e afirmado expressamente que estes contêm todos os registros exatos dos produtos e quantidades.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente, novamente, alegou que existem divergências entre os seus arquivos magnéticos e os documentos fiscais, pedindo, inclusive a realização de diligência por estranho ao feito.

Ora, como já foi dito pela Representante da PGE/PROFIS, esta diligência só pode ser indeferida, pois se destina a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos (art. 147, I, "b", do RPAF). Além disso, já foi oportunizada ao recorrente a correção de seus arquivos magnéticos, que, conforme palavras suas, devem refletir o conteúdo dos documentos fiscais.

Também foi argumentado que o produto DDP-80 é de sua fabricação e utiliza os seguintes produtos como matéria-prima: ÁCIDO AQUISULFÔNICO 90% BB e AMIDA, e os julgadores de primeira instância mantiveram as omissões de saída destes produtos.

Apesar de não ter sido apontado em que exercício poderia ter ocorrido este fato, imagino que o recorrente esteja se reportando a 2005, único em que houve diferenças de saída de ÁCIDO AQUISULFÔNICO 90% BB e AMIDA. Ocorre que, se de fato a saída destas matérias-primas foi destinada à industrialização do DDP-80, necessariamente, deve haver uma diferença de entrada na proporção da sua utilização como componente deste, e não aconteceu. O único produto em que se vê omissão de entrada em volume compatível é o detergente de perfuração, que em nada corresponde com o alegado (fl. 618).

No que concerne ao produto Baritina, corroboro integralmente com a ilustre Procuradora, quando salientou que, em consonância com o § 1º, do art. 60, do RICMS/97, nas hipóteses em que são detectados dois tipos de omissão, deverá prevalecer tão-somente a exigência que represente maior expressão monetária, presumindo-se que a outra se encontra nela compreendida, razão pela qual não há motivo para se cogitar de alteração irregular do tipo de omissão detectada neste produto, até porque, em homenagem ao princípio da verdade material, o procedimento fiscal fora

convertido em diligência para refazimento dos cálculos com fundamento nos novos arquivos magnéticos encaminhados pelo próprio sujeito passivo.

Em relação à suposta inconstitucionalidade da multa aplicada, porque teria efeito de confisco, o art. 167, I, do RPAF, exclui da competência dos órgãos julgadores a sua declaração, e a multa de 70% era a prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, com a redação à época da ocorrência dos fatos geradores, e é a adequada quando se constata a falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurada por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

No que tange ao pedido de dispensa ou redução da multa sobre o descumprimento de obrigação principal, ao apelo da equidade (§ 8º, do art. 42, da Lei n.º 7014/96), a sua apreciação extrapola a competência das Câmaras de Julgamento Fiscal e deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, conforme preconiza o art. 159, do RPAF.

Pelo exposto, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207093.0012/08-0**, lavrado contra **CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$91.129,27**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS