

A. I. N° - 281211.0033/12-0
AUTUADO - TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.
AUTUANTE - TERTULIANO ESTÊVÃO DE PINHO ALMEIDA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 20. 12. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0301-01/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **2.** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **3.** LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO ESCRITURADO NO LIVRO DE SAÍDAS E O DECLARADO NO LIVRO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **b)** REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. Não acatada a alegação de cerceamento de defesa. Fatos demonstrados nos autos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.6.12, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da “falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2008 e 2009), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas tributáveis, sendo lançado imposto no valor de R\$ 510.786,27, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 93.743,03, com multa de 50%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre o valor do imposto escriturado no livro de saídas e o declarado no livro de apuração, sendo lançado imposto no valor de R\$ 29.279,49, com multa de 60%;
4. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 89.669,67, equivalente a 10% das entradas não registradas.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 301/321) suscitando em preliminar a nulidade dos lançamentos alegando cerceamento de defesa, por falta de entrega dos documentos que compõem o Auto de Infração. Alega falta de prova da infração. Reclama da ausência de motivação do lançamento.

Questiona a imposição de multa, alegando que ela tem caráter de confisco, com ofensa ao princípio constitucional da vedação de confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição, e sustenta que ela deve ser afastada ou reduzida a patamares constitucionais.

Quanto aos juros, sustenta que sua definição se relaciona com a apuração da obrigação tributária, sendo por isso matéria sujeita a disciplina por lei complementar, nos termos do art. 146, II, “b”, da Constituição. Observa que o CTN, que tem *status* de lei complementar, prevê a incidência de juros à razão de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de forma diversa, e, por competir à lei complementar uniformizar o trato da matéria, isso significa que os juros mensais podem ser de, no máximo, 1%, e mesmo assim limitados ao índice fixado em lei federal, se inferior, de acordo com a orientação do STF, diante da necessidade de obediência aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Aduz que a exigência de juros nos termos desta autuação é ilegítima por violar o princípio da igualdade entre o fisco e o contribuinte, pois, nos casos de pagamento indevido, não é facultada ao contribuinte a restituição com o acréscimo de juros, de modo que não há justificativa para que o Estado aplique sobre créditos tributários índice distinto do concedido ao contribuinte, conforme orientação da Suprema Corte.

No mérito, assinala que abordará primeiro as acusações dos itens 2º, 3º e 4º, e por fim a do item 1º.

No tocante ao item 2º, alega que a falta de entrega de documentos pelo fisco não permite aferir a que operações se refere a acusação, uma vez que, conforme foi afirmado no próprio relato fiscal, as operações foram regularmente registradas nos livros fiscais, e em consequência o imposto correspondente foi apurado e pago, de modo que seria imprescindível ao fisco demonstrar, provar e indicar quais as saídas que não foram regularmente tributadas.

Aduz que o mesmo ocorre no caso do item 3º, pois não há demonstrativo que comprove quais as operações que deixaram de ser tributadas. Lembra que a prova constitui ônus de quem acusa, e neste caso o fisco deixa o lançamento à míngua, além de provocar cerceio do direito de defesa.

Quanto ao item 4º, alega que a acusação fiscal é singela, deixando de indicar quando houve a alegada infração, de modo que esta não restou comprovada por quaisquer documentos ou demonstrativos.

Com relação ao item 1º, alega que, embora não tenha recebido o demonstrativo que indicasse como se chegou à acusação, é evidente a sua improcedência. Sustenta que a falta de entrega de cópia dos documentos que deram base ao lançamento, aliada à confusa descrição da acusação, impossibilita o adequado e suficiente enfrentamento da questão, impedindo a ampla defesa. Diz que o levantamento fiscal quantitativo efetuado não representa a realidade das operações efetuadas pela empresa, pois o imposto estadual sobre circulação de mercadorias tem sua incidência restrita, pela lei, à movimentação de mercadorias, a qual deve restar cabalmente demonstrada e provada, haja vista que o fato gerador requer a realização de operação que envolva mercadorias, e somente nas situações previstas pela legislação de regência, posto que várias delas são afastadas pela lei do campo de incidência, devendo suas saídas em condições de incidência serem comprovadas, porém a forma utilizada pelo fisco para apurar o imposto é bastante precária e não permite a aferição dos cálculos, não havendo nenhum levantamento fiscal, e o fisco não considerou os requisitos específicos e demais elementos exigidos, porque para tal acusação seria imprescindível, além de outros elementos, a contagem dos estoques de mercadorias, e isto não ocorreu, de modo que o que há é uma exigência apurada por meio de levantamento fiscal baseado em informações aleatórias e valores indiciários, presumidos arbitrariamente, uma vez que não são corroboradas por qualquer documento de prova. Aduz que se o fisco alega sonegação de tributos deve provar o fato, e não havendo prova conclui-se que houve mera presunção. Cita doutrina e jurisprudência.

Tece considerações acerca da incidência da norma jurídica em função da teoria da regra-matriz tributária.

Pede que o Auto de Infração seja cancelado em face das preliminares suscitadas ou que no mérito sejam cancelados os lançamentos. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 337/340) dizendo que os trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos em razão de ordem de serviço, e as irregularidades foram apuradas com base na documentação apresentada pelo contribuinte, impressa ou por meio magnético.

Quanto à alegação de cerceamento ao acesso à documentação, o fiscal informa que foi entregue ao representante legal da empresa, Sr. Eduardo Jorge Penha de Souza Filho, um CD contendo dezenas de arquivos que compõem a documentação que fundamenta o Auto, conforme recibo de arquivos eletrônicos às fls. 280-281. Informa que o CD foi aberto e verificado pelo representante legal, que o confirmou assinando o referido recibo.

Segundo o fiscal, a não impressão das peças para entrega ao representante legal obedece a determinações administrativas internas relativas a custos operacionais.

A seu ver, a alegação de nulidade por inexistência de provas é totalmente improcedente, porque sem a documentação impressa ou por meio magnético não haveria como levantar as irregularidades detectadas.

Considera que a imposição de multa por não cumprimento de obrigações acessórias não tem caráter confiscatório, mas sim de cumprimento do texto legal, conforme art. 42, IX, da Lei 7.014/96.

Observa que os lançamentos dos itens 2º e 3º foram feitos com base em valores apurados nos livros próprios da empresa, em seus arquivos magnéticos e nos relatórios do sistema INC, e os resultados constam em CD que foi aberto e verificado pelo representante legal, que o confirmou assinando o recibo às fls. 280-281. Reitera que a não impressão das peças para entrega ao representante legal obedece a determinações administrativas internas relativas a custos operacionais.

Quanto ao item 4º, informa que o fato foi apurado por meio do sistema CFAMT, e a irregularidade foi corroborada por e-mail remetido pela preposta da empresa, Sra. Lucrécia Theófilo Lima, gerente fiscal, conforme cópia reprográfica à fl. 76, estando esta infração prevista no art. 322 do RICMS e tem suas penalidades estabelecidas no art. 42, IX, da Lei 7.014/96.

Com relação ao item 1º, informa que os valores foram apurados nos livros próprios da empresa e em seus arquivos magnéticos. Diz que no decorrer dos trabalhos fiscais foram envidados todos os esforços para que a empresa procedesse à regularização e melhoria dos dados remetidos, fatos estes facilmente comprováveis pelas cópias dos e-mails anexos, contendo as solicitações, esclarecimentos e autorizações sobre dilatação de prazos, bem como cópias das respectivas ciências por parte dos prepostos da empresa.

Considera que a defesa não apresentou um único fato novo que propiciasse a revisão dos trabalhos.

Opina pela manutenção do Auto de Infração. Juntou documentos.

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de quatro lançamentos: falta de pagamento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques (item 1º), imposto lançado e não recolhido (item 2º), divergência entre o imposto escriturado no livro de saídas e o declarado no livro de apuração (item 3º) e falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações tributáveis pelo ICMS (item 4º).

O contribuinte suscitou em preliminar a nulidade dos lançamentos, alegando cerceamento de defesa, por falta de entrega dos demonstrativos fiscais.

Quanto a esse aspecto, o fiscal autuante informou que foi entregue ao representante legal da empresa, Sr. Eduardo Jorge Penha de Souza Filho, um CD contendo dezenas de arquivos que compõem a documentação que fundamenta o Auto, conforme recibo de arquivos eletrônicos às fls.

280-281. Informa que o CD foi aberto e verificado pelo representante legal, que o confirmou assinando o referido recibo. Segundo o fiscal, a não impressão das peças para entrega ao representante legal obedece a determinações administrativas internas relativas a custos operacionais.

De acordo com o art. 41, II, do RPAF, o Auto de Infração deve fazer-se acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Por sua vez, o art. 46 prevê que, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, devem ser fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

E o § 3º do art. 8º prevê que as peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Neste caso, as peças não foram anexadas fisicamente aos autos, porque, segundo o autuante, haveria determinações administrativas internas relativas a custos operacionais. Não informa se se trata de alguma portaria ou instrução.

Em princípio, o processo deve ser instruído na forma convencional, conforme prevê o RPAF, instruído com demonstrativos impressos em meio físico (papel), na íntegra, para os efeitos dos arts. 12 e 131, XI, do RPAF. O art. 12 do RPAF prevê que o processo deve ser organizado à semelhança dos autos forenses, com folhas devidamente numeradas e rubricadas, observada a ordem cronológica de juntada.

E o art. 131, IX, prevê que o preparo do processo compreende, dentre outras providências, a organização dos autos do processo com todas as folhas numeradas e rubricadas, dispostas segundo a ordem cronológica, à medida que forem sendo juntadas.

Por conseguinte, à primeira vista, numa interpretação literal dos dispositivos assinalados, estaria havendo desrespeito neste caso a todas essas regras.

Porém, conforme afirmou e provou o fiscal autuante, foi entregue ao representante legal da empresa, Sr. Eduardo Jorge Penha de Souza Filho, um CD (compact disc) contendo os arquivos relativos aos levantamentos fiscais, conforme recibo de arquivos eletrônicos às fls. 280-281. O fiscal informa que o CD foi aberto e verificado pelo representante legal, que o confirmou assinando o referido recibo. Ora, se o representante da empresa, em presença do preposto fiscal, abriu e verificou o conteúdo do aludido CD e assinou o recibo atestando o seu recebimento, não vejo como aceitar a alegação de cerceamento de defesa por não ter o autuado recebido os demonstrativos impressos em papel.

Admitir-se-ia o cerceamento de defesa se o autuado alegasse que não conseguiu “ler” os arquivos, ou que eles tivessem apresentado falhas. Isso não foi alegado.

Ultrapasso por essas razões a preliminar suscitada.

No mérito, os fatos não foram negados.

O contribuinte questiona a multa, alegando que ela tem caráter confiscatório. Questiona também os juros, sustentando que sua definição se relaciona com a apuração da obrigação tributária, sendo por

isso matéria sujeita a disciplina por lei complementar, nos termos do art. 146, II, “b”, da Constituição, de modo que, como o CTN prevê a incidência de juros à razão de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de forma diversa, e, por competir à lei complementar uniformizar o trato da matéria, isso significa que os juros mensais podem ser de, no máximo, 1%, e mesmo assim limitados ao índice fixado em lei federal, se inferior, de acordo com a orientação do STF, diante da necessidade de obediência aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Quanto a essas objeções, cumpre dizer que não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade ou letalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281211.0033/12-0**, lavrado contra **TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$633.808,79**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 93.743,03, de 60% sobre R\$ 29.279,49 e de 70% sobre R\$ 510.786,27, previstas no art. 42, incisos I, “a”, e II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 89.669,67**, prevista no inciso IX do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de dezembro de 2012

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR