



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



RECURSO VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO: 097/2010

PROCESSO DE ORIGEM: 514963000340-4

RECORRENTE: CLAUDINO S. A. LOJAS DE DEPARTAMENTO

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

RELATOR: CONSELHEIRO JÂNIO CURY QUEIROZ

Sessão realizada em 30 de outubro de 2013.

ACÓRDÃO Nº 189/2013

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LEVANTAMENTO ESPECÍFICO DOCUMENTAL DE MERCADORIAS. DIFERENÇA APURADA NAS SAÍDAS. PRESUNÇÃO DE VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. INFRAÇÃO COMPROVADA PARCIALMENTE. IMPOSTO E MULTA DEVIDOS.

2. Recurso conhecido e provido, em parte, para reformar a decisão de primeira instância e considerar o Auto de Infração procedente em parte.

3. Decisão por voto de qualidade do presidente.

RELATÓRIO

Contra o contribuinte CLAUDINO S/A LOJAS DE DEPARTAMENTOS, Rua Hermínio Conde, Tabuleta, Teresina-PI, foi autuado conforme Auto de Infração nº 514963000340-4, lavrado em 04.12.2009, cuja discriminação do fato informa que o contribuinte promoveu operações relativas à circulação de mercadorias (saídas de mercadorias), sem a emissão dos documentos fiscais e o correspondente recolhimento do ICMS incidente, fato esse comprovado através da aplicação do roteiro Levantamento



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



Específico Documental de Mercadorias, decorrente da análise da equação “ $EI + C = V + EF$ ”, constatando-se redução nos estoques inventariados, relativamente ao exercício de 2006.

Foram citados como fundamentação legal os seguintes dispositivos: arts. 1º, “caput”; 2º, inciso I e 64, § 4º, inciso IV, alínea “b”, todos da lei 4.257/89, combinados com os arts. 87, inciso I e 166, § 4º, incisos I e XXII do RICMS (aprovado pelo Dec. 7.560/89), art. 1º do Dec. 9.740/97 e art. 315 e 319 do RICM(aprovado pelo Dec. 6.551/85), mantido em vigor pelo art. 204 do RICMS.

A defesa foi apresentada dentro do prazo regulamentar, e suas alegações sustentam agressão aos arts.114 e 116 do CTN-Código Tributário Nacional e ao art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, tendo considerado como arbitramento da base de cálculo o método utilizado pelo autuante na apuração do crédito tributário e que também teriam sido incluídos no levantamento específico produtos adquiridos para uso, consumo ou ativo fixo, além de ocorrência de equívocos quando do registro da entrada de mercadoria em duplicidade, provenientes de armazéns gerais.

Instados pelo julgador singular a se manifestarem sobre os termos da defesa os autuantes realizaram novo levantamento cujo resultado apontou para uma redução da base de cálculo, informação acatada pelo julgador, que julgou a autuação procedente em parte com recurso de ofício ao CCE, em razão do valor da desoneração da exigência, nos termos do art. 97 da Lei 3.3126/73.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, dentro do prazo regulamentar, alegando, basicamente, que:

- a) em preliminar, houve nulidade do lançamento;
- b) no mérito, requereu a improcedência da autuação, repetindo os mesmos argumentos da inicial, e requereu também a realização de perícia a fim de que fossem deduzidos da “base de cálculo do imposto supostamente devido”, os produtos constantes da lista de fls. 736 e 737 dos autos. Em resumo, sustentou que:
 1. o Julgador de primeira instância fundamentou-se equivocadamente em questão de conveniência e oportunidade, desprezando totalmente o controle da legalidade próprio do processo administrativo fiscal, imposto pelo art. 37 da CF;



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



2. os autuantes se quisessem poderiam ter realizado o levantamento dentro da mais perfeita legalidade vez que possuíam todos os elementos de que necessitavam para fazer o levantamento fiscal;
3. foram infundados os motivos da autuação, pois utilizaram como método para indicação do suposto fato gerador da obrigação principal, o mês de dezembro do exercício de 2006;
4. o cerceamento do direito de defesa não deve ser confundido com impossibilidade de defesa, mas preterição de qualquer garantia constitucional que implique em prejuízo na formação de sua defesa;
5. se o contribuinte apresentou ao Fisco todas as informações individualizadas, por questão de conveniência e oportunidade, os Agentes do Fisco arbitraram o fato gerador e base de cálculo, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa da autuada;
6. a técnica do arbitramento somente pode ser invocada quando há o fato gerador e as informações não merecem fé, o que não é caso em comento, constituindo-se em medida excepcional;
7. as notas fiscais emitidas pelos armazéns gerais não foram devidamente deduzidas da base de cálculo do imposto devido;
8. as notas fiscais emitidas pelos armazéns gerais foram excluídas da base de cálculo do imposto, relativamente ao exercício de 2005, não havendo razões para a não exclusão no exercício de 2006;
8. não foram excluídas da base de cálculo do imposto supostamente devido as notas fiscais referentes a uso ou consumo, adquiridas pela recorrente, além daquelas aquisições pertinentes ao ativo fixo;
9. as notas fiscais emitidas para uso, consumo ou ativo fixo foram excluídas da base de cálculo do imposto supostamente devido relativamente ao exercício de 2005, e que não existe razão para a não exclusão das mesmas no exercício de 2006;
10. os autuantes deixaram de deduzir vários itens da base de cálculo do imposto apurado no levantamento, além de conter erros de soma em outros itens;
11. os auditores, embora reconheçam que assiste razão à recorrente, deixaram de deduzir vários produtos arrolado pela defesa, especialmente aqueles contidos na página 38 da impugnação;



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



12. requer a correção da planilha de cálculo conclusiva, onde consta como 76 a quantidade relativa ao item “sofás diversos”, quando, mas apenas 01 foi excluída, o que não procede.

Frente à insistência dos argumentos da recorrente o processo retornou em grau de recurso aos autuantes, que, na informação fiscal de fls. 885 a 886, assim se manifestaram:

“...analisando a documentação e os argumentos apresentados pelo contribuinte na defesa do referido auto de infração, a fiscalização esclarece o seguinte: inicialmente é importante esclarecer que o levantamento fiscal em questão é feito com base em dados declarados pela empresa nos arquivos SINTEGRA, passíveis de inconsistências, quando da conversão, em linguagem matemática no EXCEL.

Entrando no mérito da questão, analisando as fls. 778 a 871, em anexo, comprovaremos que todas as exclusões requeridas pelo contribuinte em recurso de 2ª instância foram consideradas, entretanto, na conclusão doo resumo, fls. 866 e 867, em anexo, realmente, os novos totais de entrada me saída consideradas no resumo de 1ª instância, não foram considerados no resumo de 2ª instância.

(...)

Diante do erro da fiscalização, com o objetivo de restabelecer a verdade material, refizemos os cálculos, conforme fls. 879 a 883, em anexo, passando a base de cálculo tributável de R\$ 5.613.500,28 para R\$ 580.628,73 e o ICMS devido passa de R\$ 954.295,05 para R\$ 98.706,88, em valores originais.

Portanto, considerando o acima exposto, salvo melhor juízo, somos pela manutenção parcial do Auto de Infração nº 514963000340-4.”

O representante da Procuradoria Tributária (Parecer nº 31/2012) se manifestou pelo conhecimento e não provimento do recurso de ofício, mas provimento parcial do recurso voluntário para reformar a Decisão de primeira instância e julgar procedente em parte a autuação.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Das preliminares.



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



De início cumpre destacar que não procede a alegativa de que houve cerceamento do direito de defesa, visto que foram apontados de modo exaustivo todos os produtos que resultaram na diferença objeto da exigência fiscal, consoante documentação anexa aos autos. Observa-se perfeitamente que o contribuinte exerceu seu direito de defesa de forma plena, contestando todos os pontos que julgou conveniente, tendo acostado aos autos uma extensa peça recursal, função de que não lhe assiste razão tal argumento.

Requer a recorrente que seja deferida perícia técnica por perito especializado sob o argumento de que a mesma é necessária para esclarecimento da verdade material, em face da particularidade com que foi efetuado o levantamento fiscal ora impugnado.

Com efeito, a realização de perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos; visa ao esclarecimento de fato ou assunto de natureza técnica em locais ou provas estranhas aos autos, não se justificando a sua realização quando o fato probante puder ser demonstrado pela juntada de documentos por parte do interessado.

Portanto, como houve a juntada de grande volume de documentos, a nosso juízo, a perícia requerida foi realizada pela própria fiscalização, que por mais de uma vez examinou todos os argumentos esboçados pela recorrente e toda a documentação exibida nos autos, tendo, assim, resultado na redução da exigência fiscal inicial.

Em votação, as preliminares de nulidade foram rejeitadas, por unanimidade.

Passo, então, à análise do mérito.

Trata o presente processo de exigência fiscal resultou na constatação de diferenças quantitativas em relação às mercadorias compradas, vendidas e/ou estocadas pelo contribuinte, fato evidenciado através do levantamento específico documental.

Tal Levantamento constitui-se numa auditoria de quantidades, em que o estoque inicial mais as compras menos o estoque final devem ser iguais às saídas realmente ocorridas. Acaso haja diferença nesta equação, haverá presunção de vendas de mercadorias sem emissão de documento fiscal.

Vê-se, pois, que o levantamento específico é um procedimento eminentemente matemático, o qual pode ser questionado, quanto aos fatos, possíveis erros de cálculo, de quantidades ou de classificação errônea de mercadorias, pontos que foram atacados pelo impugnante. O demonstrativo executado pela fiscalização não se trata de arbitramento da base



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



de cálculo do imposto, pois como dito anteriormente é levantamento quantitativo, não se confundindo com o arbitramento da base de cálculo previsto no art. 29 da Lei 4.257/89.

O fato de as operações de entradas e saídas de mercadorias encontrarem-se escrituradas nos respectivos livros fiscais não tem o condão de impedir qualquer procedimento de fiscalização que não seja contrário à ordem jurídica. Nesse sentido, o art. 195, *caput*, do CTN:

“ Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los. (grifado).”

No que diz respeito ao questionamento de aferição da base de cálculo por média de preços ponderada, não assiste razão à recorrente, pois a média não objetivou estabelecer a base de cálculo, dado tal incumbência caber somente à lei nos termos do art. 97, IV, do CTN, mas sim determinar o preço unitário médio de cada produto. Ademais, a média aritmética quando ponderada, diferentemente da média aritmética simples, não impõe acréscimo indevido na determinação do preço médio das mercadorias na determinação da base de cálculo do imposto, pois sua característica principal leva em consideração o peso relativo de cada produto (valor unitário).

Não se mostra suficiente a afastar a validade do lançamento a simples alegação de que o levantamento teria levado em conta dados obtidos de arquivos do SINTEGRA, pois as informações lá contidas são prestadas inclusive pelos contribuintes, as quais devem espelhar as operações realizadas e registradas nos respectivos livros fiscais.

A autuação levou em consideração o fato de haver descompasso entre as compras e o estoque inicial de mercadorias e as saídas e os estoque final que, modo algum, configura arbitramento, posto que os dados foram colhidos da escrituração da impugnante.

É de se destacar que o Poder Público possui amplos poderes investigatórios, a fim de verificar o legal cumprimento da obrigação tributária, podendo se valer inclusive da prova por presunção, como é o caso destes autos. Nesse sentido já decidiu o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda:

PROVA - EVIDÊNCIA / PRESUNÇÃO. A prova da infração fiscal pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive presuntiva com base em indícios veementes, sendo outrossim, livre a convicção do julgador (CPC, arts. 131 e



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



332 e Decreto n. 70.235/72, art. 29). (Ac. n. 101-80.209, DOU de 19-09-1990, p. 17938, Rel. Cons. Carlos Alberto Gonçalves Nunes). (grifos no original).

O procedimento realizado pelos agentes do Fisco traz detalhadamente o número do documento fiscal, a data, o produto, o preço e a quantidade; conferindo, pois, ao impugnante, ampla informação para que fossem apontadas quais as notas que não foram incluídas no procedimento a fim de afastar a diferença encontrada pelo fisco.

No entanto, com a manifestação em réplica dos autuantes, foi demonstrada, em parte, a procedência das alegações da autuada, tendo sido inclusive reconhecido pelas autoridades lançadoras, permanecendo a exigência com relação às demais notas fiscais objeto da autuação. Portanto, feitas as retificações pelas autoridades fiscais, o ICMS original foi reduzido para **R\$ 98.708,88(noventa e oito mil, setecentos e oito reais e oitenta e oito centavos)**, conforme documentos de fls.885 a 887, valor este que deve ser acrescido dos juros moratório, da atualização monetária e da multa de 50%(cinquenta por cento), prevista no art. 78, inciso II, alínea “b, da Lei nº 4.257/89.

Como as notas fiscais escrituradas, demonstrando que as quantidades das entradas e saídas das mercadorias, mais os estoques inicial e final, não comprovam a igualdade matemática das operações realizadas, dúvida não há de que foram realizadas operações sem a emissão dos respectivos documentos fiscais, o que constitui infração específica à legislação tributária estadual, nos termos do art. 64, da Lei nº 4.257/89.

Frente ao exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar parcialmente a decisão recorrida e considerar o Auto de Infração procedente em parte.

É o voto.

DECISÃO

A Segunda Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada em 30 de outubro de 2013, por voto de qualidade do presidente, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para reformar parcialmente a decisão de primeira instância e considerar o auto de infração procedente em parte, vencidos os Conselheiros Evangelita Fernandes Vieira e Paulo Antônio Teixeira de Sousa. Participaram do julgamento os Conselheiros Jânio Cury Queiroz, Maria Cristina Lages Rebêllo Castelo Branco, representantes do Fisco, Paulo



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



Antônio Teixeira de Sousa e a senhora Conselheira Evangelita Fernandes Vieira de Carvalho, representantes dos contribuintes, e a Procuradora do Estado Christianne Arruda.

Publique-se. Registre-se e Comunique-se.

Sala de Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado do Piauí, em Teresina (PI), 30 de outubro de 2013.

Jânio Cury Queiroz-Conselheiro-Presidente-Relator

Maria Cristina Lages Rebêllo Castelo Branco-Conselheira

Paulo Antônio Teixeira de Sousa - Conselheiro

Evangelita Fernandes Vieira de Carvalho – Conselheira

Christianne Arruda - Procuradora do Estado