

PROCESSO	- A.I. Nº 083440.0005/01-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- NA MEDIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 2074-04/01
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 08.02.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-12/02

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. **a)** OMISSÕES DE LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. A falta de escrituração do livro Registro de Inventário, por si só, não comprova a impossibilidade da apuração do montante real da base de cálculo, o que impede a aplicação do arbitramento. Correta a aplicação da multa prevista no art. 42, XII, da Lei nº 7.014/96, pela 4ª JJF. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. É nula a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos que não for feita ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, afastando a motivação para o arbitramento lastreada na falta de apresentação destes elementos. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 4ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, ao Acórdão JJF nº 2074-04/01.

Na sessão realizada no dia 27/09/2001, por decisão não unânime, a 4ª JJF julgou o presente Auto de Infração Procedente em Parte, excluindo da exigência a parcela relativa ao imposto apurado mediante o arbitramento da base de cálculo, mas, contudo, aplicando penalidade por descumprimento de obrigação acessória por falta de escrituração do livro Registro de Inventário, proferindo o seguinte voto, em relação à parte exonerada, objeto deste Recurso:

“Analizando a preliminar de nulidade, constato que a presente ação fiscal foi decorrente de um processo de baixa de inscrição cadastral, como prova a Ordem de Serviço nº 501770/01 à fl. 6. Assim, entendo que o autuado não mais estava funcionando no endereço que tinha quando ativo.

Analizando as duas intimações efetuadas pela auditora fiscal, às fls. 11 e 12 dos autos, observo que ambas foram dirigidas ao autuado, no endereço onde o mesmo já não mais funcionava. Também observo que não há nenhuma informação sobre a pessoa que recebeu as citadas intimações. Esses fatos impedem que se tenha certeza de que as intimações chegaram até ao autuado. Dessa forma, as intimações de fls. 11 e 12 não são válidas, uma vez que não foi observado o disposto no artigo 108, I, do RPAF/99.

Uma vez que o autuado não foi devidamente intimado para apresentar os livros e documentos fiscais, entendo que não se justifica a medida extrema do arbitramento, pois não ficou

caracterizado que o contribuinte tenha incidido no disposto no artigo 937 do RICMS-BA/97 e, nesse sentido, a autuação é nula.”

VOTO

A matéria que se encontra sob reexame trata do arbitramento da base de cálculo, motivada pela falta de escrituração do livro Registro de Inventários (Exercício 1997) e pela falta de apresentação dos livros e documentos fiscais e contábeis (Exercícios de 1998 e 1999).

Para adentrar o mérito deste item da autuação, se faz mister avaliar as regras legais para aplicação do arbitramento, como método de apuração da base de cálculo.

O art. 937, I e II, RICMS/97, define que a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove, entre outras, a falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, ou a omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento.

Da leitura do citado diploma legal, atentando para a conjunção “e”, se depreende que são necessárias duas ocorrências para fundamentar a utilização do arbitramento, como regime de apuração da base de cálculo do imposto, quais sejam:

1. quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto. Neste caso, apesar da autuante não ter demonstrado tal prática, mesmo sendo a sua obrigação, ao verificar os demonstrativos de fls. 8 a 10, constato que o recorrido promoveu, no período de 1997 a 1999, um único recolhimento (extrato à fl. 21), apesar de se encontrar inscrito na condição de contribuinte normal, o que demonstra, claramente, um forte indício de sonegação. Assim, este requisito está atendido.
2. e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove, entre outras, a falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, ou a omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento. No presente Auto de Infração, a motivação dada para a aplicação do arbitramento foi a falta de escrituração do livro Registro de Inventário (Exercício 1997) e a falta de apresentação dos livros e documentos fiscais e contábeis (Exercícios de 1998 e 1999).

Quanto à falta de escrituração do livro Registro de Inventário, esta 2^a CJF já se manifestou em outros casos que esta falta, por si só, não comprova a impossibilidade da apuração do montante real da base de cálculo, o que impede a aplicação do arbitramento.

No que concerne à falta de apresentação dos livros e documentos fiscais e contábeis, a principal tese da impugnação foi que as intimações para apresentação de livros e documentos fiscais não foram dirigidas ao endereço dos sócios, mas sim ao local onde funcionava a empresa quando ativa (que já se encontra desativada e em processo de baixa), e que não teve ciência do procedimento fiscal que resultou no Auto de Infração em lide e, em consequência, não pôde fornecer as informações e documentos necessários, nem de exercer o seu direito constitucional à

ampla defesa, aduzindo que só tomou conhecimento da autuação após o lançamento, pois a intimação a respeito dele foi dirigida ao endereço residencial de um dos sócios.

As intimações apensadas às fls. 11 e 12 foram assinadas por Roberto Ferreira da Mota, que não faz parte do quadro societário do contribuinte, nem é o seu Contador, portanto, em princípio, se trata de pessoa estranha ao autuado, e caberia, portanto, à autuante, identificá-lo adequadamente com o fito de caracterizá-lo como seu representante legal ou preposto.

O art. 28, II, do RPAF/99 preconiza que a autoridade administrativa que efetuar tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que seja lavrado Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, e o seu art. 108, I, que a intimação do sujeito passivo será feita pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, no próprio instrumento que se deseja comunicar ou em expediente, com entrega, quando for o caso, de cópia do documento, ou através da lavratura de termo no livro próprio, se houver.

O art. 3º, III, do mesmo RPAF define como preposto a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado.

A própria autuante, na sua informação fiscal relatou, *in verbis*:

“Preliminarmente o digno autuado alega que encerrou suas atividades antes da instauração do procedimento fiscal e que as intimações não foram dirigidas ao endereço dos sócios da empresa e sim ao endereço onde funcionava a mesma quando ativa., portanto não teve ciência da fiscalização em si, só tomando conhecimento após a lavratura do Auto de Infração, pois foi intimado em sua residência por AR, conforme anexo”.

Estranhamente, quanto a esta alegação a autuante silenciou.

Ora, o art. 140, do RPAF é claríssimo quando determina que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Desta forma, concluo que foi correto o entendimento manifestado no julgamento de 1ª Instância, ora em reexame, de que as intimações de fls. 11 e 12 não são válidas, uma vez que não foi observado o disposto no artigo 108, I, do RPAF/99, e, uma vez que o autuado não foi devidamente intimado para apresentar os livros e documentos fiscais, não se justifica a medida extrema do arbitramento, pois não ficou caracterizado que o contribuinte tenha incidido no disposto no artigo 937 do RICMS-BA/97 e, nesse sentido, a autuação é nula.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para homologar a Decisão Recorrida, que não carece de qualquer ressalva, pois a exigência do imposto apurado através do arbitramento é NULA, e determinar que a ação fiscal seja repetida, a salvo de falhas, como preceitua o art. 21, do RPAF vigente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, para homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 083440.0005/01-3, lavrado contra **NA MEDIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$3.560,25, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, XII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2001.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CIRO ROBERTO SEIFERT - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ