

A. I. N° - 206825.0018/01-2
AUTUADO - FAXPEL COMERCIAL DE MATERIAL DE ESCRITÓRIO E INFORMÁTICA LTDA
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNETE 02/02/02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-01/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DA INTIMAÇÃO. Demonstrado nos autos que o procedimento fiscal foi conduzido a revelia dos responsáveis pela empresa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/08/01 e cobra o imposto no valor de R\$88.767,10, acrescido da multa de 100%, mais multa acessória no valor de R\$3.971,00, em decorrência da:

1. Falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil (exercícios de 1996, 1997 e 1998) – R\$88.767,10;
2. Extravio de documentos fiscais. Extraviou notas fiscais série D-1, numeradas de 1001 a 1500, 3001 a 4000 e 4001 a 5250 e as da série 1 de 0001 a 3000 e 0001 a 20.000 – R\$3.971,00.

O autuado irressignado com a lavratura do presente Auto de Infração (fl. 33 a 35), inicialmente suscitou a sua nulidade, entendendo que não foram apresentados elementos suficientes, para que, com clareza, fosse determinada a infração, com fulcro no art. 3º da Lei 6.830/80, que determina a vedação da cobrança do crédito tributário ilíquido e incerto.

No mérito, afirmou que o lançamento fiscal é totalmente improcedente. Em primeiro lugar por não considerar o imposto regularmente informado nas GIA e DMA, que serviram de base para o arbitramento da base de cálculo e, em segundo, por não refletir a realidade dos fatos.

Narrou que encerrou sua atividades, apresentando à INFAZ IGUATEMI o pedido de baixa de sua inscrição estadual, devidamente instruído com os documentos elencados no art. 168 do RICMS/97, bem como, colocou à disposição do fisco os livros e documento. Ocorreu que, vencido prazo previsto o art. 169 do citado Regulamento, viu-se obrigado a transferir os documentos fiscais para um outro local, tendo em vista a rescisão do contrato de prestação de serviços com o seu contador. Este fato, entendeu, desconstitui a falta de apresentação dos livros e documentos fiscais, já que a fiscalização se iniciou com um atraso superior a 01 ano e, quando o fez exigiu prazo inferior a 02 dias para a sua apresentação.

No que tange ao arbitramento, observou as seguintes irregularidades no procedimento fiscal:

1. não foram aproveitados os créditos fiscais decorrentes das entradas de mercadorias, contrariando o disposto no § 2º do 938 do RICMS/97;

2.. para efeito de aplicação do percentual de margem do valor adicionado (MVA) e da alíquota, o autuante não levou em conta as espécies de mercadorias comercializadas (§ 2º do art. 938 do RICMS/97);

3. foram indevidamente utilizados, no exercício de 1997, os mesmos valores das entradas do exercício de 1996. Ressaltou que naquele exercício apresentou a GIA “sem movimento”, pois não exerceu suas atividades, tendo inclusive apresentado pedido de baixa na INFAZ/CALÇADA, conforme comprova o processo 681.612/97.

Quanto a alegação de inutilização, extravio, perda ou guarda fora de local autorizado de 25.750 notas fiscais é totalmente improcedente, pois todos os citados documentos, a exceção das notas fiscais, série 1, de numeração de 00001 ao 20000, encontram-se devidamente registradas no livro Registro de Saídas. E, em relação àquelas de série 1, com numeração de 00001 ao 20000 foram confeccionadas em formulários contínuos, para emissão por sistema eletrônico de dados, e que seriam utilizadas por todos os estabelecimentos da empresa, conforme consta em sua autorização para impressão. Por este motivo não foram consideradas como não utilizadas e entregues na repartição, quando do pedido de baixa.

Ao final, requereu a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, tais como juntada posterior de documentos, a realização de diligências e/ou perícias por fiscal estranho ao feito. E, por entender que a realização da revisão seria indispensável, formulou os seguintes quesitos a serem respondidos, conforme prevê o art. 145 do RPAF:

- 1) seus livros fiscais encontram-se devidamente escriturados, e os documentos necessários a comprovação dos registros são os legalmente exigidos?
- 3) as notas fiscais ditas extraviadas estão devidamente registradas no seu livro Registro de Saídas?
- 4) houve falta ou recolhimento a menor de imposto?

Solicitou a improcedência do lançamento fiscal.

O autuante ao prestar sua informação fiscal (fls. 38 a 46) declarou que o autuado foi intimado por três vezes para apresentação de livros e documentos fiscais, transcrevendo todo o teor dos telegramas fonados que expediu, sem que tenha se manifestado. Assim, somente após decorrido 36 dias da última intimação, lavrou o Auto de Infração em 31/08/01.

Ao requerer a nulidade da ação fiscal, afirmou, o contribuinte não atentou para as determinações dos art. 937, I e 938, I, “g” do RICMS/97, que transcreveu e entendeu que o arbitramento da base de cálculo realizado encontra-se baseado em suas determinações.

Informou que não considerou os valores constantes das GIA ou DMA, já que não tem poder de materializar o que inexistente. Contudo, considerou todos os pagamentos efetuados, conforme consta à fl. 21 do PAF. Quanto aos créditos, porventura existentes, ao não apresentar os livros e documentos fiscais, ficou impossibilitado de considerá-los, apenas utilizou daqueles consignados na DMA de 1998.

Justificou, com base no art. 938, § 6º do RICMS/97, o fato de ter utilizado dados de um exercício para a constituição do crédito tributário em outro.

Continuou seus argumentos, entendendo que o contribuinte não provou que não houve o extravio das milhares de notas fiscais não apresentadas. E, mesmo que não tivessem sido extraviadas, não foram apresentadas, o que configurou base para cobrança do imposto através do instituto do arbitramento.

Afirmou inócuo o pedido de diligência, em virtude das provas e elementos contidos nos autos.

Quanto à apresentação intempestiva de livros e documentos, citando trecho das obras de Antônio da Silva Cabral, Paulo de Barros Carvalho, art. 114 do CTN e art. 937 do RICMS/97, afirmou que o contribuinte ao não apresentar à fiscalização os livros e/ou documentos, impediu a verificação de veracidade dos valores inerentes as suas transações mercantis, materializando a hipótese de incidência do imposto descrita na lei, não cabendo ao sujeito passivo o direito de escolher quando deve ou não apresentar livros e documentos à fiscalização.

Discordou do autuado quanto a sua afirmativa de que o Estado teve mais de um ano para fiscalizá-lo e, como não o fez, estava desobrigado de apresentar livros e/ou documentos, conforme art. 169 do RICMS/97. Transcrevendo suas determinações, afirmou que o prazo daquele dispositivo é para a efetivação das atividades de auditoria, que no caso presente, se deu dentro do prazo legal.

Por fim relembrou que o art. 144 do CTN e art. do 965 do RICMS/97 determinam que o contribuinte tem a obrigação de guardar livros e documentos fiscais por um período de cinco anos. Quando aqueles relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua decisão definitiva e, que o art. 143 do RPAF/BA, determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Requeru a total procedência da ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, cumpri analisar a preliminar de nulidade trazida aos autos pelo sujeito passivo tributário, que entendeu inexistir no Auto de Infração elementos suficientes para que, com clareza fosse apontada a infração dita cometida. Trouxe, como embasamento do seu argumento, as disposições contidas no art. 3º da Lei nº 6.830/80.

Embora a legislação indicada pelo autuado não seja a adequada para que se possa levar em consideração em um processo administrativo fiscal no âmbito deste CONSEF do Estado da Bahia, entendo necessário, em primeiro lugar, se atentar para a forma como foi lavrado o presente Auto de Infração, o que ora faço, com base no art. 30, XIII do Regimento Interno do Conselho de Fazenda.

O autuado está estabelecido na Avenida Antônio Carlos Magalhães, nº 1.034, loja 19-B, Edf. Pituba Parque Center, no bairro da Pituba em Salvador/BA. É este o endereço consignado no corpo da defesa apresentada (fl. 33), no do Auto de Infração e no Cadastro de Contribuinte desta SEFAZ desde, no mínimo, de 05/09/2000 (fl. 23). Portanto, quando do início da fiscalização, em 05/07/2001 (fl. 16), o autuante possuía tal informação.

Também consta no Cadastro desta Secretaria da Fazenda que os sócios da empresa são o Sr. Euvaldo Climaco de Santana e Sra. Tânia Regina Brito Climato Santana.

O fiscal autuante, em 05/05/2001, expediu um telegrama fonado ao Sr. LÁZARO ESPERDIÃO SILVA DE MELO, com endereço a rua Aristides Milton, nº 249, Itapoan, Salvador/BA, o intimando à apresentar todos os livros e documentos fiscais e contábeis para proceder ao processo de baixa de inscrição solicitado pelo contribuinte. Além de não estar comprovado ser aquele o representante legal da empresa, o telegrama não foi entregue, pois o endereço não estava completo (fl. 06). Em 18/07/2001 e 25/07/2001 foram expedidas novas intimações (chamadas de 2ª e 3ª), através de novos telegramas fonados, desta vez à empresa FAXPEL LTDA, estabelecida a rua Rodrigues Alves, nº

17, Comércio, em Salvador/BA. Os telegramas foram recebidos pelas Sra. IVONILDA O. CORDEIRO e ANDRÉA BRITO, respectivamente (fl. 07 e 08), que, igualmente, não foram designadas como representantes legais do autuado, bem como a empresa FAXPEL LTDA.

Ressalto, ainda:

1. em todos os telegramas fonados, o autuante indicou seu endereço e telefone pessoal para que o contribuinte entrasse em contato;
2. em momento algum, indicou qual o período a ser fiscalizado, apenas solicitou livros e documentos fiscais e contábeis;
3. o Auto de Infração com seus demonstrativos e documentos foi enviado à residência do sócio da empresa Sr. EUVALDO CLIMACO DE SANTANA, no Loteamento Cidade Jardim, rua das Orquídeas, nº 107, apt. 1.102, Candeal, Salvador/BA, que o recebeu e produziu a defesa apensada ao PAF.

Ao lado de tais fatos acima descritos, determina o art. 108 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99):

Art. 108 – A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita:

I – 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;

II – mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente;

III -

Diante dos fatos e determinações legais, mesmo admitindo que um telegrama fonado possuísse a força de uma intimação nos moldes da legislação tributária, em momento algum restou comprovado que o autuado, a FAXPEL COMERCIAL DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO E INFORMÁTICA, estabelecida no Pituba Parque Center, Pituba, Salvador/BA, ou um dos seus representantes legais, foi ou foram intimados a apresentar qualquer livro ou documento fiscal ou contábil. O autuante identificou o Sr. LÁZARO ESPERDIÃO SILVA DE MELO como contador do autuado, sendo que este informou que o referido profissional não mais prestava serviços ao seu estabelecimento comercial, o que não foi rebatido pelo preposto fiscal. A FAXPEL LTDA, por sua vez, embora possa ser empresa dos mesmos sócios, também não representa o autuado. Além do que, se desconhece quem são as Sra. IVONILDA O. CORDEIRO e ANDRÉA BRITO. Ressalto, por oportuno, que somente com a intimação para pagamento ou defesa do Auto de Infração, enviada pela Repartição Fiscal ao representante da empresa, é que houve pronunciamento do sujeito passivo.

Além do mais, entendo que o autuado, mesmo que houvesse recebido alguma intimação estava desobrigado a apresentar qualquer documento ao autuante em sua residência. O domicílio fiscal do contribuinte é a sua Repartição Fiscal, no caso presente, a Inspetoria do Iguatemi e é de lá que qualquer intimação deveria ter sido realizada. O domicílio pessoal do autuante, agente público com poder para proceder os trabalhos de fiscalização dos tributos estaduais, não pode e não deve ser confundido com o órgão de fiscalização.

Do acima exposto, corroborado pela afirmativa do autuado de que possui todos os livros e documentos fiscais, fato não negado pelo autuante, apenas asseverada a sua não entrega nos moldes acima expostos, restou provado que o início da ação fiscal encontra-se maculado, pois a fiscalização deveria ter intimado os representantes legais da empresa autuada para iniciar os trabalhos de fiscalização. Havendo a prática de ato, inequivocamente, sem observância de formalidades consideradas essenciais ao lançamento do imposto ora cobrado, a infração apontada no Auto de Infração não possui elementos suficientes para ser caracterizada e meu voto é pela sua NULIDADE, acorde art. 18, IV “a” do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0018/01-2**, lavrado contra **FAXPEL COMERCIAL DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO E INFORMÁTICA**.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei n.º 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.438/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2001.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERA LIMA BEZERRA - JULGADOR