

PROCESSO - A.I. Nº 206825.0028/02-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e KELP'S MODAS LTDA. ME
RECORRIDOS - KELP'S MODAS LTDA. ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ªJF nº 0034-03/03
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 22.04.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0154-11/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Diligência realizada em processo anterior corrige erros de cálculos e reduz o valor do imposto exigido, devendo ser aproveitada no presente PAF, pois envolve as mesmas partes, o contraditório foi observado no processo anterior, e não é mais possível a renovação da prova, em vista dos danos sofridos nos documentos fiscais. Ademais, os fatos provados e probandos são idênticos em ambos os processos. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento que possa alterar o julgado. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/11/2002, exige ICMS no valor histórico de Cr\$251.105.612,32, cujo valor em Real perfaz R\$ 91,31 com multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

O autuado, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 185 a 188, e esclarece que em 01/10/2002, o auditor fiscal autuante compareceu ao seu estabelecimento, e intimou-o a apresentar no prazo de 48 horas, livros e documentos fiscais referentes ao exercício de 1992, tais como: Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração do ICMS, RUDFTO, Registro de Empregados, Diário, Caixa, Razão, Notas Fiscais de Entradas, Notas Fiscais de Saídas, fitas-detelhe e cupons de máquina registradora, DAE's, DMA, GIA, duplicatas e comprovantes de despesas, contrato social ou estatuto. Afirma que o autuante ainda solicitou que todo este material fosse entregue organizados por ordem numérica, cronológica e/ou de escrituração. Assim, cumprindo o prazo que estabelecera, o autuante compareceu ao seu estabelecimento, e como os livros e documentos não estavam prontos para serem entregues, apresentou a 2ª intimação, também com prazo de 48 horas. Diz que apesar de todo os esforços que dispendeu, não foi possível a entrega na totalidade, dos documentos relativos ao exercício de 1992, mas que apresentou ao autuante, os livros e documentos fiscais que estavam sendo usados na atualidade.

Aduz que o exercício de 1992, já fora objeto de fiscalização, inclusive pelo próprio autuante, o qual lavrou naquela ocasião o Auto de Infração nº 03074819, datado de 30/07/93, julgado nulo por unanimidade, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 1368/00, fato documentado pela INFAZ Iguatemi, onde consta em seus arquivos: "Sit: NULO ou IMPROCEDENTE P/ARQUIVAMENTO", datado de 14/09/2000. Explica que encaminhou livros e documentos fiscais para serem guardados no imóvel situado à Rua Alegria dos Barris nº 27, em razão do espaço

físico das suas dependências não comportar tal volume de documentos, além de representar perigo o acúmulo de tantos papéis num só local. Relata que em virtude de fortes chuvas, o imóvel foi danificado com o desabamento de uma parede lateral da casa vizinha, que por se situar em plano mais elevado, ao desabar, destruiu quase todo o seu telhado, ocasionando a perda de todos os documentos que ali se encontravam guardados, destruídos pelo entulho e água de chuva. Quanto ao Auto de Infração anterior, a PROFAZ, requereu diligência para que estranho ao feito se pronunciasse sobre os números da ação fiscal, e apesar do diligente não ter comparecido ao estabelecimento autuado, nem solicitado a documentação relativa ao período que fora fiscalizado, e que se encontrava à disposição do fisco, o Auto de Infração teve seu valor reduzido, considerando tão somente o valor das saídas por transferência e devoluções de mercadorias. Ressalta que transcorridos 824 dias, após o julgamento pela nulidade do Auto de Infração anterior, o mesmo autuante lavrou o presente Auto de Infração, no mesmo valor, relativo ao mesmo exercício. Diz que o fisco tirou-lhe o direito de provar, por quase dez anos, através de toda a documentação que estava à sua disposição, que não era devedora da quantia ora ainda exigida. Pede a Nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 198 a 200, e esclarece que diante da Decisão de nulidade do Auto de Infração anteriormente lavrado, o mesmo foi encaminhado ao auditor fiscal autuante para renovação da auditoria. Aduz que ficou demonstrado que o contribuinte continua não apresentando para o exercício de 1992, os livros contábeis e notas fiscais de entradas e saídas, sob alegação de que tais documentos foram inutilizados em virtude de desabamento decorrente de fortes chuvas, no local onde os mesmos se encontravam arquivados. Cita o parágrafo único do art. 195 do CTN, que determina que “os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes de lançamento dos documentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram”; que corrobora com a determinação do art. 10, nº 3 do Código Comercial que reza: “todos os comerciantes são obrigados a conservar em boa guarda toda escrituração, correspondências e mais papéis pertencentes ao giro do seu comércio, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas. Lembra o art. 3º da LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Opina pela procedência do Auto de Infração na sua íntegra.

A 3ª JF do CONSEF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“O Auto de Infração em lide decorreu de nova ação fiscal no estabelecimento do contribuinte, em virtude de anulação do Auto de Infração nº 03074819, datado de 30/07/93, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 1368/00, sob o argumento de que não houve o pressuposto legal para o arbitramento, pois fora lavrado com base na falta de apresentação do Livro Registro de Inventário, e o autuado em sua defesa afirmou que o livro Registro de Inventário estaria à disposição do fisco, para apuração de eventuais créditos tributários existentes.

Com efeito, diante da Decisão do 2º grau deste Colegiado, o auditor fiscal, corretamente, renovou a ação fiscal, antes de operado o prazo decadencial, pois a fiscalização dispõe do prazo de 05 anos após a Decisão definitiva do PAF, para promover a necessária ação fiscal, sanear os erros e apurar o crédito tributário através do competente Auto de Infração. É o que se infere do art. 173, II do CTN (Lei nº 5.172/66):

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados:

II – da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Desta forma, dirigindo-se o auditor fiscal ao estabelecimento do contribuinte, intimou-o a apresentar os livros e documentos fiscais, através do documento de fl. 6, em 01/10/2002, e em não sendo esta solicitação atendida, apresentou o 2º Termo de Intimação, fl. 7 em 04/10/2002. Em última tentativa, no dia 07/10/2002, arrecadou os livros e documentos fiscais mais recentes do contribuinte e notificou-o a apresentar os livros contábeis, notas fiscais de entradas e de saídas e GIA's referentes ao exercício de 1992.

Através de petição ao auditor fiscal, documento de fls. 09 a 10, o contribuinte informou que os documentos solicitados foram destruídos, em decorrência de desabamento de uma casa vizinha ao local onde eles estavam guardados, fato ocorrido em época de fortes chuvas em Salvador.

No mérito, o autuado reclama da base de cálculo que fora aplicada no presente PAF, pois no AI anterior, após a defesa ter apontado que não foram deduzidas as transferências e devoluções de mercadorias, no cômputo das saídas, auditor fiscal do extinto DICO, atendendo solicitação da PROFAZ, reviu os cálculos da apuração do débito, quanto às saídas e ao índice de correção do estoque inicial. Após esta revisão, concluiu que o débito seria no montante de Cr\$ 128.689.830,40, conforme planilha de cálculo do arbitramento de fl. 79, no que foi acompanhado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 1625/99. Diante destes fatos, o contribuinte estranha que este valor não tenha sido considerado nesta autuação.

O arbitramento da base de cálculo do ICMS foi efetuado através do C.M.V, método de fiscalização previsto no art. 91, I, com forma de acordo com o § 1º, I, "b", combinado com o § 3º do mesmo artigo do RICMS-BA/89. Também foi baseado nos valores escriturados no livro Registro de Apuração de ICMS e nas GIA's apresentadas pelo contribuinte.

Apesar da afirmativa do autuado, de que os livros e documentos fiscais, inclusive o Registro de Inventário estariam à disposição do fisco, ao ser renovada a ação fiscal, estes não foram entregues sob o argumento de que haviam sido danificados e/ou destruídos por fato alheio à vontade do contribuinte.

Portanto, não restou ao auditor fiscal outro caminho, senão a lavratura do competente Auto de Infração, desta feita, não apenas, pela não entrega do Livro de Registro de Inventário, mas além dele, dos demais documentos de entradas e saídas de mercadorias, e dos demais livros fiscais e contábeis do exercício de 1992.

Entendo que apesar dos documentos fiscais não terem sido apresentados, a diligência fiscal de fls. 38 a 39, realizada no decorrer da instrução do Auto de Infração nº 03074819, deve ser aproveitada, pois corrigiu os erros de cálculo, e foi mais benéfica para o contribuinte, tendo sido acatada, inclusive pela 2ª JJF, no julgamento de 09 de dezembro de 1999, Acórdão JJF nº 1625.

Entendo que é pertinente a admissibilidade desta prova, pois produzida em processo envolvendo as mesmas partes; o princípio do contraditório no processo anterior foi observado; não é mais possível a renovação da prova, em vista dos danos sofridos nos documentos fiscais; e os fatos provados e probandos são idênticos em ambos os processos.

Admitida a prova emprestada, acato a diligência, realizada no processo administrativo fiscal, relativo ao Auto de Infração nº 03074819/93, fls. 78 a 79, cuja conclusão transcrevo a seguir:

“Entretanto, faz-se necessário rever os cálculos da apuração do débito, em vista da falta de dedução das transferências e devoluções de mercadorias adquiridas, como também da aplicação do índice de correção do estoque inicial, que deve ser o mesmo aplicado ao mês de janeiro do exercício arbitrado e não o índice aplicado ao mês de dezembro do ano anterior, conforme entendimento do CONSEF e orientação dessa Gerência de Atividades Fiscais”.

Pelo exposto, fica o Demonstrativo de Débito corrigido, como segue:

CÓD.	D. DO VENC.	B. DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	V. HISTÓRICO	V. DO DÉBITO (CR\$)	V. DO DÉBITO (R\$)
10	31/12/92	756.999.002,35	17%	100	128.689.830,40	128.689.830,40	46,79

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

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

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0034-03/03.

Contesta a Decisão da 3ª JJF arguindo que, o exercício de 1992, já fora objeto de fiscalização pelo próprio autuante, cujo Auto de Infração nº 03074819 de 30/07/93, foi julgado Nulo por unanimidade pela 2ª CJF, fato documentado pela INFAZ Iguatemi em seus arquivos.

No Auto de Infração anterior, a PROFAZ requereu diligência e apesar do diligente não ter comparecido ao estabelecimento da empresa, nem solicitado a documentação relativa ao período fiscalizado, que se encontrava à disposição do fisco, o autuante afirma que o contribuinte continua não apresentando os livros contábeis e notas fiscais de entradas e saídas.

O recorrente teve o seu direito de defesa negado quando, juntamente com a PROFAZ, requereu diligência para que fosse apurada a realidade dos fatos, em sua peça defensiva datada de 28/08/1993.

Durante 9 (nove) anos toda a documentação esteve à disposição do fisco para que fosse apurada e demonstrada a Improcedência do Auto de Infração nº 03074819, e por consequência não haver razão para a lavratura deste Auto de Infração nº 20680250028/02-6.

Não procedem as alegações do autuante de que o contribuinte continua sem apresentar a documentação inerente ao exercício de 1992, e que “todos os comerciantes são obrigados a manter ou conservar em boa guarda livros e documentos fiscais”, pois, não desconhece a lei nem suas obrigações, tanto que, guardou durante 9 anos a documentação que não pode agora apresentar em virtude da ocorrência de caso fortuito, quando desabou uma parede da casa vizinha sobre o telhado do imóvel onde estavam guardados os referidos documentos.

Não se podiam prever as fortes chuvas que desabaram sobre Salvador e que a parede da casa vizinha viesse a desabar como de fato ocorreu. Casos fortuitos podem ocorrer a qualquer pessoa e os julgadores devem apreciar o caso com serenidade, e não se deixarem envolver pelo pensamento da pessoa que tem em mente que se a lei mandar matar ele simplesmente mata.

Pede que seja Provido este Recurso Voluntário e que seja declarada a Nulidade deste Auto de Infração, pois foi negado ao recorrente o amplo direito de defesa.

A PROFAZ analisa a peça recursal, fundamenta estar correto o procedimento fiscal, pois se deu em estrita observância a legislação vigente, e o julgamento anterior considerou a diligência realizada, reduzindo o valor do débito a ser reclamado.

Entende que o recorrente nada apresenta em fatos ou fundamentos que possam alterar o Acórdão recorrido. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o opinativo da PROFAZ exarado às fls. n^{os} 220 e 221 deste Processo.

O recorrente apresenta e repete os mesmos argumentos da peça defensiva anterior, os quais, constam do relatório e já foram apreciados pela Decisão recorrida.

Argüir que o exercício de 1992, já fora fiscalizado, contestar as afirmações do autuante e fatos do Auto de Infração anterior, não tem pertinência, pois o mesmo foi julgado NULO.

Afirmar que durante nove anos guardou a documentação fiscal pertinente, e agora em virtude da ocorrência de “caso fortuito” não poder apresentá-la, querendo fundamentar cerceio ao direito de defesa, não sei se é motivo para rir ou para chorar.

Não cabe neste momento questionar porque não apresentou a documentação dita guardada, ao autuante ou ao diligente do DICO no procedimento anterior, ou apresentou demonstrativo consubstanciado provando a realidade fiscal em confronto com o Auto de Infração.

Felizmente para o recorrente, foi considerada a diligência fiscal realizada no procedimento anterior, que após deduzir as transferências e devoluções de mercadorias, como também corrigir o índice de correção do estoque inicial, reduziu pela metade o débito originalmente reclamado.

Inexiste no Recurso Voluntário fundamentação para embasar a Nulidade pleiteada, e, por conseguinte fica rechaçada esta preliminar, que é o cerne central da questão.

O julgamento realizado pela 3ª JJF do CONSEF está fundamentado e demonstrado, não cabendo reparos à Decisão recorrida.

Por não vislumbrar nos Recursos de Ofício e Voluntário, fatos ou fundamentos para que possa ser modificado o julgado, proloco meu voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 206825.0028/02-6, lavrado contra **KELP'S MODAS LTDA ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46,79**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PROFAZ