

PROCESSO - A.I. Nº 293575.0501/02-3
RECORRENTE - PEDRO EMANOEL LEÃO FILHO & CIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0281-04/02
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 18.09.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0471-11/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/05/2002, exige ICMS no valor de R\$ 91.585,89, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

O autuado impugnou o lançamento fiscal alegando, preliminarmente, que os percentuais de multa cobrados montam índices acima de 100% sobre o valor do imposto, o que se constitui em confisco tributário ou agiotagem tributária, quando a inflação num prazo médio de dezoito meses, não passou de 15%. Aduz que a pena em direito tributário, tem o escopo de inibir a prática do ilícito fiscal e reparar o prejuízo sofrido pelo erário público com o descumprimento da norma apontada como infringida, cujo mandamento está contido no art. 112, IV, da Lei nº 5172/66, oportunidade em que transcreveu o seu teor, em apoio ao alegado.

Às fls. 78 a 88 transcreve entendimento do autor Samuel Monteiro acerca da multa confiscatória, em sua obra Tributos e Contribuições – Vol III, Págs. 391 e 392 – Ed. Hemus, bem como de lições do mestre Hugo de Brito Machado, sobre a proibição do confisco e de outro autor, além de decisões do STF.

Requer, caso a empresa venha a sucumbir na presente demanda, que seja reduzida os percentuais totais da multa de mora a 2% do valor da contribuição devida.

Quanto ao mérito, aduz que a acusação fiscal reveste-se contra o autuante pelas seguintes razões:

- 1) Que após a segunda intimação (na primeira o contador procurou o autuante para requerer dilação do prazo e não o encontrou), a funcionária do escritório de contabilidade de nome Silvana Nunes Paixão, por várias vezes levou a documentação à repartição fazendária de Eunápolis, para dar cumprimento ao solicitado pelo autuante, não o encontrando, tendo feito, em outras oportunidades, várias ligações a sua procura, sem sucesso, recebendo sempre a informação de que o mesmo encontrava-se em Salvador;
- 2) Que ao tentar protocolar a referida documentação junto à repartição, era recusada pelos servidores, que se abstinham em recebê-la, sob o argumento de que tal atribuição era de competência do autuante;
- 3) Que em 06/06/2000, a empresa foi cientificada da lavratura do Auto de Infração;
- 4) Que não assiste razão ao autuante para imputar a empresa a pena de arbitramento, pela falta de entrega da documentação fiscal e contábil, se foi ele quem dificultou o cumprimento da obrigação acessória, além do que era imperativo que o preposto fiscal

voltasse a intimar o contribuinte, para prestar esclarecimentos sobre a suposta falta de entrega de livros e documentos;

- 5) Que não foi observado pelo autuante as prescrições acima, motivo pelo qual o arbitramento é ato extremo e não autorizado por lei.

Prosseguindo em sua defesa, discorre às fls. 90 a 98, sobre a validade administrativa, eficácia jurídica e dos pressupostos do Auto de Infração, segundo a ótica dos autores acima indicados.

Ao finalizar, requer o julgamento Improcedente do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal de fl. 28 dos autos assim se manifestou:

I - Em relação as preliminares expostas na peça defensiva, aduz que não discutirá, uma vez que a multa é estabelecida por texto legal;

II - Com referência ao mérito, esclarece que as razões que motivaram o arbitramento foram elencadas à página 9 do PAF, as quais não foram rebatidas pelo autuado, o que, em seu entendimento, enfraquece de forma irremediável a sua peça de defesa;

III - Que o autuado se limitou a expor, de forma evasiva e incoerente, possíveis motivos que levaram ao não atendimento das intimações, cuja alegação merece os seguintes esclarecimentos:

- a) Não obstante os inúmeros contatos telefônicos com o contribuinte e seu contador, por duas vezes (oito dias após a primeira intimação e cinco dias após a segunda), se dirigiu à empresa e ao seu contador, para a retirada dos livros e documentos solicitados, no entanto, os mesmos não lhes foram entregues, o que ensejou a expedição de uma “re-intimação” ao contribuinte, oportunidade em que indagou como explicar a não entrega?
- b) Se de fato o contribuinte se dirigiu à repartição fazendária como afirma, para a entrega de documentos, como explicar que não o conseguiu, se existe, permanentemente, um auditor de plantão que está (e sempre esteve) autorizado a recepcionar documentos de quem quer seja da equipe de fiscalização da inspetoria?

Ao finalizar, confirma a autuação em seu inteiro teor.

A 4ª JJF emitiu voto, a seguir transcrito, pela procedência da autuação:

“O fundamento da autuação foi em razão do autuado deixar de recolher o ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Para instruir a ação fiscal, além das três intimações expedidas ao autuado para apresentar livros e documentos e não atendidas, foi também anexados aos autos pelo autuante, os demonstrativos da apuração do imposto através de arbitramento da base de cálculo, as relações de compras efetuadas pelo autuado obtidas junto ao CEFAMT, as DMAs entregues pelo autuado referente aos exercícios de 1999 e 2000 e de um documento (fl. 9), onde estão elencados os motivos que ensejaram o arbitramento

Inicialmente, acerca da contestação do autuado de que os percentuais da multa cobrados que montam índices superiores a 100% do valor do imposto, os quais denominou de confisco tributário ou agiotagem tributária, considero impertinente. É que a multa indicada no presente lançamento fiscal está prevista no art. 42, IV. “i”, da Lei nº 7014/96.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF observei que:

a) As duas intimações expedidas (ver fls. 6 e 7), foram recebidas pela funcionária do escritório que presta assessoria contábil e fiscal ao autuado, de nome Silvana Nunes Paixão, nas quais contam as datas de ciência nos dias 26/03/2002 e 03/04/2002, respectivamente;

b) Por não ter sido atendido, o autuante expediu uma nova intimação conforme documento à fl. 8, cuja ciência ocorreu em 08/04/2002, tendo como subscritora a sócia da empresa de nome Sheyla C. L. de Macedo.

Prestadas as informações acima, o meu posicionamento a respeito da infração é o seguinte:

I - o arbitramento da base de cálculo do imposto é medida extrema de última instância, que deve ser adotada se esgotadas todas as possibilidades de se constatar a regularidade fiscal do contribuinte;

II – o entendimento acima, é regulado pelas disposições do art. 937, do RICMS/97, o qual exige a ocorrência simultânea de duas circunstâncias: a comprovação da prática de sonegação do imposto e a impossibilidade de se apurar o montante real de sua base de cálculo.

No caso desta autuação, restou comprovada a impossibilidade de se apurar o montante do imposto devido, em razão do contribuinte não haver apresentado os livros e documentos fiscais, apesar de regularmente intimado em três oportunidades. A alegação do autuado de que procurou o autuante por diversas vezes na Inspetoria Fiscal, para entregar os livros e documentos, sem êxito, não posso acatá-la, pois não foi anexada qualquer prova em apoio ao alegado. Ademais, o autuante quando prestou a sua informação fiscal, esclareceu que sempre fica um auditor de plantão na Inspetoria de Eunápolis, o qual, entre outras atribuições, é a pessoa autorizada para receber livros e documentos requisitados pelos demais auditores junto a contribuintes inscritos naquela repartição.

Além do impedimento acima, o autuante consignou no documento de fls. 9, como motivo ensejador do arbitramento, a ocorrência constante de saldo credor de ICMS durante quase todo o exercício, fato atípico para o ramo de atividade do contribuinte, vendas em valores inferiores ao das compras conforme planilha às fls. 12, além das aquisições com base na listagem do CFAMT serem em valores superiores ao que foram declarados nas DMAs, cujos indicadores não foram objeto de qualquer questionamento pela defesa, o que, em meu entendimento, comprovam a prática de sonegação pelo autuado.

Ante o exposto, entendo correta a exigência fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão da 4ª JF, que julgou procedente a autuação, o autuado interpôs Recurso Voluntário, alegando o caráter confiscatório da multa aplicada, o cerceamento da defesa devido à negativa do relator em empreender a diligência e ouvir a testemunha arrolada e o descabimento do arbitramento tendo em vista que os livros e documentos estão no escritório do contador à disposição do FISCO.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 153, observa que a negativa da diligência foi devidamente fundamentada, afastando, desta forma, a nulidade pretendida. Quanto à multa, esclarece que não cabe ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade, devendo julgar com base na legislação vigente.

Com relação ao argumento do recorrente de que não conseguiu entregar os livros e documentos e que os mesmos encontram-se à disposição do fisco, entende a PGE/PROFIS que o mesmo não deve ser acolhido, pois é inconcebível imaginar-se que um contribuinte, num intervalo de 15 dias, não

conseguisse entregar o quanto requerido na repartição fiscal que funcionou em expediente normal por todos esses dias, nem apresentou provas de tal impossibilidade ou demonstrou a existência dos livros e documentos solicitados, entendendo, desta forma, restar justificado o arbitramento.

Conclui opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Da análise dos documentos e informações contidas neste processo, verifica-se que o autuado foi regularmente intimado a apresentar os livros e documentos fiscais, em três oportunidades, não o fazendo, sob as mais descabidas justificativas. Teve ainda a oportunidade, quando da defesa do Auto de Infração, de apresentar os livros e documentos exigidos, única maneira, a meu ver, de comprovar o descabimento. Entretanto, limitou-se a alegar que os livros e documentos estariam no escritório do contador à disposição do FISCO.

Além deste fato, o autuante também justificou a adoção do arbitramento pela constatação de saldo credor de ICMS durante quase todo o exercício, fato atípico para o ramo de atividade do contribuinte, vendas em valores inferiores ao das compras conforme planilha à fl. 12, além das aquisições com base na listagem do CFAMT serem em valores superiores ao que foram declarados nas DMAS, fatos que comprovariam a prática de sonegação pelo autuado, que só poderiam ser esclarecidos através da análise dos livros e documentos solicitados e não apresentados.

Portanto, entendo estarem presentes, neste caso, os pressupostos para adoção do método de arbitramento, de acordo com o artigo 937, inciso I do RICMS.

Quanto ao caráter confiscatório da multa, alegado pelo recorrente, não cabe ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade, devendo julgar com base na legislação vigente, como bem observou a Douta PGE/PROFIS em seu Parecer.

Desta forma, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, mantendo na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 293575.0501/02-3, lavrado contra **PEDRO EMANOEL LEÃO FILHO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$91.585,89**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS