

A. I. N° - 206896.0007/02-4
AUTUADO - SÓ CABOS DISTRIBUIDOR DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 18/06/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0216-03/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. Não ficou constatada a existência de elementos que justifiquem o procedimento. Item nulo. Apesar da exibição posterior dos documentos fiscais, descaracterizando a necessidade de arbitramento, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o contribuinte não atendeu à primeira intimação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/06/02, para exigir o ICMS no valor de R\$87.745,68, acrescido da multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco da documentação fiscal e contábil – exercícios de 1997 e 1998.

O autuado apresentou defesa (fls. 39 a 41) inicialmente suscitando a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, sob a alegação de que o autuante não lhe forneceu cópia da íntegra do Auto de Infração, com todos os seus demonstrativos e anexos, conforme prevê o RPAF/99. Observa que a intimação que lhe foi encaminhada pela repartição apenas se refere ao fornecimento de cópia do Auto de Infração e do demonstrativo do débito.

Aduz que não recebeu cópia dos demonstrativos do arbitramento e que a falta de indicação do método e da MVA utilizados no procedimento fiscal causou-lhe considerável prejuízo no exercício de sua defesa. Transcreve o artigo 46 do RPAF/99 e argumenta que, ao agredir a garantia do contraditório pleno, o lançamento fiscal não se aperfeiçoou, o que implica a sua nulidade.

No mérito, alega que foi emitida apenas uma intimação para apresentação de livros e documentos fiscais e ressalta que “o não cumprimento de uma intimação em tempo hábil, possui multa específica no RICMS/BA, não podendo ser confundido com circunstância ensejadora de arbitramento”.

Argumenta que, à luz do art. 937 do RICMS/97, não há motivo jurídico para o arbitramento, pois não ficou provado que incorreu na prática de sonegação, que é uma figura típica criminal, só podendo ser determinada com as devidas reservas previstas em lei, sob pena de calúnia ou denunciação caluniosa. Afirma, ainda, que não foi demonstrada a impossibilidade de se apurar o montante real da base de cálculo, pois os elementos se encontram à disposição do fisco, seja através dos registros permanentes dos acumuladores eletrônicos de sua máquina registradora, seja através de seus livros fiscais.

Prossegue dizendo que o arbitramento da base de cálculo do imposto é inadmissível no presente caso, por falta dos pressupostos legais que autorizam esse tipo de procedimento. Salienta que este CONSEF, através da Resolução nº 1145/99, reconheceu a necessidade de que a irregularidade fiscal se enquadre em pelo menos uma das hipóteses regulamentares que autorizam o arbitramento. Transcreve as ementas dos Acórdãos JF 0042/99 e 0162/99. Comenta que o arbitramento não constitui critério alternativo de presunção de fatos jurídicos ou bases de cálculo, que possa ser utilizado ao bel-prazer da autoridade fiscal, e, além disso, não pode haver confusão entre mero atraso na apresentação de documentos e fraude ou sonegação. No caso em lide, diz que o simples atraso na apresentação da documentação, ou até mesmo a sua não apresentação, não serviriam de fundamento para a aplicação do arbitramento, pois não ficou demonstrada a impossibilidade de apuração do montante real do imposto. Conclui frisando que, além de não haver previsão legal para o arbitramento, também o autuante deixou de indicar quais documentos não foram apresentados.

Ressalta que efetuou recolhimentos com base na Denúncia Espontânea nº 0071781-1/5, de 25/10/99, “onde estão contidos os valores relacionados na descrição dos fatos do AI, atestando a inexistência de qualquer débito fiscal com relação àquele período, especialmente com referência ao mês de 28/02/1997 e 31/03/1997”.

Por fim, pede que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso ultrapassada a preliminar, seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 73 e 79), afirma que:

1. todo o processo esteve à disposição do autuado por 30 dias na INFAZ;
2. o método utilizado para a realização do arbitramento da base de cálculo do ICMS foi fundamentado no CMV e encontra-se descrito à fl. 2 dos autos, conforme autorização emanada dos artigos 937, inciso I, e 938, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97;
3. o autuado se recusou a assinar o Auto de Infração, que foi enviado via AR pela repartição fazendária;
4. por diversas vezes telefonou para os sócios e para o contador e os mesmos prometiam a entrega da documentação, mas sem concretizar a promessa. Afirma que o histórico do contribuinte “já demonstra a utilização do recurso da não apresentação para esquivar-se das obrigações fiscais”;
5. o arbitramento foi efetuado com o amparo dos dispositivos do RICMS/97 acima mencionados, não se podendo confundir com arbitrariedade;
6. nenhum dos acórdãos trazidos à colação pelo contribuinte tem pertinência com os fatores determinantes da lavratura deste lançamento que, “no caso de contribuinte contumaz em não apresentar documentário” “é a forma justa e legal de não se permitir a chicana por parte do sujeito passivo”.

Não obstante isso, o autuante acata os valores pagos em razão da Denúncia Espontânea nº 0071781-1/5, de 25/10/99, e refaz o arbitramento, reduzindo o valor exigido, no exercício de 1997, para R\$33.368,41, consoante os novos demonstrativos que acosta à fl. 80. Mantém, contudo os valores contidos no demonstrativo de fl. 10, “resultantes de diferenças entre valores escriturados e recolhidos” e, finalmente, pede a procedência do Auto de Infração.

O autuado foi intimado e recebeu cópias dos novos documentos juntados pelo autuante em sua informação fiscal (fls. 85 a 87) e se manifestou, às fls. 91 e 92, inicialmente protestando pela forma como foi feita a intimação, pela Inspetoria da Calçada, tendo em vista que não lhe foi

informado o prazo para que pudesse se pronunciar e, assim, requer que lhe seja encaminhada nova intimação atendendo às formalidades legais.

A seguir, ratifica “de forma veemente” o seu protesto pelo não fornecimento das cópias dos demonstrativos elaborados pelo preposto fiscal, uma vez que o fato de estarem à sua disposição na repartição fazendária, não atende ao disposto no artigo 46 do RPAF/99, conforme reiteradas decisões deste CONSEF, o que acarreta cerceamento de seu direito ao contraditório.

Por fim, “tendo em vista que os documentos fiscais solicitados pelo Autuante, e que não foram entregues no prazo devido, já foram localizados e colocados a disposição da Secretaria da Fazenda, inclusive com o conhecimento do próprio Autuante”, diz que está encaminhando cópias dos mesmos “para que se prestem às suas devidas funções junto à fiscalização”.

O autuante novamente se manifesta (fls. 1788 a 1790) afirmando que, como o autuado recebeu as cópias dos novos documentos fiscais no dia 25/03/03, teria até o dia 24/04/03 para apresentar suas razões de defesa. Como somente o fez em 25/04/03, entende que está prejudicada a manifestação defensiva acostada às fls. 91 e 92.

No mérito, aduz que, como inexistente fato novo a ser contestado, mantém a informação fiscal em todos os seus termos, “alertando que o comportamento em sonegar os documentos, quando solicitados, é prática reiterada do autuado, vide AI 129656.0016/00-2, lavrado por Jesus Gúlias de Freitas” (fls. 36 e 37).

VOTO

Inicialmente, chamo a atenção para os diversos erros formais cometidos neste Auto de Infração:

1. o autuado não recebeu cópia dos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 8 e 9), o que certamente causou-lhe prejuízo no exercício de sua defesa. Embora o contribuinte disponha do prazo legal de 30 dias para examinar o PAF na repartição fazendária, este CONSEF tem, reiteradamente, entendido que devem ser entregues ao sujeito passivo, no momento da ciência do Auto de Infração, todos os demonstrativos em que se baseou o preposto fiscal para exigir o tributo;
2. o contribuinte somente foi intimado uma vez a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, o que, embora não seja uma prática ilegal, fragiliza sobremaneira a adoção do método do arbitramento da base de cálculo do imposto;
3. em sua informação fiscal, o autuante retificou o valor de débito apurado no arbitramento, juntando novos demonstrativos, razão pela qual o contribuinte foi cientificado, pela Inspetoria da Calçada, que lhe enviou o documento de fl. 87 com o seguinte teor:

Estamos encaminhando para seu conhecimento a cópia dos novos documentos da Informação Fiscal proferida pelo Autuante referente ao Auto de Infração nº 206896.0007/02-4, tendo em vista a defesa interposta no processo de sua autoria.

Assim, verifica-se que, em nenhum momento, foi indicado na intimação expedida pela Inspetoria que o contribuinte teria o direito de aduzir novas razões de defesa e o prazo que teria para tal mister. O fato de que tal prazo está previsto na legislação não isenta a repartição fazendária de deixar claro tal informação, procedimento que caracteriza, mais uma vez, prejuízo ao exercício do contraditório, por parte do sujeito passivo, como se constata da redação do § 1º do artigo 18 do RPAF/99:

Art. 18. ...

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, **com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.** (grifos não originais)*

Não obstante o relatado acima, o presente PAF poderia ter sido convertido em diligência, por este órgão julgador, para saneamento das irregularidades formais acima apontadas. Ocorre que o contribuinte, ao se manifestar após a informação fiscal (fls. 91 e 92), acostou aos autos as fotocópias das notas fiscais de entradas, referentes aos exercícios de 1997 e 1998 (cinco volumes em anexo), justamente os documentos que ele havia deixado de entregar à Fiscalização e razão pela qual foi realizado o arbitramento da base de cálculo do ICMS, neste lançamento.

Em situações como esta, este CONSEF, especialmente a segunda instância, tem se posicionado no sentido de acatar os documentos trazidos ao PAF e julgar nulo o lançamento.

Foi exatamente o que ocorreu com o Auto de Infração nº 129656.0016/00-2, lavrado pelo auditor fiscal Jesus Gulias de Freitas contra este contribuinte, o qual foi mencionado pelo autuante e acostado às fls. 36 e 37 dos autos. Embora o citado lançamento de ofício tenha sido julgado procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF nº 0444-01/02, o mesmo foi objeto de Recurso Voluntário, Provido em Parte pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0091-11/03, para julgar nulo o arbitramento aplicado, considerando que o sujeito passivo apresentou, posteriormente, os documentos fiscais não entregues ao Fisco.

O voto, no Acórdão CJF nº 0091-11/03, foi prolatado pelo Conselheiro Relator Sr. Ciro Roberto Seifert nos seguintes termos:

VOTO

O tema em apreço – arbitramento da base de cálculo – já foi objeto de reiteradas decisões deste Colegiado, tendo sido, inclusive, editada a Súmula nº 5, que tive a honra de relatar, que contém o seguinte mandamento:

CÂMARA SUPERIOR

SÚMULA CONSEF Nº 05

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Resta, então, neste diapasão, apreciar a motivação para a adoção do arbitramento, que, segundo consta nos autos, foi a falta de apresentação das notas fiscais de entrada de mercadorias, relativas aos exercícios de 1995 e 1996.

O Relator da Decisão Recorrida assim se pronunciou:

“Em princípio, a base de cálculo do ICMS é o valor das operações (ou prestações). Para se cobrar o tributo por arbitramento, situação sem dúvida excepcional, é necessário que esse tipo de procedimento se justifique, nos termos da legislação.

Embora a falta de exibição das Notas Fiscais de entradas não tenha reflexos diretos na verificação dos estoques da empresa, haja vista que, pelo que alega a defesa, a empresa era à época usuária de máquina registradora, a sua não apresentação impediu a realização de um roteiro de fundamental importância, que é o de auditoria da legitimidade dos créditos fiscais.”

Corroboro com a conclusão do Relator, acima: a não apresentação das notas fiscais de entrada impediu a realização de um roteiro de fundamental importância, que é o de auditoria da legitimidade dos créditos fiscais, mas tão-somente este roteiro, lembrando, sempre, que o ICMS é um imposto que incide na saída das mercadorias e não na sua entrada.

Portanto, concluiria, desde já, que não ficou comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistindo motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, o que ensejaria a nulidade do lançamento, Consoante as decisões reiteradas deste CONSEF que constituíram os precedentes jurisprudenciais para a proposição da Súmula citada.

Só que, no presente caso, existe mais um detalhe significativo: as cópias das notas fiscais foram colacionadas aos autos no momento da reabertura do prazo de defesa.

Assim, assiste razão ao recorrente ao citar o Acórdão CJF nº 0063-12/02, da 2ª CJF, julgamento este que foi unânime, inclusive com a minha participação, onde se decidiu que: “O contribuinte não apresentou os documentos fiscais na data exigida, porém, posteriormente à autuação, o fez, em atendimento a intimações de fls. 49/50, e, de acordo com solicitação do próprio autuante, deve ser renovado o procedimento fiscal com o objetivo de apurar o real montante do débito. Não mais subsiste, portanto, o motivo para o arbitramento da base de cálculo.”

Também sou favorável a aplicação da penalidade pela falta de exibição dos documentos, quando regularmente intimado (fl. 6), correspondente ao valor de 2 (duas) UPF-s/BA, prevista no art. 42, XX, “a”, da Lei nº 7.014/96, redação vigente à época.

Pelo que expus, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão Recorrida, tornando NULO o arbitramento da base de cálculo e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo a repartição fazendária instaurar novo procedimento com vistas a apurar o real montante do débito.

Sendo assim, adoto o posicionamento manifestado pela segunda instância e entendo que deve ser julgado nulo o arbitramento e aplicada a multa de R\$80,00, prevista no artigo 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei n. 7.014/96, alterada pela Lei n. 7.753/00, tendo em vista que o contribuinte deixou de exibir os documentos fiscais de entrada, quando regularmente solicitado pelo Fisco, na primeira Intimação.

Represento, todavia, à autoridade fazendária competente, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, para que determine a renovação do procedimento fiscal, com base nos roteiros normais de fiscalização, tendo em vista que o contribuinte comprovou que possui os livros e documentos fiscais necessários à fiscalização de seu estabelecimento. Deve-se atentar para o que determina o artigo 107-A, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), alterada pela Lei nº 8.534/02:

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - ...;

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

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206896.0007/02-4, lavrado contra **SÓ CABOS DISTRIBUIDOR DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$80,00**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, XX, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea a, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA