

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0003/01-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TAMBA COMÉRCIO DE COUROS E DECORAÇÕES LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0266-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a 1ª Instância deixou de apreciar as provas acostadas em relação às infrações 1 e 2 do PAF. Incumbe, portanto, ao órgão prolator da Decisão recorrida promover o saneamento do feito e proferir nova decisão. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de representação da PGE/PROFIS pela nulidade da Decisão constante do Acórdão JJF Nº 2025-02/01, pela qual foi decretada a Procedência do Auto de Infração nº 206825.0003/01-5, lavrado em 29/03/01, para exigência de R\$99.306,28 de imposto, mais multa, tendo em vista que teriam sido constatadas as seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, por falta de apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito aos referidos créditos, lançados em 1998 e 2000;
2. Arbitramento da base de cálculo do ICMS em virtude da falta de apresentação de documentação fiscal e contábil, exercício de 1999;
3. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativamente aos meses de junho e julho de 2000.

O autuado alegara em sua defesa ser empresa idônea, cumpridora de suas responsabilidades fiscais e sociais, e que reconhecera e parcelara o débito apurado no terceiro item do Auto de Infração.

Quanto ao item 1, a defendente alegara que o autuante não lhe concedera tempo suficiente para a empresa organizar e apresentar todos os documentos que comprovariam seu direito ao crédito fiscal. Quanto ao item 2, a defesa alegara ser nulo de pleno direito, porque impreciso, e sem suporte em elementos de prova e nos dispositivos que subsidiaram o arbitramento pois não haveriam elementos suficientes para justificar o arbitramento.

Argumentara a empresa dispor de livros fiscais e contábeis que demonstrariam com exatidão que escriturara toda a documentação fiscal referente às suas operações e recolhera o imposto devido, e que não realiza qualquer movimentação de mercadorias sem o uso de nota fiscal ou documento correlato. Argumentara também, que os registros fiscais, lastreados em livros e documentos hábeis, são utilizados para elaborar guias de informação semanal de vendas encaminhadas à empresa administradora do Shopping Center Iguatemi, que cobra taxa de aluguel sobre o

faturamento. Assim, quanto ao item 2, entendera imperiosa a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para análise da documentação fiscal do autuado.

Requerera o autuado a nulidade do item 2, e se assim não fosse decidido, que fossem julgadas Improcedentes as infrações 1 e 2.

O autuante manteve o Auto de Infração, dizendo que as alegações defensivas teriam intuito procrastinador, que não cabia a solicitação de nulidade do Auto de Infração, considerando que todos os cálculos foram demonstrados no Termo de Encerramento de Fiscalização, onde foi indicada a origem de todos os valores utilizados no levantamento fiscal, que está comprovado nos autos que o contribuinte não apresentou o Registro de Inventário nº 2, notas fiscais de entradas e saídas, bem como os livros contábeis e que no espaço de tempo de 88 dias o sujeito passivo fora intimado, pelo menos três vezes, e não cumprira a obrigação tributária acessória. Dissera entender que acatar como exatas as declarações do sujeito passivo implicaria dizer que as atividades de fiscalização tornar-se-iam inócuas, e que o contribuinte se propusera a apresentar os livros e documentos que acha que deve e quando deve. Quanto ao fato de ter desconsiderado os créditos fiscais, dissera que a não apresentação dos documentos fiscais configuraria a sua inexistência, inutilização, extravio ou guarda em local não apropriado, e que não havia a mínima possibilidade de se analisar sobre o atendimento quanto aos documentos fiscais que não foram apresentados, destacando o art. 143 do RPAF/99. Por fim, opina pela manutenção do Auto de Infração.

Em seu voto, suporte da Decisão recorrida, o relator do processo rejeitara a preliminar de nulidade apresentada pela defesa quanto ao segundo item do Auto de Infração, porque a descrição dos fatos fora efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada.

Quanto ao pedido de diligência fiscal formulado pela defesa, o Relator do processo o indeferiu, tendo em vista que considerara os elementos constantes dos autos suficientes para as suas conclusões, que embora nas razões de defesa tenha sido alegado que o autuado possuía os documentos comprobatórios do direito aos créditos, não fora juntado aos autos qualquer elemento de prova da alegação defensiva e que considerando que se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e que os documentos estão de posse do requerente, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada aos autos, o pedido de diligência fiscal ficava indeferido, conforme art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99.

O D. relator do processo ressaltara que na sessão de julgamento o defensor do autuado informara ter apresentado petição após a defesa, datada de 31/07/01, protocolizada sob o número 120853/2001-6, acompanhada de documentos fiscais. Entretanto, porque até a data do julgamento não se encontravam nos autos os elementos citados pelo defensor, afirmou não ter sido possível realizar qualquer análise quanto aos elementos que a defesa informou ter apresentado.

Assim, porque a legislação prevê que o direito ao uso do crédito fiscal relativo às mercadorias recebidas, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que essas mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (art. 91 do RICMS/97) e que de acordo com as intimações de fls. 07 a 10, solicitada ao contribuinte a apresentação de livros e documentos fiscais comprobatórios de suas operações, não houve atendimento integral com a exibição de todos os elementos solicitados, entendeu que os créditos fiscais não foram comprovados, sendo considerados indevidos os valores lançados em 1998 e 2000, dizendo entender que estava caracterizada a infração, sendo devido o imposto exigido no item 1, haja vista que, por descumprimento da obrigação acessória, a fiscalização teria ficado impedida de apurar a legitimidade dos créditos

fiscais escriturados pelo autuado, a exemplo do item anterior, disse que o arbitramento fora efetuado em decorrência da falta de exibição ao fisco dos documentos comprobatórios das operações realizadas pelo autuado, conforme intimações de fls. 7 a 10, que a falta de exibição de livros e documentos fiscais e contábeis à época da reiterada intimação, impedira a apuração dos valores reais do imposto devido, e por isso o autuante aplicara o arbitramento, como único Recurso disponível.

Segundo o relator o arbitramento da base de cálculo é considerado um Recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação de notas fiscais comprobatórias das operações realizadas pelo contribuinte. E que se o contribuinte que deixa de apresentar documentos fiscais, após regular intimação, pode inicialmente ser penalizado com multa formal, conforme art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, no caso de arbitramento que resulte na exigência de imposto, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória será absorvida pela multa relativa à obrigação principal.

Segundo o relator, no caso em exame, porque não ficara caracterizado o extravio de documentos e livros, não houve aplicação de penalidade. Mas, ficara caracterizada a falta de exibição dos documentos fiscais o que impedira a realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido.

Entendendo existirem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo, considerou procedente a autuação fiscal.

Quanto ao item 3, não contestado pelo contribuinte, que o autuado reconheceu e parcelara o “*quantum*” apurado, juntando aos autos xerocópia do DAE relativo ao pagamento inicial, o considerou procedente, tendo em vista que não existe controvérsia, sendo acatado pelo autuado.

Por fim, votou pela Procedência do Auto de Infração.

O contribuinte apresentou Recurso contra a Decisão de Primeira Instância. Arquivado o Recurso, porque intempestivo, o autuado recorreu da Decisão, tendo a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, decidido Não Prover o Recurso de Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgara Procedente o Auto de Infração.

Tendo recorrido à PGE/PROFIS com pedido de controle da legalidade, aquela Procuradoria determinou a diligência de fl. 750, cuja conclusão às fls. 755 a 759 revela que, ao menos em parte, documentos relativos às infrações constantes dos itens 1 e 2 foram apresentados em tempo hábil para o exame pela Junta de Julgamento Fiscal. Face à conclusão mencionada, a PGE/PROFIS representa a este CONSEF pela Nulidade da Decisão constante do Acórdão JJF Nº 2025-02/01, pela qual foi decretada a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Acolho a representação, tendo em vista que o exame, pelo órgão julgador de Primeira Instância dos documentos oferecidos pela defendente, que conforme a diligência fiscal procedida tem referibilidade com as acusações constantes dos itens 1 e 2 da peça inicial, poderiam revelar a verdade material das questões em exame. Embora não tenham sido juntados aos autos, o exame pelo CONSEF dos elementos materiais de prova atende ao objeto da prestação deste juízo administrativo, que é a busca da verdade material. Além disso, atender-se-á ao princípio da ampla defesa, que nesse caso deve ser observado, posto que o contribuinte ofereceu os documentos ao exame do órgão julgador de Primeira Instância.

Isto exposto, voto pelo conhecimento e ACOLHIMENTO da Representação da PGE-PROFIS, para que seja anulada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS