

A. I. Nº - 293575.0903/04-0
AUTUADO - A S FEITOSA DE ITABELA
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 06.12.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0475-03/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Procedimento embasado na impossibilidade de desenvolver procedimento normal de fiscalização do estabelecimento. Justifica-se o arbitramento. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2004, refere-se à exigência de R\$78.186,10 de ICMS, acrescido da multa de 100%, por 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. Consta ainda, que o autuado foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais e contábeis (3 intimações), e não forneceu os livros e documentos solicitados. Por isso, foi realizado o arbitramento relativamente aos exercícios de 2002 e 2003, com base nas informações constantes nas DMEs, que apontavam indícios de omissão de receitas.

O autuado, por meio seu advogado, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 35 a 64 dos autos, comentando inicialmente sobre os fatos que resultaram na lavratura do presente Auto de Infração, informando que o autuado foi surpreendido com a solicitação para envio dos livros e documentos fiscais originais por serviço privado de entrega em Salvador, para o auditor fazer sua análise, devido à falta de tempo para fazê-lo em Itabela. Entretanto, foi disponibilizada ao auditor a entrega pessoal de toda a documentação existente, sendo requerida uma prorrogação de dois dias para atualizar e providenciar a solução de eventuais pendências, porém, a autoridade fiscal mostrou-se impaciente. Quanto à guarda, entrega e exibição de documentos fiscais, citou os arts. 140 e 145 do RICMS-BA, ressaltando que não houve qualquer tipo de perda ou desaparecimento dos livros fiscais, por isso, entende que não se aplica o disposto no art. 146 do citado Regulamento. Assim, argumentou que descabe o arbitramento, por não se tratar de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros e documentos fiscais, a escrituração se encontra em perfeita ordem, bem como os pagamentos do imposto, que têm sido efetuados de forma regular. Citou o art. 5º, LV, da Constituição Federal, além de posicionamento da doutrina sobre o assunto. Disse que a única e exclusiva representante da empresa é a sua administradora, Sra. Ângela Santos Feitosa, e jamais o contador poderia ter sido notificado, por isso, entende que a intimação feita ao contador é nula. Argumentou que o autuante não se deu ao trabalho de ir até a cidade de Itabela para corretamente intimar o autuado, que apenas teve notícia do Auto de Infração “há cerca de 15 dias”, em virtude de viagem, por isso, entende que houve cerceamento representado pela notificação inoportuna e ilegítima. Assim, entende que a melhor solução é a decretação de nulidade da intimação e a restituição do prazo de defesa.

O autuado comentou sobre o seu enquadramento no Regime SIMBAHIA, afirmando que sempre obteve faturamento adequado às regras estabelecidas para esse regime, e sempre cumpriu com as

demais formalidades exigidas. Citou o art. 7º da Lei nº 7.357/98, ressaltando que o seu faturamento do período de outubro a dezembro de 2001 foi no valor de R\$35.999,74; no exercício de 2002, foi de R\$322.042,20; e em 2003, R\$318.430,44. Argumentou que jamais saiu dos limites fixados para apuração do imposto pelo Regime SIMBAHIA, e contestou os valores de faturamento apurados no levantamento fiscal, apresentando o entendimento de que houve exclusão do citado Regime Simplificado de Apuração, alegando que não merece ser excluído, porque jamais houve sonegação, ou qualquer outro ato ilícito, e não foi concretizado qualquer dos tipos estabelecidos na legislação, ensejadores da exclusão do Regime SIMBAHIA. Citou ensinamentos de Roque Antonio Carrazza, além do art. 145, da Constituição Federal. Reafirmou que jamais negou acesso à sua documentação contábil, nem atrapalhou a fiscalização, e contrariamente ao informado, não foi intimado por três vezes a apresentar os documentos fiscais, uma vez que a segunda intimação bipartiu-se, e nenhuma das intimações foi desatendida, porque o autuante não quis aguardar tempo razoável para obter acesso aos documentos. Citou julgados do CONSEF, referentes à aplicação de multa por embaraço à ação fiscal, nos quais houve julgamento pela nulidade ou improcedência da exigência fiscal, e ainda, um julgamento da 2ª CJF relativo ao arbitramento da base de cálculo, concluindo o defendant que a falta de apresentação de livros e documentos fiscais não enseja a ocorrência de sonegação, e a simples apuração de sobra de estoque, ou volume de vendas inferior ao de compras, não configura qualquer ato ilícito. Por isso, alegou que é inválido o arbitramento e a invocação dos arts. 937 e 938 do RICMS/97, só é oportuna se for constatada a impossibilidade de se mensurar o montante real das operações realizadas, o que não ocorre, neste caso. E, face aos argumentos apresentados, entende que os requisitos para a realização do arbitramento não foram atendidos. Contestou a multa aplicada, aduzindo que havendo qualquer diferença apurada, poder-se-ia aplicar a multa prevista no art. 915, II, "f", do RICMS/97. Por fim, o defendant requer a anulação completa do Auto de Infração em lide; devolução do prazo de defesa, em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa; modificação dos cálculos, considerando o enquadramento do autuado no SIMBAHIA; ajuste à realidade, de modo a utilizar os dados efetivos, referentes às operações praticadas, afastando-se as presunções fraudulentas e por sonegação, porque não foram comprovadas; modificação da multa, reduzindo-a; concessão de parcelamento do eventual débito afinal apurado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 69 a 71 dos autos, dizendo que a autuação fiscal fundamentou-se nos seguintes fatos: a) "fortes indícios de omissão de receitas (MVA negativo)"; b) o autuado deixou de fornecer livros e documentos fiscais ou contábeis (3 intimações); c) o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos do SINTEGRA, com informações sobre operações ou prestações realizadas. Disse que a impugnação apresentada pelo autuado está repleta de proposições que são facilmente esclarecidas quando da leitura dos autos; o sujeito passivo mostrou indiferença em relação às intimações para apresentação dos livros e documentos fiscais, havendo inverdade ou equívoco do defendant quando afirmou que houve pedido para envio dos documentos por serviço privado de entrega em Salvador, haja vista que as intimações são claras ao indicar que os livros e documentos solicitados deveriam ser entregues na INFRAZ Eunápolis. Foram realizados vários contatos telefônicos com o contador, e em relação a uma outra empresa que o mesmo contador era responsável, toda a documentação foi entregue. Disse que não mora em Salvador, e na INFRAZ Eunápolis, o auditor de plantão recepciona os livros e documentos fiscais de contribuintes, na ausência do auditor responsável pela fiscalização. Ressaltou que o autuado foi convidado a comparecer à repartição fiscal para tomar conhecimento do Auto de Infração, e enviou para tal fim o seu contador, sendo esse profissional considerado um preposto autorizado pela empresa, podendo assinar documentos junto à Secretaria da Fazenda, e o contribuinte, tanto tomou conhecimento da autuação que apresentou defesa bem elaborada, o que indica que houve bastante tempo para o seu preparo. Quanto aos livros e documentos que o autuado ser referiu nas razões defensivas, disse que não houve a juntada aos

autos de qualquer comprovação. Informou que na apuração do débito, levou em consideração o enquadramento do autuado no SIMBAHIA, uma vez que foi concedido o crédito de 8% sobre a base de cálculo apurada.

Em relação às diversas ementas do CONSEF, citadas pelo defendant, disse que nenhuma delas se aplica à situação em referência, e ao contrário do que pensa o autuado, existe decisão do CONSEF considerando procedente a aplicação do roteiro de arbitramento na situação do presente processo, a exemplo dos Acórdãos de números JJF 0292/04-02 e CJF 931-1/03. Disse que o autuado mostra desconhecimento quanto ao procedimento realizado, ao apresentar o entendimento de que deveria ser considerado todo o montante das entradas apuradas no CFAMT, em vez daquele informado na DME. Por fim, pede a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

Analizando a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob a alegação de que o seu contador não poderia ter sido intimado para apresentação dos livros e documentos fiscais, bem como, para tomar conhecimento da lavratura do presente Auto de Infração, por entender que a intimação assinada pelo contador é nula, observo que a intimação ao sujeito passivo acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal poderá ser feita pessoalmente, mediante assinatura do próprio sujeito passivo, seu representante ou preposto, conforme art. 108 do RPAF/99, entendendo-se como preposto, pessoa que mantenha com o contribuinte vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado (art. 3º, inciso III, do RPAF/99), a exemplo do contador do autuado, que se encontra devidamente cadastrado nesta SEFAZ, de acordo com o extrato INC (Informações do Contribuinte) à fl. 14. Assim, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo defendant, ficando rejeitado o pedido de reabertura do prazo de defesa, haja vista que as intimações foram efetuadas regularmente, estão assinadas por preposto do autuado, que tomou conhecimento do presente lançamento e apresentou defesa no prazo regulamentar.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração, trata do arbitramento da base de cálculo do ICMS em virtude da falta de apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis, referentes aos exercícios de 2002 e 2003, sendo alegado pelo autuado que:

1. foi surpreendido com a solicitação para envio dos livros e documentos fiscais originais por serviço privado de entrega em Salvador, para o auditor fazer sua análise, devido à falta de tempo de fazê-lo em Itabela;
2. não houve qualquer tipo de perda ou desaparecimento dos livros fiscais, a escrituração se encontra em perfeita ordem, bem como os pagamentos do imposto, que têm sido efetuados de forma regular;
3. jamais saiu dos limites fixados para apuração do imposto pelo Regime SIMBAHIA, ao qual pertence, apresentando o entendimento de que houve sua exclusão incorreta do citado Regime Simplificado de Apuração, porque jamais foi apurado que houve sonegação, ou qualquer outro ato ilícito,
4. a falta de apresentação de livros e documentos fiscais não enseja a ocorrência de sonegação, e a simples apuração de sobra de estoque, ou volume de vendas inferior ao de compras, também não configura qualquer ato ilícito

Quanto à primeira alegação constata pelas intimações acostadas aos autos (fls. 05 a 07) que foram indicados como local de entrega dos livros e documentos solicitados, o próprio estabelecimento

autuado e a Inspetoria Fazendária de Eunápolis. Logo, pelas citadas intimações, não ficou comprovada a alegação defensiva.

Em relação à alegação de que a falta de atendimento à intimação não enseja a realização de arbitramento, observo que a falta de exibição de livros e documentos fiscais e contábeis, conforme reiterada intimação, impediu a apuração dos valores reais do imposto devido, e por isso, o autuante aplicou o arbitramento como único recurso disponível, haja vista que 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 livros e documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas pelo contribuinte.

Nas razões de defesa foi alegado, também, que o autuado possui os documentos comprobatórios das operações realizadas, entretanto, não foi juntado aos autos qualquer elemento de prova da alegação defensiva. Considerando que se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e que os livros e documentos devem estar na posse do deficiente, a prova da existência desses elementos poderia ter sido juntada aos autos.

O contribuinte não apresentou os documentos fiscais no prazo regulamentar, nem comprovou a sua existência, nem os motivos que o levaram a não atender a intimação efetuada pelo autuante, tendo o deficiente alegado, ainda, que as notas fiscais deixaram de ser apresentadas face ao exíguo prazo que lhe fora concedido. Entretanto, os prazos estabelecidos nas intimações anexadas aos autos são os previstos na legislação, e o Fisco não pode ficar aguardando o contribuinte fazer prova de suas operações sem fixar o prazo de exibição dos livros e documentos fiscais, sob pena de não conseguir cumprir o roteiro de fiscalização designado pela autoridade competente, e no presente caso, ficou caracterizado que a falta de exibição dos documentos fiscais impediu a realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido.

Verifico, também, que não procede a alegação do autuado de que houve a sua exclusão do Regime SIMBAHIA, haja vista que, nos exercícios fiscalizados, o autuado estava enquadrado na condição de Microempresa, e sendo apurado o imposto exigido por meio de arbitramento de acordo com os valores declarados pelo próprio sujeito passivo nas DMEs (fls 10 a 14), a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal (demonstrativos às fls. 08 e 09), de acordo com o previsto no § 1º do art. 19, da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Quanto à multa aplicada, está correto o percentual indicado no Auto de Infração (100%), haja vista que o referido percentual encontra amparo na legislação em vigor, consoante o previsto no art. 42, inciso IV, alínea “i” da Lei nº 7.014/97.

Entendo que existem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo. Por isso, considero procedente a autuação fiscal, e quanto ao pedido de concessão de parcelamento do débito, o autuado deve apresentar o requerimento na repartição fiscal, consoante o art. 122, do RICMS/97.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 293575.0903/04-0, lavrado contra A S

FEITOSA DE ITABELA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.186,10**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR