

A. I. N° - 206825.0019/03-5
AUTUADO - SPELL COMÉRCIO DE MODA LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 28.07.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0234-02/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Restando comprovado na fase processual, por outro preposto fiscal, a existência de livros e documentos fiscais que possibilitam a fiscalização pelos roteiros normais de auditoria, não se justifica a adoção do arbitramento, impondo a nulidade do lançamento fiscal. Foi representada a autoridade competente a instaurar novo procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/11/03, para exigência de ICMS no valor de R\$ 285.466,42, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de arbitramento da base de cálculo do imposto, relativa aos exercícios de 1999 a 2002, em virtude da falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, tudo conforme documentos e demonstrativos às fls. 05 a 23.

O autuado, representado por advogada legalmente constituída, apresentou defesa às fls. 33 a 41, na qual, comentando a autuação, num primeiro momento, entendeu que o Auto de Infração exige o ICMS decorrente de levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, e falta de recolhimento do tributo no prazo regulamentar, e em seguida, diz que a exigência se refere à diferença entre a escrita fiscal e contábil.

Feitas estas considerações, a defendente argüiu a nulidade da autuação, com fulcro no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, sob alegação de que ficou impedida de exercer o seu direito ao contraditório e a ampla defesa assegurado no artigo 50, inciso LV, da CF/88, em razão da não entrega, por parte do autuante, dos anexos e do relatório fiscal que constituem parte integrante da peça acusatória. Salientou que a omissão da entrega dos citados documentos restringiu a condição de confrontar-se a eficácia da sua exposição, diante da carência de elementos para fazer prova em contrário. Citou a jurisprudência no âmbito federal sobre a causa motivadora para a lavratura de Auto de Infração.

No mérito, foi aduzido pelo autuado que os [prepostos fiscais] deixaram de considerar algumas informações relativas às operações de entrada e de saída de mercadorias, e também da natureza fiscal dada a algumas mercadorias revendidas pelo estabelecimento. Por conta disso, ressalta que os dados desprezados, por guardarem vínculo com a exigência fiscal, demonstram a incerteza dos números apurados e inclusos no demonstrativo elaborado pelos [fiscais], tendo requerido perícia com respaldo no artigo 49 do RPAF/99, para confirmar sua alegação.

Prosseguindo, observou que o autuante não levou em consideração que o valor contabilizado nas vendas não pode servir como base de cálculo do imposto, em virtude de estarem englobadas as vendas de produtos isentos, não tributados e outros submetidos a sistemática da substituição tributária, ou de mercadorias que foram devolvidas, informando que isso será comprovado

através das peças que oportunamente serão acostadas à presente defesa, cuja revisão, entende ser imprescindível porque no pouco tempo que teve para examinar o extenso e demorado trabalho fiscal, constatou diversas irregularidades e erros que levaram a conclusão da existência de imposto a recolher.

Informou que para embasar o levantamento efetuado pela empresa, foram anexados ao recurso, documentos fiscais pertinentes, ressaltando que se ficar configurada a existência de descumprimento da obrigação acessória, seria cabível a aplicação de penalidade de caráter formal.

Fez referência ao item 03-02.02.02 relativo a exigência de imposto, provavelmente sobre as mercadorias existentes em seu estoque final, considerando tal exigência indevida sem a dedução dos créditos fiscais decorrentes da entrada das mercadorias, e disse que a empresa desistiu expressamente do pedido de baixa, antes da ação fiscal.

Com fulcro no artigo 150, IV, da Constituição Federal, considerou confiscatória a penalidade aplicada, por entender que ela recaiu sobre o preço comercial das mercadorias que tiveram entrada no estabelecimento comercial da empresa, em virtude do suposto descumprimento de obrigação acessória. Citou a lição de renomados tributarista sobre o confisco.

Comentou sobre uma penalidade de um descumprimento de obrigação acessória, relativo a falta de escrituração do livro Registro de Inventários, e salientou que faz jus do benefício contido no artigo 40, da Lei nº 4.825/89, que prevê a possibilidade do órgão julgador reduzir ou cancelar as multas, quando ficar comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, e não impliquem na falta de recolhimento do imposto.

Ao final, requereu revisão fiscal por preposto fiscal estranho ao feito, e a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, às fls. 46 a 47, o autuante salienta que o patrono do autuado faz referência a levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, falta de recolhimento do tributo no prazo regulamentar, e a falta de pagamento de tributo sobre estoque remanescente, porém o fulcro da autuação concerne a exigência de imposto resultante da utilização do método do arbitramento legal, em virtude da empresa após ser intimada por três vezes, no período de 45 dias, não ter apresentado nenhum livro ou documento fiscal ou contábil. Quanto a alegação de cerceamento de defesa, considerou descabida tal alegação, informando que todos os demonstrativos constam do processo e foram devidamente encaminhados para o autuado. Ressaltou que a peça impugnatória não guarda nenhuma correlação com os trabalhos de auditoria desenvolvidos, e que por não sido apresentada nenhuma matéria, de fato ou fundamento, que justifique a pretensão do contribuinte, opina pela manutenção do Auto de Infração.

Na pauta suplementar do dia 26/02/2004 esta Junta decidiu pela realização de diligência junto à Infaz de origem no sentido de que fossem entregues, sob recibo, cópias dos documentos às fls. 12 a 23, mais precisamente, Termos de Início e de Encerramento de Fiscalização e cópias de DME's que serviram de base para o cálculo do imposto.

À fl. 52 consta que a advogada Cristina Maria Della-Cella Souza foi intimada a comparecer a repartição fiscal, oportunidade em que lhe foi entregue uma cópia da diligência, porém, a mesma não se pronunciou no prazo de trinta dias.

Em virtude de não ter sido cumprida a diligência constante à fl. 50, haja vista que ao ser intimado o representante do sujeito passivo em 11/03/04, não foram anexados os documentos às fls. 12 a 16 e 18 a 23, o PAF foi baixado em diligência à Infaz de origem, no sentido de que fosse novamente intimada a Advogada CRISTINA MARIA DELLA-CELLA SOUZA, no endereço Rua Padre Daniel Lisboa, 14, Brotas, nesta Capital, a tomar conhecimento dos documentos às fls. 12 a 23.

Em 12/05/04 o patrono do autuado interpõe o recurso defensivo às fls. 59 a 61 recorrendo da decisão que imputou intempestividade da defesa, com base no argumento de que não pode ser penalizado com tal medida, pois, a sua segunda defesa somente ocorreu pela não observância do autuante quanto ao pedido de cancelamento do processo de baixa. Quanto ao indeferimento do processo de baixa, informa que se encontra com todos os livros e documentos para a comprovação de suas operações comerciais, inclusive que formulou novo pedido de fiscalização para baixa da inscrição do estabelecimento. No mérito, ratifica sua defesa anterior, e salienta que com base nos documentos acostados e demonstrativos a serem oportunamente apresentados, requer a revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, e a improcedência do Auto de Infração.

Considerando a informação do autuado de que ingressou com novo pedido de baixa, conforme Processo nº 069442/2004-9 (doc. 162), na Pauta Suplementar do dia 29/07/2004 o processo foi baixado mais uma vez em diligência à Infaz Iguatemi, para, se confirmado que foram entregues todos os livros e documentos fiscais necessários à fiscalização do processo de baixa de inscrição, fosse indicado outro preposto fiscal para examinar a documentação, com vistas a informar se através dela é possível realizar outros roteiros de fiscalização sem a adoção do arbitramento.

Cumprindo a diligência o Auditor Fiscal José Bento Correia de Almeida demonstrou que examinou a escrita do contribuinte, tendo apurado através de auditoria de estoques relativa aos exercícios de 1999 a 2002, o seguinte:

EXERC.	OMISSÕES		ICMS SOBRE		DOCS. FLS.
	ENTRADAS	SAÍDAS	ENTRADAS	SAÍDAS	
1999	8.442,12	2.148,27	1.435,16		74 A 103
2000	2.392,73	1.650,36	406,76		104 A 133
2001	-	25.790,21		4.384,34	134 A 172
2002	3.933,60	3.112,56	668,71		173 A 184

Além disso, foi informado ainda que o contribuinte autuado ficou omissos dos pagamentos nos meses de setembro e dezembro de 2002, relativamente a operações devidamente escrituradas nos valores de R\$ 1.192,77 e R\$ 6.191,47, respectivamente, conforme demonstrativos às fls. 72 a 73.

Às fls. 191 a 192 consta que a repartição fazendária de origem intimou a advogada Cristina Maria Della-Cella Souza, sendo encaminhada cópia da diligência e dos novos elementos correspondentes às fls. 67, 70 a 190, não tendo a referida senhora se manifestado no prazo estipulado.

VOTO

O presente Auto diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, cujos valores foram apurados por meio de arbitramento da base de cálculo, com fulcro no artigo 937, caput e inciso I c/c com o § 1º do artigo 146, inciso I, alínea “b”, e na forma prevista no inciso I, alínea “b” c/c com o § 2º do artigo 938, e artigo 407-S, todos do RICMS/97, tomando por base o CMV (custo das mercadorias vendidas), cuja motivação e cálculo encontram-se devidamente demonstrados no Termo de Encerramento de Fiscalização constante às fls. 19 a 23.

O arbitramento foi feito em função do motivo previsto expressamente no inciso I, do artigo 937 do RICMS vigente à época da ocorrência dos fatos, qual seja, em virtude da falta de apresentação dos livros e documentos fiscais relativos aos exercícios de 1999 e 2002, indicados nas intimações às fls. 05 a 07 datadas de 02/10/03, 08/10/03, 13/10/03 e 10/11/03.

Na análise dos documentos que compõem o processo, verifico que a autuação é originária de processo de baixa de inscrição cadastral, cuja adoção do arbitramento inicialmente se justificou plenamente, na medida em que, conforme consta às fls. 05 a 07 o contribuinte foi regularmente intimado por três vezes a apresentar os livros e documentos fiscais necessários à fiscalização das

operações realizadas pelo estabelecimento, relativas aos exercícios de 1999 a 2002, e não os apresentou nos prazos estipulados nas intimações.

Observo ainda que no plano formal, o procedimento fiscal atendeu ao devido processo legal, não ocorrendo em momento algum o alegado cerceamento de defesa por falta de entrega dos documentos embasadores da autuação, eis que, ante a recusa do representante legal do autuado em assinar o Auto de Infração, o estabelecimento foi intimado pela Inspetoria Fazendária do Iguatemi em 26/11/03 a tomar conhecimento da autuação, ocasião em que foi encaminhado juntamente com o AI, o Termo de Encerramento, do Demonstrativo de Débito, e do Anexo do Demonstrativo do Débito conforme intimação e AR-Aviso de Recebimento dos Correios (docs. fls. 28 e 29).

Contudo, considerando que não haviam sido entregues as DME's às fls. 12 a 16 que serviram de base para o cálculo do imposto, a pedido desta Junta, a advogada do autuado que subscreve a peça defensiva foi intimada em 11/03/04 (docs. fls. 52 e 53) a se manifestar sobre a informação fiscal, ocasião em que lhe foi entregue uma cópia da diligência, porém, no prazo de trinta dias não se pronunciou a respeito.

Apesar disso, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o processo à Infaz de origem para a reabertura do prazo de defesa mediante a entrega dos documentos às fls. 12 a 23, cujo patrono do autuado ao receber tais documentos, apresentou nova impugnação às fls. 59 a 61, porém, sendo informado que a empresa havia ingressado com novo pedido de baixa, conforme Processo nº 069442/2004-9 (doc. fl. 62).

Por esse motivo, o processo foi remetido em diligência à Infaz Iguatemi, para, se confirmado que foram entregues todos os livros e documentos fiscais necessários à fiscalização do processo de baixa de inscrição, seja indicado outro preposto fiscal para examinar a documentação, com vistas a informar se através dela é possível realizar outros roteiros de fiscalização sem a adoção do arbitramento.

Conforme consta às fls. 74 a 184, a diligência foi devidamente cumprida pelo Auditor Fiscal José Bento Correia de Almeida, sendo demonstrado que foi possível utilizar outro roteiro de fiscalização sem a adoção do arbitramento, mais precisamente o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, tendo apurado no período de 1999 a 2002 as omissões de entradas e de saídas de mercadorias constante no quadro abaixo.

EXERC.	OMISSÕES		ICMS SOBRE		DOCS. FLS.
	ENTRADAS	SAÍDAS	ENTRADAS	SAÍDAS	
1999	8.442,12	2.148,27	1.435,16		74 A 103
2000	2.392,73	1.650,36	406,76		104 A 133
2001	-	25.790,21		4.384,34	134 A 172
2002	3.933,60	3.112,56	668,71		173 A 184

Além disso, foi informado ainda que o contribuinte autuado ficou omissos dos pagamentos nos meses de setembro e dezembro de 2002, relativamente a operações devidamente escrituradas nos valores de R\$ 1.192,77 e R\$ 6.191,47, respectivamente, conforme demonstrativos às fls. 72 a 73.

Às fls. 191 a 192 consta que a repartição fazendária de origem intimou a advogada Cristina Maria Della-Cella Souza, sendo encaminhada cópia da diligência e dos novos elementos correspondentes às fls. 67, 70 a 190, não tendo a referida se manifestado no prazo estipulado.

O arbitramento por ser uma medida extrema, somente deve ser aplicado quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação ou quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo por outro meio de fiscalização. Considerando a informação prestada por outro preposto fiscal de que foi possível fiscalizar o período de 1999 a 2002 sem a adoção do arbitramento,

concluo que não há motivação para tal prática, sendo o lançamento nulo, a teor do que preceitua o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Desta forma, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, fica representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal, haja vista a existência dos livros e documentos fiscais, a fim de se proceder a fiscalização pelos meios procedimentais normais, tomando-se por base o resultado apurado às fls. 72 a 184.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0019/03-5**, lavrado contra **SPELL COMÉRCIO DE MODAS LTDA**.

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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA