

A. I. N° - 380214.0011/05-0
AUTUADO - MED-GOLDEN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 28.12.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0478-02/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Imputação não elidida. 2. EXTRAVIO DE LIVROS E DOCUMENTOS. MULTA. A própria empresa fez publicar em jornal um comunicado dando conta do extravio dos elementos em questão. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Fato não negado objetivamente pelo autuado. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 4/10/05, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$ 7.473,15, com multa de 60%;
2. extravio de livros fiscais, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.600,00;
3. extravio de documentos fiscais, sendo por isso aplicada multa de R\$ 1.250,00;
4. falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), sendo por isso aplicada multa de R\$ 460,00.

O autuado apresentou defesa opondo duas preliminares. A primeira, alegando cerceamento de defesa, com fundamento no art. 18, II, do RPAF. Reclama que o processo de fiscalização foi todo ele praticado no âmbito da inspetoria fiscal de Itabuna, sem intimação nem conhecimento prévio da empresa. Assinala que todos os documentos do movimento econômico-financeiro do estabelecimento se encontravam em poder do autuante ou da inspetoria fiscal, pois foram entregues para efeito de baixa da inscrição cadastral, conforme testifica o protocolo nº 131957/2005-0, cuja cópia anexou aos autos. Protesta que o fiscal, embora estando de posse dos livros e documentos fiscais acostados com o pedido de baixa, acusou o extravio de livros e documentos fiscais nos itens 2º, 3º e 4º do Auto de Infração, para cobrar penalidades fixas exageradamente aplicadas pela suposta falta de apresentação. Observa que o protocolo de baixa, conforme cópia anexa, é datado de 22/7/05, sendo anterior, portanto, ao início da fiscalização, circunstância que a seu ver retrata a desinformação do autuante para aplicar as penalidades fixas e finalizar a ação fiscal com tanto rigor e de forma tão desnorteada, cerceando, desse modo, toda e qualquer forma de ampla defesa, uma vez que ainda detém as provas documentais utilizáveis da formulação da defesa.

Na segunda preliminar, o autuado pede a nulidade da ação fiscal, alegando que, como consta no Auto de Infração e nos registros fiscais em poder do autuante, a sua empresa exercia suas atividades enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, e, como tal, recolhia

seus tributos antecipadamente, conforme as mercadorias que adquirisse, ou através do SimBahia, de modo que não estaria obrigada a apresentar documentação fiscal e contábil, não tendo sequer sido intimada para naquela ocasião justificar a falta de apresentação dos livros fiscais e dos documentos fiscais. Pontua que, no que concerne à obrigatoriedade da manutenção de livros por empresa de pequeno porte é aquela contemplada no art. 406-C, inciso VI, letra “a”, do RICMS, que diz respeito à escrituração do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação de escrita mercantil, do livro Caixa, tratando-se de empresa de pequeno porte ou microempresa com receita bruta ajustada superior a R\$ 30.000,00. Aduz que a exigência de apresentação de documentos ou de cumprimento de formalidade a que o contribuinte não está obrigado a manter e a atender constitui abuso de direito, cumulado com o cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, o autuado faz notar que as preliminares expendidas já antecipam, parcialmente, as razões de fundo, pois, em decorrência da exigência de apresentação das escritas fiscal e contábeis pelo agente, jamais haveria motivo para a autuação. Sustenta que o arbitramento da base de cálculo, por constituir uma medida extrema, exige a certeza capitulada no art. 937 [do RICMS]. Considera que o espelho desse procedimento redundaria, exatamente, nos demonstrativos de inexistência de movimento fiscal ou comercial para apurar os créditos tributários neles descritos. Assegura que a empresa não adquiriu as mercadorias descritas nas Notas Fiscais constantes no demonstrativo de apuração de Notas Fiscais. Observa-se no rodapé das Notas que não há assinatura do recebedor. Ressalta que a empresa sempre efetuou os recolhimentos antecipados dos tributos a seu encargo pelo sistema da substituição tributária. Anexou comprovantes de alguns recolhimentos referentes ao período fiscalizado.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo ou improcedente.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que, em atendimento à ordem de serviço, na ação fiscal de plantão fiscal de baixa “virtual”, examinou o processo de “baixa virtual”, tendo como documento apenas o recorte de jornal à fl. 11, sendo identificadas ocorrências que ensejaram a lavratura do Auto de Infração em apreço.

Quanto à preliminar por cerceamento de defesa, o fiscal contrapõe que a alegação da autuada não procede, haja vista que a ação fiscal foi deflagrada a partir da baixa solicitada pelo contribuinte. Explica que a baixa ocorreu durante o plantão fiscal, conforme a supracitada ordem de serviço, e após a lavratura do Auto de Infração foi concedido o prazo previsto no RPAF, ao contribuinte, para que ele oferecesse a defesa que julgasse pertinente.

Com relação à segunda preliminar, o fiscal considera que, ao pedir a nulidade da ação fiscal, o autuado aduz razões sem nexo em relação ao Auto de Infração, ao dizer que a empresa exercia suas atividades enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, haja vista que, na verdade, o seu estabelecimento era enquadrado como “normal”, conforme fl. 12 dos autos, sendo, portanto, obrigado a manter e apresentar toda a documentação sempre que solicitada e no momento da baixa.

Quanto ao mérito, o fiscal considera que não procedem as preliminares argüidas pelo autuado, uma vez que a empresa estava enquadrada como “normal”, estando, portanto, obrigada a manter as escritas fiscal e contábil. A seu ver, as demais alegações da defesa não têm pertinência com o Auto de Infração, uma vez que não houve arbitramento. Com relação aos fatos acusados, considera que as provas estão anexadas aos autos.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Das duas preliminares, considerarei como tal a primeira; a segunda constitui matéria de mérito.

O autuado alega que houve cerceamento de defesa por não ter tido conhecimento prévio da fiscalização.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o Auto de Infração foi lavrado na ação fiscal de plantão fiscal de “baixa virtual”, tendo como documento apenas o recorte de jornal à fl. 11, sendo identificadas ocorrências que ensejaram a lavratura do Auto de Infração em apreço.

Para ser lavrado um Auto de Infração, é preciso que, formalmente, o contribuinte se encontre sob ação fiscal.

No caso em apreço, foi anexado aos autos um Termo de Início de Fiscalização, porém nele não existe o “ciente” do contribuinte, e não consta nos autos que o termo tenha sido transcrito no livro de ocorrências, como manda a legislação.

O art. 196 do CTN prevê que os prepostos do fisco devem lavrar termo próprio, no início dos trabalhos fiscais, “na forma da legislação aplicável”. A regra jurídica aplicável a esse caso, na Bahia, está consubstanciada no art. 127, § 1º, II, do COTEB (com a alteração feita pela Lei nº 7.438/99) e no art. 28 do RPAF/99, cujo inciso I prevê que, não sendo transcrito o aludido termo no livro próprio, deve ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo. Não basta, portanto, elaborar o termo e pôr nos autos, “pro forma”, só para constar.

O procedimento fiscal inicia-se mediante vários atos: Termo de Apreensão, Termo de Início, Termo para Apresentação de Livros e Documentos, Auto de Infração e Notificação Fiscal (RPAF/99, art. 26). Embora todos esses instrumentos tenham uma consequência comum – inibem a espontaneidade do sujeito passivo –, cada um deles tem uma finalidade. O Termo de Apreensão serve para documentar materialmente a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos. O Termo para Apresentação de Livros e Documentos destina-se a formalizar a solicitação para que o sujeito passivo exhiba, no prazo estipulado, os elementos que o fisco pretende examinar. O Termo de Arrecadação tem como escopo registrar a retirada de elementos da empresa para serem conduzidos à repartição fiscal. E o Termo de Início constitui o instrumento pelo qual o fisco, tendo ou não efetuado antes a intimação do sujeito passivo para exhibir livros e outros elementos, indica, formalmente, a data em que oficialmente se iniciou a fiscalização propriamente dita, tendo por isso o aludido termo prazo de validade, sujeito embora a prorrogação, na forma da lei.

Existem casos em que o procedimento fiscal se inicia pelo próprio Auto de Infração. Isso se verifica quando se trata de um procedimento instantâneo, que é iniciado e concluído num dado momento, como, por exemplo, na constatação da falta de cumprimento de determinada obrigação acessória. Nesse caso, o art. 29 do RPAF dispensa a lavratura de Termo de Início (bem como de Termo de Encerramento ou de Apreensão).

Também não há necessidade de Termos de Início ou de Encerramento de Fiscalização no caso de o procedimento fiscal ser baseado em Termo de Apreensão, pois este, embora válido por 30 dias, também é um procedimento instantâneo – a apreensão tem início e fim num determinado momento, sendo no corpo do instrumento feita a indicação do dia, mês, ano, hora e lugar do procedimento.

Tendo em vista que o art. 29 do RPAF/99 enumera, taxativamente, as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, deduz-se, “a contrario sensu”, que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo.

A jurisprudência preponderante neste Conselho relativamente à falta de Termo de Início de Fiscalização é pela nulidade do procedimento.

No presente caso, porém, a ação fiscal foi desenvolvida em face de um processo de baixa. Ao requerer a baixa, o contribuinte entrega à repartição os seus livros e documentos. Essa entrega é feita contrapondo-se a um requerimento o correspondente termo de arrecadação dos livros e documentos exibidos. Dessa forma, o contribuinte sabe, desde esse ato, que os atos da empresa se encontram sob ação fiscal. O ideal seria que o fiscal autuante cumprisse fielmente a

legislação, de modo a configurar, juridicamente, o início da ação fiscal. Numa situação como esta, se naquele interregno o contribuinte tivesse efetuado o pagamento de alguma quantia atrasada, ter-se-ia de considerar o pagamento como espontâneo, porque o fiscal não agiu nos estritos termos da lei. No entanto, para fins de embasamento deste Auto de Infração, considero que o contribuinte não foi surpreendido, ele sabia que, tendo solicitado a baixa de sua inscrição, o seu requerimento seria objeto de exames e apuração de eventuais débitos. Não houve ofensa ao princípio da não-surpresa, e, por conseguinte também não houve ofensa ao princípio da ampla defesa. Ultrapasso a preliminar.

Quanto à segunda preliminar, como já salientei inicialmente, a questão diz respeito a matéria de mérito. O autuado alega que a sua empresa exercia suas atividades enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, e, como tal, recolhia seus tributos antecipadamente, conforme as mercadorias que adquirisse, ou através do SimBahia, de modo que não estaria obrigada a apresentar documentação fiscal e contábil, não tendo sequer sido intimada para naquela ocasião justificar a falta de apresentação dos livros fiscais e dos documentos fiscais. Observa que, no que concerne à obrigatoriedade da manutenção de livros por empresa de pequeno porte é aquela contemplada no art. 406-C, inciso VI, letra “a”, do RICMS, que diz respeito à escrituração do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação de escrita mercantil, do livro Caixa, tratando-se de empresa de pequeno porte ou microempresa com receita bruta ajustada superior a R\$ 30.000,00.

Ocorre que, de acordo com o instrumento à fl. 12 dos autos, o estabelecimento do autuado não era inscrito nem como microempresa, nem como empresa de pequeno porte – sua inscrição, desde 14/3/01, era na condição de contribuinte “normal”. O tratamento jurídico de microempresa e de empresa de pequeno porte, segundo o sistema do SimBahia, é opcional, ou seja, depende de requerimento formal do interessado nesse sentido. Se o contribuinte, enquanto estava em atividade, não fez essa opção, não pode agora alegar que a sua condição seria de micro ou de pequena empresa.

No caso do item 1º do Auto de Infração, o autuado é acusado de não ter efetuado o recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. A defesa limitou-se a alegar que não teria comprado as mercadorias. Tal alegação cai por terra diante das Notas Fiscais anexas aos autos, que constituem prova material das operações. É insustentável a alegação da ausência de assinatura do recebedor das mercadorias no rodapé dos documentos. Se os documentos não correspondem a efetivas operações com a sua empresa, compete-lhe tomar as providências policiais e judiciais cabíveis contra os emitentes dos aludidos documentos.

Também é insustentável a alegação de que teria havido arbitramento. Arbitramento há quando, nos termos do art. 937, a fiscalização precisa valer-se de elementos indiretos para determinar a base de cálculo do imposto. No caso de a fiscalização basear-se em documentos hábeis relativos a operações reais, não se pode dizer que houve arbitramento.

Enfim, mantenho o lançamento do item 1º do Auto de Infração.

No caso dos itens 2º e 3º, o autuado alega que todos os documentos do movimento econômico-financeiro do estabelecimento se encontravam em poder do autuante ou da inspetoria fiscal, pois foram entregues para efeito de baixa da inscrição cadastral, conforme testifica o protocolo nº 131957/2005-0, cuja cópia anexou aos autos, e protesta que o fiscal, embora estando de posse dos livros e documentos fiscais, acusou o extravio de livros e documentos fiscais.

Quanto a esse ponto, noto que foi a própria empresa quem fez publicar em jornal um comunicado dando conta do extravio dos elementos em questão, conforme consta à fl. 11. Mantenho as multas dos itens 2º e 3º.

No item 4º, o autuado é acusado de não ter apresentado a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). Esse fato não foi negado objetivamente pelo autuado. Mantenho a multa.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **380214.0011/05-0**, lavrado contra **MED-GOLDEN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.473,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando **R\$ 6.310,00**, previstas no art. 42, incisos XIV, XV, “h”, e XIX, da supracitada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR