

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0015/04-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COREL ISOLANTES TÉRMICOS LIMITADA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0155-02/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 21/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/06

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. EXTRAVIO. MULTA PELO EXTRAVIO DOS DOCUMENTOS, CUMULADA COM MULTA PROPORCIONAL AO IMPOSTO ARBITRADO. Duplicidade de apenações. Dúvida quanto ao extravio dos documentos. Falta de motivação jurídica para o arbitramento. É nulo o procedimento administrativo praticado com preterição ou em desacordo com preceito legal, sobretudo, havendo incerteza quanto ao cometimento da infração. Procedimento nulo. Mantidas as decisões. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a sua Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

São objetos do presente Recurso os itens 3 e 4 do Auto de Infração em lide, os quais tratam de:

- 1 Falta de recolhimento de ICMS, apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação da documentação fiscal e contábil ao fisco, sendo lançado imposto no valor de R\$25.953,56, com multa de 100%.
- 2 Extravio dos Documentos Fiscais nºs 6946 a 7635 (sic), conforme comunicado feito através do processo nº 236322/2004-0, sendo aplicada à multa de R\$3.500,00.

O autuado apresentou defesa alegando que, no período abrangido pela fiscalização estadual, diversos documentos foram arrecadados por fiscais da Receita Federal, da Previdência Social e da Prefeitura Municipal. Pede que sejam desconsiderados o arbitramento e a multa aplicada.

Na informação fiscal, a autuante opina pela manutenção do Auto de Infração.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fosse informado se o contribuinte dispõe dos documentos tidos como extraviados; bem como se era possível desenvolver outro roteiro de fiscalização que não o arbitramento.

O auditor fiscal designado para cumprir a diligência informou que esteve na empresa e constatou que ela se encontrava com sua atividade bastante restrita, inclusive com as portas fechadas, sendo, porém, recebido por uma funcionária. Aduz que intimou a empresa, contudo as intimações não foram atendidas, o que prejudicou o cumprimento do solicitado pela 2ª JJF.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0155-02/06, a Primeira Instância, por unanimidade, julgou nulos os itens 3 e 4 do Auto de Infração.

Quanto ao 3º item do Auto de Infração, o ilustre relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Não considero caracterizado o necessário motivo que justificasse o arbitramento, em face do que prescreve o art. 937 do RICMS/97. Primeiro, porque não foi dito que tipo de documentos

foram extraviados. Segundo, porque, segundo a própria auditora admite, “parte” dos documentos lhe foi entregue, sem, contudo, explicitar quantos e quais documentos não foram apresentados. Terceiro, porque, mesmo admitindo-se que não tenham sido apresentadas Notas Fiscais de compras ou de vendas, esse fato apenas impossibilitaria a realização do roteiro de auditoria de estoque (levantamento físico-quantitativo), mas este não é o único roteiro possível. A Instrução Normativa nº 310/90 prevê uma série de roteiros aplicáveis às diversas situações da realidade fiscal, em atendimento ao previsto no Sistema de Fiscalização de Tributos Estaduais, instituído pela Portaria nº 1.069/90. Existem dezenas de roteiros de fiscalização. Não sendo possível desenvolver o roteiro de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, procede-se, então, a outro roteiro que se mostre exequível, como, por exemplo, auditoria de Caixa, auditoria de Passivo. Só se não for possível a adoção de nenhum dos roteiros convencionais é que se aplica o arbitramento. O arbitramento, sendo um método extremo, precisa ser devidamente motivado, fundamentado.

No caso em apreço, não está provado que o contribuinte tivesse sonegado imposto; e, se sonegou, o fiscal não declarou que fosse impossível apurar a base de cálculo real por outros meios que não o arbitramento. Esses dois requisitos, pela dicção do art. 937, são cumulativos.

Falta, portanto, motivação jurídica para o procedimento.

É nulo o procedimento administrativo praticado com preterição ou em desacordo com preceito legal, sobretudo, havendo incerteza quanto ao cometimento da infração.

[...]

No que tange ao 4º item do Auto de Infração, o ilustre relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Na verdade, não está suficientemente provado o extravio dos documentos. Aliás, não ficou bem claro o que é mesmo que teria sido extraviado, pois a auditora se refere ao extravio de “documentos fiscais de nºs 006946 a 007635”, sem dizer que tipo de documentos seriam esses (Notas Fiscais, ou Notas Fiscais de Venda a Consumidor, ou Cupons Fiscais, etc.). Consta na descrição do fato, no Auto de Infração, que o contribuinte deixou de apresentar os documentos sob alegação de extravio, conforme comunicado feito através do processo nº 236322/2004-0. Ocorre que, no Auto de Infração, a descrição dos termos da comunicação foi feita de forma incompleta. Na verdade, no aludido comunicado (fl. 159), o contribuinte atribui o extravio ao fato de o seu estabelecimento ter passado por muitas fiscalizações no período de 1994 a 2001 por parte da Receita Federal, do INSS e da Prefeitura.

A auditora diz que o inspetor fazendário fez um ofício ao INSS, solicitando informações, tendo obtido como resposta um ofício da Procuradoria da República no Estado da Bahia informando que os documentos fiscais e contábeis da empresa em questão já haviam, provavelmente, sido devolvidos, conforme cópias de ofícios anexos.

Analisando o ofício da Procuradoria da República à fl. 162, noto que o signatário informa não ser possível atender à solicitação do inspetor fazendário da INFAZ Simões Filho, uma vez que a documentação da empresa em questão “foi objeto de exame pericial realizado pelo INSS, já tendo sido, provavelmente, tais documentos devolvidos à mesma”.

Note-se que o procurador considera que, provavelmente, os documentos já teriam sido devolvidos à empresa.

[...]

A auditora informa que, depois disso, entrou em contato com a empresa, expedindo novas intimações nos dias 6 e 9/12/04, para apresentação dos livros e documentos fiscais, sendo apresentada parte dos documentos nos dias 10 e 16/12/04. Quanto ao arbitramento, considera que o mesmo foi feito de acordo com o disposto no art. 938, inc. I, do RICMS/97.

Note-se que a auditora afirma que o contribuinte apresentou parte dos documentos, sem, contudo, informar quantos e quais documentos não foram apresentados. O que significa “parte” de documentos?

Voltando ao início do procedimento, observo que, quando protocolou o Auto de Infração, a auditora não anexou nenhum Termo de Intimação. Ao prestar a informação fiscal, ela declarou que a empresa havia sido intimada por “fax”. Ou seja, a nobre auditora deixou de atentar para a regra do art. 108 do RPAF. O instrumento à fl. 155 (no rodapé) prova que, de fato, a empresa foi intimada por “fax”. Por esses elementos, considero que, juridicamente, a empresa não foi intimada a apresentar livros ou documentos.

Observe-se que há outras intimações: uma à fl. 156, que considero imprestável, haja vista que não é datada; as outras duas intimações, às fls. 157 e 158, datadas de 6 e 9/12/04, respectivamente, foram atendidas pelo contribuinte, de acordo com o Termo de Arrecadação de Livros e Documentos às fls. 140 e 141, nos quais consta que foram arrecadados os livros fiscais, Diário, Notas Fiscais de entradas de janeiro a dezembro de 1999, Notas Fiscais de saídas de julho a dezembro de 1999, DMAs de janeiro a novembro de 1999, Notas Fiscais de Serviços.

Resta, agora, saber se, depois disso, o contribuinte foi intimado a apresentar os aludidos “documentos fiscais de n.ºs. 006946 a 007635”, a que se refere o Auto de Infração.

Foi solicitada a realização de diligência para que a fiscalização averiguasse se o contribuinte dispunha dos documentos tidos como extraviados, ou seja, os tais “documentos fiscais de n.ºs. 006946 a 007635” a que se refere o Auto de Infração. Porém o fiscal diligente solicitou foi tudo – livros fiscais, notas de compra e de venda, documentos de arrecadação, DMAs, Diário, Razão, Balanço –, sem êxito, haja vista que a empresa parece estar desativada. Não ficou claro, enfim, se houve extravio e, se houve, o que foi que realmente se extraviou. A própria auditora, ao prestar a informação (fls. 152-153), declarou que, após a devolução, pelo órgão da Previdência Social, dos documentos que haviam sido considerados extraviados, “Foram apresentadas parte dos documentos nos dias 10 e 16 de dezembro de 2004” (sic – fl. 153).

Já que a auditora admitiu que parte dos documentos tidos antes como extraviados foi apresentada, teria de dizer o que é que foi apresentado e refazer o cálculo da multa, haja vista que esta é calculada com base na quantidade de documentos extraviados. Com efeito, nos termos do inciso XIX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa é calculada à base de R\$ 5,00 por documento extraviado. Sendo assim, se todos os documentos tidos como extraviados tivessem aparecido, a multa deixaria de existir; obviamente, se apareceu “parte” deles, a multa teria de ser reduzida. A auditora, ao prestar a informação, não atentou para esse aspecto, que é substancial.

Conforme já salientei inicialmente, analisando em conjunto os itens 3º e 4º, fica evidente que houve apenação em duplicidade, pois o autuado foi multado por “extravio” de documentos (item 4º) e, pelo mesmo motivo, já que os documentos “extraviados” não foram apresentados, foi feito o arbitramento, com imposição de multa de 100% (item 3º). Ora, a multa do imposto apurado por arbitramento absorve a multa pelo extravio dos documentos, nos termos do § 5º do art. 915 do RICMS (§ 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96). Assim sendo, é nulo o procedimento no caso do item 4º.

Considerando que o valor da desoneração do autuado ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

No presente Recurso de Ofício, está sendo submetida à apreciação desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou nulos os itens 3 e 4 do Auto de Infração em epígrafe.

Nesses dois itens do Recurso Voluntário, o recorrido foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação da documentação fiscal e contábil (item 3); bem como de ter extraviado os Documentos Fiscais nºs 6946 a 7635 (item 4).

A Decisão recorrida está fundamentada nos argumentos de que não restou comprovado o extravio de documento fiscal, que o arbitramento não se justifica e que houve uma dupla apenação do autuado, ora recorrido.

No que tange ao 3º item do Auto de Infração, observo que, quando a autuante afirma que lhe foi apresentada uma parte dos documentos tidos como extraviados, sem especificar quais são esses documentos, a acusação fica insegura e o montante da multa a ser aplicada fica indeterminado. Além disso, os autos comprovam que os documentos foram arrecadados por fiscais da Previdência Social e, portanto, não podem ser classificados como extraviado, no máximo, poder-se-ia dizer que eles não foram apresentados ao fisco estadual.

Quanto ao 4º item do Auto de Infração, entendo que foi correto o posicionamento da Decisão recorrida, pois não ficou comprovado nos autos os requisitos legais para a aplicação do arbitramento do montante da base de cálculo do imposto. O ilustre relator da Decisão recorrida, de forma minuciosa, demonstrou a falta de motivação jurídica para o arbitramento realizado.

Como bem ressaltou o relator da 2ª JF, deverá a repartição fazendária competente verificar a possibilidade de refazimento da ação fiscal relativamente a esses dois itens do Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 21 do RPAF/99.

Em face do acima comentado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, homologando-se a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108880.0015/04-4, lavrado contra **COREL ISOLANTES TÉRMICOS LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.629,58**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.469,27 e 60% sobre R\$160,31, previstas no art. 42, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS