

A. I. N.^º - 180573.0007/08-9
AUTUADO - GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA.
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 25.06.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0146-02/09

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. O procedimento fiscal tem fundamento na legislação, especificamente no art. 937 do RICMS/97, que prevê a possibilidade de se calcular o imposto mediante arbitramento, quando o contribuinte não entrega os livros e documentos da empresa. Sem o exame dos livros e documentos, não há como saber se o contribuinte deixou ou não de pagar imposto. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Infração caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, DE SAÍDAS, DE INVENTÁRIO, RAICMS e RUDFTO. EXTRAVIO. MULTA. Penalidade absorvida pela multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória principal referente à infração 01. Infração descabida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2008, foi imputado ao sujeito passivo as seguintes infrações:

Infração 01 - falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. ICMS no valor de R\$ 1.526.958,81, com multa de 100%;

Infração 2 – deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$640,00.

O autuado apresenta defesa, às fls. 79 a 87, afirmando que as intimações citadas pelo Auditor Fiscal, como feitas em 11/11/2008, 26/11/2008 e 04/12/2008, foram transmitidas por fax, solicitando a exibição de uma grande lista de documentos. Afirma que, em nenhum momento, foram entregues no seu estabelecimento, com ciência dos seus empregados responsáveis, já que os proprietários do empreendimento residem em outro Estado da Federação. Entende que a falta de oficialidade na intimação resultou numa certa displicência por parte do preposto (cópia das intimações, documentos 1 e 2).

Registra que, em substituição a visita ao seu estabelecimento, o Auditor Fiscal optou por tentar contatos telefônicos informais, o que resultou na dispensa da importância que as solicitações mereciam.

Assegura que, em 23/12/2008, entregou, mediante Termo de Arrecadação (documento 3) 6 (seis) pastas-arquivo contendo notas fiscais de entrada e mais 14 (quatorze) pastas-arquivo, contendo notas fiscais de saídas. Afirma que, por displicência do preposto fiscal, nessas pastas não estavam todos os documentos solicitados pela fiscalização e que, nesta mesma data e ocasião da

entrega, o Auditor Fiscal preparou uma listagem (documento 3) informando os documentos faltosos.

Consigna que, no dia seguinte, não haveria mais expediente regular, pois se tratava do início dos feriados natalinos, quando todas as empresas e repartições públicas, inclusive a Secretaria da Fazenda, funcionaram parcialmente, situação que se estendeu até o dia 05/01/2009 quando, finalmente, foi regularizado, no país, o expediente normal, tanto de repartições públicas quanto de empresas privadas. Neste "tumultuado intervalo de tempo", o autuante terminou por, apressadamente, encerrar o processo de fiscalização, lavrando o presente Auto de infração, sem que imaginasse que procederia como procedeu.

Assegura que todos os documentos e livros, não entregues a tempo, encontram-se em seu poder, sendo possível a sua apresentação, se assim solicitado pelo fisco.

Continua os argumentos defensivos, transcrevendo os dois parágrafos iniciais do voto proferido pelo Relator, no julgamento que resultou do ACÓRDÃO CJF nº 0320-12/02, que entende ser totalmente aplicável ao caso:

"Concordo com o voto proferido pelo Relator de 1ª Instância, porque o arbitramento por se constituir em um método extremo, só deve ser utilizado quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação e diante da impossibilidade de apurar o tributo pelos meios normais de fiscalização.

De acordo com o Regulamento vigente para que o lançamento fiscal seja feito por meio de arbitramento há dois requisitos a serem observados: a) que o contribuinte tenha incorrido na prática de sonegação; b) que não seja possível apurar o tributo devido através dos roteiros normais de auditoria, na determinação da real base de cálculo".

Aduz que, das alegações feitas pelo Auditor Fiscal, responsável pela imposição do método de arbitramento, cita duas de suas frases que contrastam com o lógico raciocínio externado no voto que acaba de transcrever, resultando na decretação da nulidade do Auto de Infração, objeto daquele julgamento:

- a) ... , constatei indícios fortes de omissão de lançamentos e de recolhimentos do imposto;*
- b) ... ocorrência de indícios quanto a omissões de entradas e saídas."*

Consigna que o Auditor Fiscal apoiou-se em indícios e não conseguiu comprovar a ocorrência de "prática de sonegação".

Argumenta que o Auditor cita que ficou caracterizado não haver condição alguma de apurar o montante do imposto, devido à ausência de documentos e registro em livros fiscais e contábeis para averiguação, mas também diz que dispunha dos documentos de informação econômico-fiscais (DMA/DME) e de informações constantes nos sistemas da SEFAZ (CFAMT e Sintegra).

Afirma, ainda, ter sido nos documentos de informação que conseguiu os dados referentes aos estoques, conforme declarados pela empresa fiscalizada, e que utilizou as informações colhidas para montar o cálculo do arbitramento.

Ressalta que, em 2003, a empresa encontrava-se enquadrada no Regime Simplificado de Apuração - SimBabia, conforme citado pelo próprio Auditor Fiscal. Assim sendo, estava dispensada da escrituração de livros fiscais e poderia simplificar a sua escrita contábil, mediante à opção pela escrituração do livro caixa.

Argumenta que foi citado pelo autuante: "*temos para 2003, na DME (1.462.039,65) X CFAMT (1.648.467,05), donde se conclui que os dados informados na DME são incorretos*". Aduz o autuado

que não ficou esclarecido se essa diferença refere-se a entradas ou a saídas, optando o autuante, assim, pelo arbitramento sem a fundamentação necessária.

Faz idêntica citação, quanto ao exercício de 2004, e, em socorro aos seus entendimentos, vai buscar a Ementa do Ácordão JJF nº 0422-03/07:

ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. Não comprovada nos autos a efetiva impossibilidade de apuração do imposto por outros meios, o que enseja a nulidade do lançamento, consoante a Súmula nº 5 do CONSEF.

Buscamos ainda a Ementa (transcrição parcial) referente ao ÁCORDÃO JJF N° 0155-02/06.

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. EXTRAVIO. MUL TA 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.

Vamos buscar ainda a citada sumula 5, do CONSEF:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Argui que, para completar, o Auditor Fiscal cita, como outro elemento determinante para a aplicação do arbitramento, a falta de apresentação dos Arquivos Magnéticos, irregularidade que não está relacionada nos incisos do Artigo 937 do Regulamento do ICMS, portanto, legalmente imprestável para fundamentar o procedimento.

Conclui o impugnante que, na peça acusatória, não estão presentes as condições que poderiam motivar o arbitramento da base de cálculo, não está provada a prática de sonegação, não está provada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo, não está provado que procedimentos de fiscalização não pudessem ser regularmente aplicados e que levantamentos fiscais não poderiam ser realizados.

Portanto, o arbitramento não pode prosperar e a infração é nula, afirmação que faz com respaldo nas decisões do próprio CONSEF que antes transcrevemos.

Quanto à infração 02, afirma que as multas aplicadas, no presente Auto de Infração, não podem ser consideradas válidas, face às irregularidades no procedimento de intimações. Assegura que não consta do processo qualquer prova de que a sua empresa, formalmente, foi cientificada das intimações. Quando da terceira intimação, argumenta ter providenciado a entrega dos documentos solicitados que, pelos motivos já expostos, foram apresentados parcialmente.

Entende que, mesmo não havendo a irregularidade quanto às intimações, as multas não poderiam ser aplicadas por expressa disposição legal.

Assim, pede, diante das irregularidades que apontou, o julgamento pela nulidade total do presente Auto de Infração, com base no Artigo 18, IV, do RPAF/BA.

O autuante, às fls. 97 a 100, apresenta informação fiscal, afirmado que, em cumprimento ao que determina o artigo 939 do RICMS/BA, encontra-se relatado no termo de fiscalização (campo "descrição dos fatos" do Auto de Infração) todos os elementos e circunstâncias que motivaram a utilização de método do arbitramento, com observação de todos os itens elencados na forma de incisos do citado artigo.

Afirma que, em relação aos argumentos da defesa, o artigo 146 é bastante elucidativo e abrangente a respeito e portanto não se refere apenas a "extravio", mas também a perda ou desaparecimento de livros e documentos fiscais, conforme se pode constatar claramente pela descrição do parágrafo 1º do mesmo artigo que vem citado na defesa na página 81 do PAF.

Aduz que a impugnante alega, em sua defesa, que as intimações foram enviadas por fax, no entanto o que ocorreu foi que após vários contatos por telefone no sentido de localizar o representante da empresa para tomar ciência da intimação, no dia 11 de novembro de 2008 na INFRAZ INDÚSTRIA, localizada na DAT METRO (Av. Barros Reis), o representante da empresa tomou ciência da 1ª intimação, conforme se pode constatar pela folha. nº 7 do PAF que se encontra devidamente assinada pelo mesmo.

Registra que a cópia desta primeira intimação, não foi aludida nem anexa à defesa, diferentemente do que aconteceu em relação às demais. Estas foram transmitidas via fax com imediata confirmação pelo escritório do contador, já que o mesmo era o representante legal da empresa cuja matriz é sediada em Fortaleza no Ceará. Vide cópia da ficha de dados cadastrais (folha 44 do PAF) na qual constam os dados do contador da empresa. A prova cabal de que realmente as demais intimações foram recebidas é o fato de a empresa tê-las anexado na forma de cópias à sua defesa.(folhas de nºs. 88 e 89).

Complementa que somente após a 3ª intimação, além dos contatos por telefone e por e-mail, é que conseguiu receber no dia 23/12/2008, parte dos documentos com inúmeras faltas as quais foram mencionadas no termo de constatação referente à arrecadação de livros e documentos conforme folhas 12 e 13 do PAF, onde ainda pôde constatar que nenhum livro fiscal e contábil foi entregue à fiscalização. Quanto a tais fatos, o contribuinte afirmou ter existido uma "certa displicência por parte de nossos prepostos".

Relata que o fato de o contribuinte já ter incorrido na omissão de entrega de livros e documentos fiscais, fato este que aconteceu na fiscalização anterior encerrada em 29/12/2005 da qual resultou a lavratura do Auto de Infração de nº. 2993260015057.

Afiram que o contribuinte reconheceu que deixou de apresentar todos os livros fiscais e contábeis não relacionados no termo de arrecadação, bem como, os documentos relacionados como faltantes no termo de constatação, (fl. 13) (notas fiscais de entradas 2003, junho a dezembro, notas fiscais de saídas do exercício de 2003, de 08/04 a 15/05 de 2003, e 24/12 a 31/12/2003, mês 01/04 a 03/03/04, 10/03/04 a 04/06/04 e 01/10/04 a 31/12/04, do PAF, afirmando mais uma vez que "por displicência de nossos prepostos nessas pastas não estavam todos os documentos solicitados pela fiscalização".

Complementa que a empresa passou a ser intimada desde o dia 11/11/2008, na defesa, no entanto, o preposto da mesma alega ainda ter havido funcionamento parcial nas empresas e repartições públicas no período de final de ano, no entanto, constatou que a arrecadação das notas fiscais disponíveis foi efetuada em dia de funcionamento normal das repartições da SEFAZ (23/12) e além deste ainda ocorreram 2 dias de feriados facultativos de 24 e 26 de dezembro e mais 2 dias úteis de funcionamento normal nas repartições públicas que foram 29 e 30 de dezembro/08.

Afirma, finalmente, que todos os documentos e livros não entregues durante a fiscalização, encontram-se em seu poder, sendo possível a apresentação, se solicitados pelo Fisco.

Fazer menção ao acórdão CJF 0320-12/02 citado na defesa relativo a um arbitramento que inclusive não foi citado o motivo e, portanto não merece atenção por não se aplicar ao caso em apreço, haja vista que cada caso deve ser tratado de per si.

Entende que tratar-se de citação lançada a "esmo" e fora de contexto objetivo, são relacionados no referido acórdão 0320/12/02, a ocorrência de dois requisitos básicos para utilização do método arbitramento da base de cálculo que são: "a) o contribuinte tenha incorrido na prática de

sonegação; b) que não seja possível apurar o tributo devido através dos roteiros normais de auditoria, na determinação da real base de cálculo".

Afirma que, quanto a tais requisitos, pode afirmar, seguramente com base em todos os fatos descritos no termo do AI, que os mesmos foram rigorosamente observados.

Quanto à questão dos indícios apresentados no Termo de Ocorrências do AI e que foram citados na defesa como carentes de exigência de provas, assegura que todas as provas encontram-se elencadas na página 2 do Auto de Infração, com atenção para a comparação entre as DME/DMA consolidada com os valores capturados através do CFAMT. Em tal comparação já ficou comprovada a prática da omissão de entradas e saídas, portanto de sonegação.

Argumenta que, quanto aos comparativos, a descrição dos fatos no Auto é clara quando se refere a entradas ou a saídas, portanto, não existem dúvidas a respeito, ao contrário do que alega a defesa.

Aduz que, quanto a alegada não obrigatoriedade de escrituração dos livros fiscais referentes ao exercício de 2003 quando ainda era enquadrada no SimBahia, o autuado, contudo, não apresentou, além das notas fiscais de entrada e de saída, o livro obrigatório em substituição à escrituração dos livros fiscais, que era o livro Caixa.

Acerca dos acórdãos de nºs. 0422-03/07 e 0155-02/06, bem como, da Súmula 5, do CONSEF sobre arbitramento, entende que, além dos textos (páginas 83 do PAF), terem sido citados de maneira aleatória e fora do contexto, não foram citados os fatos que o motivaram, os mesmos não se coadunam com a situação em apreço, já que, nesta, a descrição das ocorrências atestam fatos contundentes na demonstração de que o contribuinte incorreu na prática de sonegação e com base apenas nos documentos apresentados pelo mesmo, não foi possível apurar o montante real da base de cálculo, em consonância portanto com os artigos 937 e 146 § 1º do RICMS.

Assegura que a falta de apresentação do arquivo magnético representou mais um empecilho no sentido de se dispor dos dados para efetuar levantamento do valor do imposto devido.

Conclui que é farta, portanto, a lista de fatos e ocorrências elencadas no termo do Auto de Infração que se caracterizam em razões para o arbitramento da base de cálculo corroborando com os dois requisitos básicos previstos no mesmo artigo 937 do RICM para realização do arbitramento.

Quanto à Infração 02, em relação as alegações da defesa de que tal multa por descumprimento acessório deva ser absorvida pela multa da obrigação principal (infração 01), entende que fica a critério do julgamento desse Egrégio Conselho.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo 02 (duas) infrações, conforme já relatadas e adiante sucintamente reproduzidas: Infração 01 - falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil; Infração 2 – multa por deixar de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado.

Apesar das alegações do autuado, não restou dúvida de que o mesmo foi devidamente intimado para a apresentação dos livros e documentos fiscais, ora em questão. Verifico que, mesmo não consideradas as intimações por fax, confirmadas pelo escritório do contador, conforme consta dos autos e cópia da ficha de dados cadastrais (folha 44 do PAF), na qual indicam os dados do contador da empresa, consta, à fl. 07, intimação em 11/11/2009, assinada pelo autuado.

Observo que o Auto de Infração só fora lavrado em 29/12/2008, somados aos mais 30 dias para a defesa, totaliza, entre a intimação e a apresentação da defesa, mais de 70 dias para que o autuado

apresentasse ao autuante, ou mesmo à Repartição Fiscal de sua circunscrição, os livros e documentos não fornecidos à fiscalização. Consigno que o autuado não trouxesse à defesa elementos capazes de confirmar que os dispõe (livros e documentos não apresentados) e, efetivamente, podem ser apresentados à fiscalização.

Quanto ao mérito da lide, constatei que o autuado deixou de apresentar os livros e documentos relacionados como faltantes no termo, à fl. 13 dos autos, ou seja, notas fiscais de entradas 2003, junho a dezembro, notas fiscais de saídas do exercício de 2003, de 08/04 a 15/05 de 2003, e 24/12 a 31/12/2003, mês 01/04 a 03/03/04, 10/03/04 a 04/06/04 e 01/10/04 a 31/12/04, além do mais os arquivos magnéticos, relativos aos períodos fiscalizados, também, não foram apresentados.

À luz do art. 937, inciso I, do RICMS/97, a falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, são razões bastante para o arbitramento da base de cálculo, especialmente se não houver a entrega das notas fiscais. Deste modo, não concordo com o entendimento do sujeito passivo de que, para a adoção do procedimento utilizado pela fiscalização, se façá necessária a presença de outros requisitos. Isso posto, entendo que a aplicação do arbitramento em lide está plenamente justificada.

Em consonância, por exemplo, com a decisão da 1ª JJF, no Acórdão nº 0078-01/08, considero que a não apresentação dos aludidos documentos, especialmente as notas fiscais, impossibilita a apuração do imposto devido no período, uma vez que não se tem como verificar os valores lançados nos livros fiscais. As notas fiscais, além de exigidas para a circulação dos serviços e mercadorias, registram, originariamente, as operações realizadas pelo contribuinte e, por sua vez, embasam, além de validarem, os lançamentos fiscais e contábeis.

É até possível, diante da falta dos livros e de posse dos todos os documentos fiscais, apurar-se, com segurança, a base de cálculo do imposto devido. Ocorre que, sem as aludidas notas fiscais, conforme ocorreu no presente caso, em grande parte dos períodos fiscalizados, não é possível tal apuração, uma vez que os lançamentos nos livros fiscais, bem como nas informações prestadas pelo contribuinte ao fisco, carecem de lastro nos documentos que lhe derem origem, portanto, carecendo de validade para assegurar ao fisco que o crédito tributário, efetivamente devido, é o escriturado ou o informado pelo contribuinte.

Assim, considerando que o autuado não apresentou as aludidas notas fiscais, relativas ao período, alvo do arbitramento, julgo suficiente, independente do regime de apuração do impugnante, para a exigência tributária concernente à infração 01, a luz do art. 937, inciso I, do RICMS/97.

Ocorre que o autuado, além da não apresentação das notas fiscais, dos livros e dos arquivos magnéticos, já incorreu na falta de pagamento do ICMS em operações enquadradas no regime de diferimento, conforme PAFs, extraídos do INC - sistema de informações do contribuinte da SEFAZ -, números 27910400910022, pago em 10/12/2002 e 2815080057039, pago em 19/05/2003, bem como Auto de Infração, por omissão de entrega de livros e documentos fiscais, conforme fiscalização finalizada em 29/12/2005, que gerou Auto de Infração de nº. 2993260015057. Esses fatos somam-se às observações do autuante de que o cotejamento entre os dados constantes da DME/DMA consolidada, com os valores capturados através do CFAMT, indicaram a omissão de entradas e presunção de omissão de saídas, sem o devido pagamento do imposto, consubstanciado, à fl. 02 do Auto de Infração, no qual o autuante informa, sem a devida e sólida contestação pelo autuado, que "*temos para 2003, na DME (1.462.039,65) x CFAMT (1.648.467,05), donde se conclui que os dados informados na DME são incorretos*".

Em outro dizer, foram constatadas prática de sonegação, bem como a impossibilidade de se apurar o tributo devido através dos roteiros normais de auditoria, na determinação da real base de cálculo, uma vez que não foram, como já disse, entregues as essenciais notas fiscais para tanto.

Em relação à infração 02, verifico que foi indicada pelo autuante a multa pelo extravio de livros fiscais. Considerando estar comprovado nos autos que os referidos livros, não apresentados à fiscalização, foram os mesmos que motivaram, juntamente com as aludidas notas fiscais, a adoção do arbitramento da base de cálculo, que resultou no lançamento concernente à infração 01. Concluo que, diante da comprovação da infração 01, seguida de multa, cabe a aplicação do disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, ficando a multa, por descumprimento da obrigação acessória da infração 02, absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal, correspondente à primeira infração, uma vez que o descumprimento da obrigação principal foi uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória. Deste modo, esta infração é descabida.

Assim, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, cabendo a subsistência da infração 01 e a insubsistência da infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **180573.0007/08-9**, lavrado contra **GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total **R\$1.526.958,81**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV da Lei nº 7014/06.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR