

A. I. N° - 206907.0601/08-7
AUTUADO - DLB COMERCIAL E DISRTIBUIDORA LTDA
AUTUANTE - JOAQUIM DIAS DE CASTRO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 17/11/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0349-03/09

EMENTA: 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Imputações parcialmente elididas. 3. NULIDADE. ARBITRAMENTO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. SÚMULA nº 05 do CONSEF. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento. Está comprovado pelo autuante, nos autos, a possibilidade da realização de outros roteiros de fiscalização, após o atendimento da intimação para apresentar livros e documentos fiscais, obrigação acessória inicialmente não cumprida pelo sujeito passivo. Recomendado o refazimento da ação fiscal em relação à Infração 03. Rejeitada a arguição de nulidade em relação às Infrações 01 e 02. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/07/2008 para exigir ICMS no valor total de R\$1.177.905,18, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento de ICMS, nos prazos regulamentares, declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Exercício de 2007 – meses de março, abril, e julho a setembro. Demonstrativos às fls. 12 e 21. ICMS no valor de R\$120.779,79, acrescido da multa de 50%.

Infração 02. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS. Exercício de 2006 – meses de maio, junho e setembro. Demonstrativos às fls. 13 e 21. ICMS no valor de R\$44.801,17, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil. Exercícios fechados de 2005, 2006 e 2007 e exercício aberto de 2008. Demonstrativos às fls. 14 a 17. ICMS no valor de R\$ 1.012.324,22, acrescido da multa de 100%.

Às fls. 314 a 317 o sujeito passivo ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente, relata as Infrações a ele imputadas, e em seguida alega que em momento algum omitiu vendas (saídas), nem deixou de registrar suas saídas. Em relação à Infração 01, diz que os valores demonstrados pelo autuante não procedem, argumentando que estes valores já foram parcelados – processo nº 860307-3, documentos anexados às fls. 318 a 324. Alega que a ocorrência datada de 28/07/2007 seria de 28/02/2007.

Em relação à Infração 02, afirma que os valores imputados nesta Infração não consistem em pagamento a menos, diz que o que de fato ocorreu foi imperícia fiscal. O contribuinte alega que se não bastar esta alegação, as ocorrências estão descasadas dos valores, afirmando que as datas corretas são 31/05/2007 e 30/06/2007, e que, em relação à ocorrência de 30/09/2006, o imposto já teria sido inserido no parcelamento ante-citado.

Acerca da Infração 03, o contribuinte assinala que o autuante não visitou a empresa. Que, na data de início da fiscalização, os sócios estavam fora do Estado, e que o contador não tinha em seu poder os documentos solicitados, nem poderes para assumir responsabilidade. Que na sede dele, autuado, havia quem recebesse o preposto fiscal, porém, ele não ali compareceu. O contribuinte afirma que o autuante confirmou que não existiam informações contábeis nos documentos que embasaram o levantamento de valores nas Infrações. Por fim, o autuado alega que o arbitramento contestado seria “suspeito”.

Conclui requerendo a declaração de improcedência do Auto de Infração e pedindo, com base no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, inclusive a juntada posterior de documentos e contraprova.

Junta documentos às fls. 318 a 330.

Às fls. 332 a 334 o autuante presta informação fiscal acatando parcialmente o pleito da defesa. Inicialmente, informa que tentou de todas as formas obter a documentação para embasar o Auto de Infração. Diz que na ação fiscalizadora tentou, em primeiro lugar, intimar pessoalmente os sócios ou a empresa, mas não os encontrou, então intimou o contabilista da empresa, e que, como também não teve sucesso em receber a documentação, expediu intimação pelo correio (por AR) aos sócios e à empresa, mais uma vez não obtendo a documentação e que, por fim, foi publicado Edital no Diário Oficial do Estado no dia 27/06/2008, com mesmo resultado. Assinala que, contudo, para a apresentação de impugnação, o contribuinte atendeu à cientificação então realizada.

O autuante afirma, em relação à Infração 01, que alguns débitos lançados no Auto de Infração realmente tiveram seus valores declarados na denúncia espontânea, quais sejam os débitos vencidos em 09/04/2007, 09/05/2007, 09/08/2007, com valores respectivos de R\$27.843,70; R\$27.081,28 e R\$10.755,78, restando os valores correspondentes aos vencimentos 09/08/2007, 09/08/2007 e 09/10/2007, com os valores respectivos de R\$17.643,18, R\$ 15.174,04 e R\$ 22.281,81.

Em relação à data de ocorrência do débito de R\$10.755,78, o autuante afirma que realmente é 28/02/2007, com vencimento para 09/03/2007. Junta novo demonstrativo do ICMS lançado e não recolhido à fl.336.

Em relação à Infração 02, o autuante constata pagamentos referentes a maio e junho de 2007, nos valores de R\$888,75 e R\$1.032,49, incluídos na Denúncia Espontânea de nº 8000000374087. Mantém as cobranças dos demais meses. Afirma ter juntado novo demonstrativo em relação ao ICMS pago a menos à fl. 335.

Em relação à Infração 03, o preposto do Fisco alega que o argumento do contribuinte de que a empresa não fora visitada não procede, pois afirma que se dirigiu à empresa, e que inclusive diversas foram as tentativas de solicitar a documentação.

Conclui pedindo pela procedência integral do arbitramento em relação à Infração 03, e que permaneçam, porém com valores inferiores, as Infrações 01 e 02.

Às fls. 342 a 345 o contribuinte se manifesta acerca da informação fiscal prestada. Inicialmente, alega que o autuante não teria demonstrado ter conhecimento dos dados informados por ele, contribuinte, à SEFAZ, tais como os constantes nas DME's e DMA's, além de confissão espontânea com o parcelamento de seu débito (fls. 347 a 350), e de pedido de revisão de competências informadas no processo nº178559/2007-9 (fl.353).

O sujeito passivo diz que o autuante apurou alguns dados abarcados pela confissão espontânea com débitos devidamente parcelados, citando como exemplos os valores de R\$25,30 e R\$17.819,63, constantes no demonstrativo à fl. 354, afirmando que estes valores já constaram no processo de parcelamento.

O contribuinte aduz que, no demonstrativo acostado à fl.355, os valores corretos para os exercícios de 05/2007, 03/2007 e 04/2007 seriam, respectivamente, R\$7.165,15, R\$5.373,72 e 3.316,34, e que já foi parcelado conforme o processo nº 860307-3; que o valor correto para o exercício de 03/2007 é R\$5.373,72, e não os apresentados pelo autuante, além disso, estes valores teriam sido parcelados conforme o processo nº 860307-3. No demonstrativo acostado à fl. 356, o contribuinte alega que os valores corretos para os exercícios de 05/2006, 06/2006, 09/2006, 02/2007, 03/2007, 04/2007 e 05/2007 seriam, respectivamente, R\$888,75, R\$1.032,49, R\$25,30, R\$10.755,78, R\$27.843,70, R\$27.081,28 e R\$18.708,38, além disso, afirma que estes valores foram parcelados conforme o processo nº 860307-3.

Em relação à alegação de que o auditor não se dirigiu à empresa, o contribuinte repete os argumentos trazidos na impugnação inicial, acrescentando que não cabe a autuação, aduzindo que, embora os livros e documentos não estivessem disponibilizados ao autuante, o seu conteúdo, valores de entradas e saídas escriturados e declarados estavam disponíveis ao Fisco, no sistema da Fazenda. O autuado expõe que deixou de acostar os livros e Notas Fiscais em virtude de seu volume, porém os coloca à disposição do Fisco no escritório do seu Contador, endereço informado à fl. 345, ou em local ou hora marcados com antecedência, pedindo que a verificação fosse realizada por outro Auditor Fiscal. Por fim, o contribuinte requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Junta documentos às fls. 346 a 393.

À fl. 395 o autuante presta nova informação fiscal reportando-se à informação fiscal prestada anteriormente, alegando que o contribuinte não trouxe nenhum fato novo em sua manifestação.

Às fls. 397 e 398, considerando o teor das alegações defensivas, dentre estas a de que os livros e documentos fiscais do contribuinte estariam à disposição do Fisco, esta 3ª JF, na busca da verdade material, deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante, em relação à Infração 01, elaborasse demonstrativo de débito indicando corretamente os meses objeto da imputação, conforme documento de fl. 21, que indica o mês de fevereiro/2007 como período mensal de ocorrência do débito de R\$10.755,78, e não julho/2007. Que, corrigidas as datas de ocorrência, excluísse, dos débitos lançados, aqueles que foram objeto de Denúncia Espontânea. Em relação à Infração 02, elaborasse demonstrativo de débito indicando corretamente os meses objeto da imputação, conforme documento de fl. 21, que indica o mês de maio/2007 como período mensal de ocorrência do débito de R\$18.708,38, e não maio/2006; mês de junho/2007 como período mensal de ocorrência do débito de R\$26.067,49, e não junho/2006. Que também esclarecesse se as diferenças foram encontradas a partir do exame dos livros do contribuinte, de suas DMAs, ou de ambos. Que, corrigidas as datas de ocorrência, excluísse, dos débitos lançados, aqueles que foram objeto de Denúncia Espontânea. No que tange à Infração 03, intimasse o contribuinte para que o mesmo apresentasse os seus livros e documentos fiscais necessários à realização da ação fiscal. Que verificasse se os livros e documentos apresentados seriam suficientes para apurar o imposto nos exercícios objeto do lançamento, sem a necessidade da realização de arbitramento. Que elaborasse novos demonstrativos de débitos mensais para as infrações, caso houvesse alteração em relação ao débito originalmente lançado no Auto de Infração. Determinou, ainda, que fosse reaberto o prazo para apresentação de impugnação ao lançamento de ofício, com a entrega, ao autuado, de cópia das fls. 14 a 18; 395; daquela Diligência, e dos documentos anexados a este processo pelo Fisco, em seu atendimento.

Às fls. 400 e 401 o autuante, em atendimento ao solicitado na diligência, traz demonstrativo de débito de cada Infração e informa que: sobre a Infração 01, os valores de R\$10.562,05 e R\$13.420,21,

respectivamente aos meses de abril/2006 e maio/2006, não foram lançados de ofício na presente ação fiscal, pois os mesmos constam do PAF 6000002560065; sobre a Infração 02, o valor de R\$3.479,72 não foi lançado de ofício em junho de 2006, porque existe denúncia espontânea de nº 2069070601087, onde consta valor de R\$26.067,49 como devido; sobre a Infração 03, diz que foi feita a intimação fiscal ao contribuinte para apresentar livros e documentos, nos quais se apurou o ICMS lançado e não recolhido nos valores de R\$27.176,50, em outubro/2007, R\$25.147,49, em novembro/2007 e R\$31.894,19, em dezembro/2007. Elabora tabelas demonstrativas do débito a ser lançado de ofício. Junta documentos às fls. 402 a 411.

Às fls. 410 a 413, estão anexadas três Intimações endereçadas ao sujeito passivo, cujos Avisos de Recebimento foram devolvidos a esta SEFAZ pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, sem o recibo assinado pelo destinatário, em razão de mudança de endereço. À fl. 414, cópia do Edital de Cientificação nº 18/2009, publicado no DOE de 01 e 02/08/2009, para que o contribuinte comparecesse a esta SEFAZ para o fim de apresentação de impugnação ao lançamento de ofício, com reabertura de seu prazo de defesa.

Não houve manifestação do contribuinte até 09/09/2009, conforme despacho da INFAZ Feira de Santana, à fl. 415.

VOTO

Preliminarmente, em relação às imputações 01 e 02, verifico, da análise dos elementos constantes nos autos, que estão descritos com clareza o sujeito passivo, o autuante, o ilícito apontado, o montante do débito, como foi determinada a base de cálculo e a apuração do *quantum* a recolher aos cofres públicos, tendo sido anexados os demonstrativos de cálculo do ICMS exigido e citados os dispositivos legais norteadores da ação fiscal, possibilitando ao autuado o exercício pleno de seu direito de defesa, o que fez tempestivamente. Assinalo também, por oportuno, que foi reaberto o prazo de defesa do contribuinte, por determinação desta 3ª JJF, às fls. 397 e 398, conforme documentos acostados pela Inspetoria Fazendária de origem, às fls. 410 a 414, tendo o contribuinte então mantido-se silente, consoante despacho de fl. 415.

Contudo, em relação à imputação 03, após a diligência realizada por determinação desta 3ª JJF, tendo apenas então o contribuinte cumprido a sua obrigação acessória de entrega, ao Fisco, dos livros e documentos solicitados em ação fiscal, o autuante constatou a possibilidade de apurar o imposto por outro método que não o arbitramento, tendo realizado a apuração do valor lançado e não recolhido, conforme tabela que elabora à fl. 401. Em vista da possibilidade de apuração do imposto a recolher por outro método, não é aplicável o arbitramento, nos termos da Súmula nº 05 deste Conselho Estadual da Fazenda:

SÚMULA CONSEF Nº 05

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, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Infração 03 nula.

Porém, tendo em vista que o levantamento fiscal relativo à Infração 03 demonstra a existência de débitos tributários não recolhidos tempestivamente pelo contribuinte recomendo, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, o refazimento da ação fiscal para a verificação da regularidade do cumprimento das obrigações principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos exercícios de 2005 a 2008.

Quanto ao pedido do contribuinte para que fosse verificada nova verificação em seus livros fiscais por Auditor Fiscal diverso do autuante, indefiro-o por inexistir base legal para o atendimento deste pedido, e porque a diligência, realizada pelo autuante, cumpriu o quanto

solicitado, sendo suficiente para a formação de meu convencimento, sem a necessidade de nova verificação por fiscal estranho ao feito.

No mérito, em relação à Infração 01, tendo o autuado apontando erros quanto as datas de ocorrência, alegações acatadas pelo Fisco, e tendo também o autuante procedido ao reexame do lançamento de ofício efetuado, este concluiu pela redução do valor a ser lançado de ofício, acatando parcialmente as alegações defensivas. Infração 01 procedente em parte, no valor de R\$55.099,03, conforme demonstrativos de débito acostado pelo autuante às fls. 336 e 400 dos autos.

Quanto à Infração 02, no mesmo sentido o preposto do Fisco admitiu em parte o alegado pelo autuado, acatando, à fl. 354, que parte do imposto lançado de ofício foi objeto de denúncia espontânea anterior, restando a recolher imposto relativo apenas aos meses de maio e junho de 2007, respectivamente de R\$17.819,63 para a data de ocorrência de 31/05/2007, e de R\$25.035,00 para a data de ocorrência de 30/06/2007, restando portanto, a recolher, ICMS no valor total de o valor a recolher de R\$42.854,63.

Infração 02 procedente em parte, conforme demonstrativo de débito acostado pelo autuante à fl. 335, com exclusão do débito lançado para o mês de setembro/2007, mês não incluído no demonstrativo fiscal de fl. 400.

Observo que não houve manifestação do contribuinte após o cumprimento da Diligência pelo autuante inexistindo, portanto, controvérsia a respeito do lançamento de ofício, após reduzidos os valores apurados pela Fiscalização.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$97.953,66.

Represento à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação dos débitos apurados por meio de arbitramento da base de cálculo nos exercícios de 2005 a 2008, atinentes à infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206907.0601/08-7, lavrado contra **DLB COMERCIAL E DISRTIBUIDORA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$97.953,66**, acrescido das multas de 50% sobre R\$55.099,03, e de 60% sobre o valor de R\$42.854,63, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “a”, e II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Representa-se à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação dos débitos apurados por meio de arbitramento da base de cálculo nos exercícios de 2005 a 2008, atinentes à infração 03.

Esta Junta recorre de ofício 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR