

A. I. Nº - 206896.1202/06-8
AUTUADO - R N COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11/03/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-03/10

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Justifica-se o arbitramento, tendo em vista que não foram apresentados os livros e documentos fiscais relativos aos exercícios fiscalizados. Indeferido o pedido de revisão fiscal. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2006, exige ICMS no valor de R\$86.116,87 e multa de 100%, em razão da falta de recolhimento de ICMS, apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao Fisco, de documentação fiscal e contábil.

O autuado, por intermédio de advogado, ingressa com impugnação ao lançamento fiscal às fls. 51 a 60, na qual tece os seguintes argumentos:

Preliminarmente requer a descaracterização da aplicação do arbitramento na determinação da base de cálculo do débito apurado, argumentando tratar-se de empresa integrante do SIMBAHIA.

Faz considerações sobre a utilização de tributo e multa com efeito confiscatório, citando o artigo 150, IV, da Constituição da República e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido cita também doutrina quanto à interpretação dos fatos na atividade julgadora e, dentro da mesma linha de raciocínio quanto aos princípios supracitados, transcreve texto onde é nomeado o art. 5º, II, e 84, IV, da Carta Constitucional.

Transcreve jurisprudência nacional quanto à penalidade de natureza confiscatória e afirma que o ordenamento jurídico não suporta multas como a do caso em tela que, segundo diz, teriam o intuito de absorver integralmente o patrimônio do contribuinte, contrariando os princípios do Direito Tributário e da Administração Pública.

No mérito, aduz que o lançamento fiscal não corresponderia à realidade dos fatos. Afirma reconhecer a procedência parcial da infração, e pede o pagamento do valor apurado através de “planilha demonstrativa apuradora”.

Quanto às demais “supostas infrações apontadas no item único” diz que o autuante teria incorrido em gravíssimo equívoco. Em seguida, volta a tecer considerações sobre a aplicação do arbitramento da base de cálculo pelo autuante, em se tratando de empresa integrante do SIMBAHIA.

Torna a citar a planilha de cálculo, informando que será anexada aos autos “juntamente com as notas fiscais e demais documentos”.

O autuado alega também que se trata de uma empresa séria e cumpridora de seus deveres e que, por conseguinte, reconhece parte da procedência da autuação, da qual formulará pedido do pagamento do débito, com documentos que informa serão anexados. Reclama de falta de boa vontade, tolerância, e falta de orientação na ação fiscalizadora. Faz considerações sobre a obrigação tributária decorrer de fato gerador determinado, concreto, e não existir fato gerador decorrente de indícios e presunções e den

ICMS calculado sobre base de cálculo extraída de arbitramento fiscal, afirmando ainda que, no caso presente, a obrigação tributária teria sido imputada baseada em presunção aleatória.

Pede seja realizada revisão fiscal por preposto estranho ao feito, e que o auto em foco seja considerado improcedente.

Subsidiariamente, na hipótese de julgamento pela procedência total ou parcial, pede seja reduzido o percentual de multa para 20%.

O autuante presta informação fiscal às fls. 67 a 71, onde lista as considerações e pedidos do autuado e informa que o arbitramento é previsto em Lei, tendo sido corretamente aplicado com base no CMV – Custo de Mercadorias Vendidas, citando o artigo 408 S do RICMS/BA, conforme fls. 14 a 19 do PAF.

Considera não ter competência legal para tecer comentários acerca das citações de princípios constitucionais por exercer atividade plenamente vinculada, e que não é o CONSEF o foro competente para tal discussão.

Assinala o fato de o contribuinte dizer que reconhece parte da infração sem especificar a que se refere, bem como de não ter acostado a planilha que afirmou seria elaborada. Refuta a acusação de gravíssimo equívoco levantada pela empresa, citando o fato de o contribuinte não especificar qual teria sido esse, nem ter comprovado essa acusação, posto que a empresa não anexou aos autos as planilhas que citou em sua impugnação. Informa que o arbitramento foi realizado conforme o RICMS/BA, e que decorreu da recusa do contribuinte em fornecer os livros e documentos requisitados mediante as intimações apresentadas e solicitações feitas via e-mail e telefonemas à sócia Sr^a Renata Durões.

Questiona o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, considerando que o contribuinte não provou a inexactidão dos dados do levantamento, nem apresentou documentos ou elementos justificadores dessa pretensão.

Ressalta a contradição do sujeito passivo ao pedir que o Auto de Infração seja julgado improcedente, quando já havia reconhecido a procedência parcial da autuação, e pedira a redução da multa para 20%, caso fosse verificada a procedência integral, e afirma que a empresa tem consciência da procedência total do Auto de Infração.

Conclui afirmando que não se poderia agir de outra forma com o autuado para não compactuar com conduta ilegal lesiva ao Fisco Estadual e à sociedade, mantendo integralmente a ação fiscal.

Às fls. 73 a 76, o Auto de Infração foi julgado procedente no Acórdão JF nº 0103-03/07.

Às fls. 86 a 99, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário junto à segunda instância deste CONSEF.

Às fls. 103 e 104, a PGE/PROFIS pronuncia-se pelo improvimento do Recurso Voluntário.

À fl. 107, a 2ª CJF converteu o processo em diligência à INFAZ de origem, cumprida às fls. 110 a 118.

As fls. 120 a 124 o contribuinte volta a manifestar-se.

O autuante presta informação fiscal às fls. 126 a 128.

A PGE/PROFIS volta a manifestar-se à fl. 129/verso.

Às fls. 131 a 133 consta o Acórdão CJF nº 0034-12/09 declarando a nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento de defesa em razão da falta de entrega, ao autuado, quando cientificado do Auto de Infração, dos documentos arrecadados no início da ação fiscal, fato este que não foi objeto da impugnação ao lançamento de ofício, mas veio a ser alegado quando da interposição do Recurso Voluntário, tendo sido os mencionados d
diligência determinada pela 2ª CJF, conforme documento de fl. 113.

Às fls. 149 e 150, considerando que a Segunda Instância deste Conselho, conforme Acórdão CJF nº 0034-12/09, às fls. 131 a 133, deliberara pela nulidade da decisão de primeira instância, Acórdão JJF nº 0103-03/07, diante de fato abordado pelo contribuinte quando da interposição de Recurso Voluntário, qual fôra este, a falta de devolução de seus documentos, arrecadados para a finalidade da realização da ação fiscal em foco; considerando que o contribuinte recebeu em 10/10/2007, conforme seu recibo à fl. 112, a documentação arrecadada (fl. 13), nos termos determinados pela Diligência de fl. 107; considerando a necessidade de assegurar o direito de ampla defesa do contribuinte, e na busca da verdade material, esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o presente processo em Diligência à Inspetoria Fazendária de origem para que a INFAZ de origem fornecesse ao contribuinte cópia das fls. 01 a 71 e 112 dos autos, reabrindo-lhe o prazo de defesa de 30 dias para manifestar-se, querendo. Determinou ainda que, caso o autuado se manifestasse tempestivamente, fosse encaminhado o processo ao autuante, para prestar nova informação fiscal.

A diligência foi cumprida, conforme documentos de fls. 154 a 159, e o contribuinte manteve-se silente, consoante despacho de fl. 160.

VOTO

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, tendo recebido todos os documentos arrecadados quando do início da ação fiscal, conforme documento de fl. 112, tendo-lhe sido concedido, posteriormente, a reabertura de seu prazo para apresentação de impugnação.

Após a reabertura do referido prazo, o contribuinte não se manifestou nos autos, pelo que passo a me reportar, neste voto, à impugnação originalmente apresentada.

Isto posto, indefiro o pedido de diligência para realizar revisão por estranho ao feito, por considerá-la desnecessária à formação do meu convencimento e por nada contrário ao apurado e lançado no Auto de Infração ter sido provado pelo sujeito passivo da lide em foco.

Quanto às alegações do autuado acerca da constitucionalidade da multa no percentual de 100% prevista no artigo 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e da aplicação do método de arbitramento da base de cálculo em empresas optantes pelo Regime Simplificado de Apuração de Imposto – SIMBAHIA, nos termos do artigo 167 do RPAF não cabe a este Conselho avaliação de constitucionalidade do direito positivo vigente, e o Auditor agiu em estrito cumprimento aos ditames legais que transcreve à fl. 15, quais sejam: artigos 408-L, IV; 937, I; 938, I, “g”; 915, IV, “i”, todos do RICMS/BA.

No caso concreto, quanto à aplicação do arbitramento da base de cálculo, verifico que na Intimação à fl. 12, assinada pelo contribuinte em 24 de novembro de 2006, encontra-se o pedido para que o contribuinte apresente a sua documentação fisco-contábil pertinente ao período de janeiro de 2001 a março de 2006, para análise pelo Fisco. Ademais, encontram-se ainda no PAF quatro Intimações às fls. 06 a 10, com a mesma finalidade, enviadas a primeira via fax em 11 de outubro de 2006, e as demais via e-mail respectivamente em 17, 30 e 31 de outubro de 2006, conforme informado pelo Autuante.

À fl. 13 encontra-se o único Termo de Arrecadação acostado ao processo, datado de 24 de novembro de 2006, onde estão relacionados talonários não seqüenciados relativos ao período de 06 de fevereiro de 2003 a 31 de janeiro de 2006, além de notas fiscais de vendas de 2003 a 2005 e recibos da COELBA e DAE's de 2002 a 2005.

Conforme os documentos deste Processo, uma vez que o contribuinte não apresentou seus livros Caixa, nem seu livro Registro de Inventário, notas fiscais de entradas e parte das notas fiscais de saídas, assim descumprindo o quanto intimado a proceder, tal situação impediu que o levantamento fiscal fosse realizado, com segurança, por outro meio que não o arbitramento da base de cálculo.

Assinalo que o autuado, em que pese ter utilizado seu direito de defesa para reclamar da ação fiscal genericamente, como se vê às fls. 51 a 59, e descrito no relatório, não apresentou qualquer documento que a elidisse.

Também não anexou ao PAF as planilhas que, segundo afirma, comprovariam o equívoco do autuante. E sequer anexou a planilha referente à procedência parcial da autuação que citou e onde, segundo disse, estaria a parte do Auto, não especificada, com a qual antes confessara concordar para depois, contraditoriamente, pedir a improcedência da ação fiscal, limitando-se a anexar, além do texto impugnatório, Procuração à fl. 60 e cópia do Auto de Infração às fls. 61 a 63.

Se o contribuinte possuía os documentos necessários para que fosse efetuado o levantamento fiscal sem a necessidade de arbitramento da base de cálculo, deveria tê-los exibido ao Fisco, quando para tanto regularmente intimado.

Se os houvesse exibido, disso deveria ter acostado prova aos autos. Mas o contribuinte não traz aos autos esta questão. Neste caso, aplica-se o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, como segue:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto à alegação defensiva de que não se aplica o arbitramento por se tratar de empresa optante pelo SIMBAHIA, observo que, de acordo com os diplomas legais abaixo transcritos, este fato não constitui óbice à realização deste roteiro de auditoria, estando previsto nas hipóteses elencadas, entre as quais inserida a presente ação fiscal. Tratando-se de empresa optante pelo Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA, encontrava-se à época também regida pela Lei nº 7.357/98, que determinava:

Art. 18. Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recuse a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento, na forma da legislação própria.

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

Em relação à multa de 100%, questionada pelo defendente, que também solicitou sua redução para 20%, a mesma está em consonância com o disposto na Lei nº 7.014/96, a qual preconiza:

art. 41. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:

I – multa;

III – cancelamento de benefícios fiscais;

art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão apli

IV – 100% do valor do imposto:

- i) *quando o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, inclusive em estabelecimento não inscrito, exceto na hipótese de sinistro no estabelecimento, caso em que se aplica a multa prevista no inciso II;*

Por fim, saliento que esta JJF não é competente para apreciar pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal, haja vista que, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, cabe à Câmara Superior do CONSEF a apreciação de pedido dessa natureza.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206896.1202/06-8**, lavrado contra **R N COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 86.116,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR