

PROCESSO - A. I. Nº 207185.0013/11-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ IPIAÚ (AMAZON DISTRIBUIDORA)
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0117-01/13
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 18/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0322-11/13

EMENTA: ICMS. RECURSO DE OFÍCIO. AUTO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE (Acórdão JF nº 0117-01/13). Desoneração parcial por inaplicabilidade da multa formal pela falta de escrituração do livro Registro de Inventário. A falta de entrega não autoriza a presunção de falta de escrituração. A multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias, aplicável apenas em relação às mercadorias tributadas. Não Provimento do Recurso com fundamento diverso do esposado pela Decisão de 1º Grau. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF – Decreto nº 7.629/99, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JF, contra de Acórdão JF Nº 0117-01/13 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência.

O valor exonerado pela Decisão de 1ª Instância foi superior ao limite da norma supracitada, conforme o relatório do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, fl. 579, o que autoriza o Recurso de Ofício.

O Auto de Infração foi lavrado em 05/09/2011, no valor histórico de R\$ 209.616,36 pelo cometimento de duas infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas a infração de número 2:

1. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamento nos livros fiscais ou na escrita fiscal geral do estabelecimento no exercício de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.727,02, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte não apresentou os livros fiscais "RSM, RAICMS e RI", além das notas fiscais de saídas, referentes ao exercício de 2010;

2. Deixou de escriturar o livro Registro de Inventário, referente ao exercício de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$196.889,34.

Após instrução e saneamento do processo, inclusive com realização de diligência por fiscal estranho ao feito, a 1ª JF decidiu a lide nos seguintes termos:

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo a infração 01 referente à falta de recolhimento do ICMS no exercício de 2010, cujo valor do débito foi apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, com fulcro no § 1º do art. 146, no inciso I do art. 937 e no § 3º, do artigo 938, todos do RICMS/97, conforme Demonstrativo do Arbitramento da Base de Cálculo e a infração 02 relativa à falta de escrituração do livro Registro de Inventário.

No que concerne à infração 01, verifico que o impugnante arguiu preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, alegando que atendeu a 3ª Intimação em 14/07/2011, sendo a única que de fato e de direito chegou ao seu conhecimento. Afirma que as demais não foram recebidas, tendo sido entregues em 18/07/2011 todos os livros e documentos solicitados, conforme protocolo de fl. 17, mesmo assim, o autuante por pressa em encerrar sua meta de fiscalização, não verificou os livros, documentos e notas fiscais que lhe foram entregues, preferindo utilizar o arbitramento, mesmo tendo em mãos elementos para apurar a verdadeira e legal base cálculo do ICMS e o imposto devido caso houvesse.

Constato que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que, mesmo se tratando da 3ª Intimação, datada de 14/07/2011, o Auto de Infração somente foi lavrado em 05/09/2011, portanto, em momento posterior à referida intimação.

Na realidade, incorreu o alegado cerceamento do direito de defesa, haja vista que, conforme detalhado pelo autuante na informação fiscal, após a lavratura do Auto de Infração em 05/09/2011, o processo foi encaminhado para ciência por via postal(AR), em razão de não ter sido encontrado o titular da empresa ou atendente com procuração específica para assinatura do Auto de Infração, tendo a Carteira de Cobrança da INFRAZ/Itabuna atendendo as disposições do art. 108, do RPAF/99, procedido a uma Primeira Intimação por via postal, a qual, não logrou êxito, porque o preposto da empresa se recusou a receber correspondência oficial expedida pela Repartição, conforme registro apostado no envelope, à fl. 45 v., do PAF, pelo agente dos Correios.

Em decorrência disso, a Carteira de Cobrança intimou, via postal, o titular da empresa senhor Manoelito Souza de Queiroz, que recebeu pessoalmente a correspondência da INFRAZ/Itabuna, em 01/11/2011, conforme documento de fl. 48 dos autos, atestado pelo funcionário dos Correios.

Certamente que nesses termos a intimação se apresenta plenamente válida, conforme dispõe o art. 109, do RPAF, portanto, a data de 01/11/2011, se apresenta como da efetiva intimação e ciência do Auto de Infração, cujo termo final para apresentação para pagamento ou apresentação da defesa seria o dia 02/12/2011.

Ocorre que, em verdade, o autuado teve ampliado mais ainda o seu direito de defesa, em razão de ter sido intimado através do Edital nº 12/2011, publicado no DOE/BA de 18/11/2011, obtendo um outro prazo para apresentação da defesa – posterior, portanto, à data de 02/12/2011.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista que inexistiu o cerceamento do direito de defesa suscitado, portanto, incorrência da hipótese prevista no art. 18, inciso I, do RPAF/99.

Cabe-me observar, no que tange à arguição do autuante de intempestividade da defesa, que com a intimação do contribuinte feita através de Edital, este exerceu o direito de apresentar a defesa dentro do prazo legal, ou seja, não houve intempestividade, pois a ciência mediante edital se apresentou válida, conforme inclusive consignado pelo senhor Inspetor Fazendário da INFRAZ/Itabuna, no despacho de fl. 49 v. dos autos.

Quanto à arguição do autuado de nulidade do arbitramento da base de cálculo do ICMS, por ter sido realizado sob a alegação da “impossibilidade de determinação do imposto devido”, em razão de não terem sido apresentados os livros e notas fiscais, o que diz não ser verdadeiro, é certo que o método do arbitramento é considerado um Recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação de livros e documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas pelo contribuinte.

No mérito, entendo que assiste razão ao autuante ao apurar o montante real da base de cálculo com aplicação do arbitramento, haja vista que, conforme salientou ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, esta não pode ser totalmente atendida, pois, mais uma vez, o contribuinte não apresentou à Fiscalização as Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias, prejudicando o exame, o que também justifica o arbitramento aplicado.

De fato, mesmo tendo sido intimado pelo diligenciador para apresentar os livros fiscais e documentos fiscais de entradas e saídas, conforme constam às fls. 535 a 537 dos autos, o autuado não apresentou os documentos fiscais atinentes às saídas, impossibilitando o seu exame.

Conforme consignado pelo Auditor Fiscal diligenciador, o cotejamento entre 100% das notas fiscais de entradas apresentadas permitiu comprovar que mais de 90% das mercadorias comercializadas pelo autuado estão sujeitas à antecipação tributária do ICMS, e os lançamentos no livro Registro de Entradas de mercadorias refletem as operações do período.

É certo que, se o resultado da diligência comprovasse que ao invés de 90% - ou mais de 97%, conforme aduzido pelo autuado – o percentual mercadorias comercializadas pelo autuado sujeitas à antecipação tributária do ICMS, portanto, com a fase de tributação encerrada, fosse de 100%, descaberia a apuração da base de cálculo através do arbitramento, pois, obviamente inexistiria ICMS a ser apurado.

Entretanto, como o contribuinte também comercializa mercadorias tributadas normalmente, a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo, em decorrência da não apresentação dos documentos fiscais de saídas, autoriza a sua apuração com aplicação do arbitramento, conforme procedido pela Fiscalização.

Observe que no demonstrativo do arbitramento, à fl. 11 dos autos, o autuante identifica a metodologia adotada, tendo se baseado na apuração do CMV em documentos de informações econômico-fiscais, no caso DMA, aplicando sobre o valor do CMV de R\$113.575,25 a MVA de 30%, o que resultou no valor das vendas (saídas) de R\$147.647,83 sobre o qual aplicou a alíquota de 17%, resultando no valor do ICMS de R\$25.100,13, deduzindo deste valor o crédito fiscal a que faz jus o contribuinte no valor de R\$12.373,11, apurando o ICMS devido no valor de R\$12.727,02, conforme apontado no Auto de Infração.

Diante do exposto, considero subsistente este item da autuação.

No que concerne à infração 02, verifico que se encontra descrita no Auto de Infração como “Deixou de escriturar o livro Registro de Inventário”, constando como base de cálculo o valor de R\$3.000.000,00, sobre o qual foi aplicado o percentual de 5% do valor comercial das mercadorias, resultando no valor da multa de R\$196.889,34, prevista no art. 42, XII, da Lei nº 7.014/96, cuja redação é a seguinte:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XII - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido regularmente escriturado o livro Registro de Inventário, se esse fato constituir impedimento definitivo da apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo;”.

Consoante o referido dispositivo legal, o fato da não escrituração do livro Registro de Inventário não é por si só determinante para aplicação da multa, sendo esta admissível se esse fato constituir impedimento definitivo da apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo.

Conforme consignado na infração anterior, o Auditor Fiscal estranho ao feito no cumprimento da diligência intimou o contribuinte para apresentar livros e documentos fiscais, tendo este atendido em parte a intimação, apresentando notas fiscais de entradas e livros fiscais, o que permitiu inclusive que o diligenciador comprovasse que mais de 90% das mercadorias comercializadas pelo autuado estão sujeitas à antecipação tributária do ICMS, e os lançamentos no livro Registro de Entradas de mercadorias refletem as operações do período.

No presente caso, considerando as informações trazidas pelo diligenciador, é possível vislumbrar a existência de elementos que possibilitam a apuração do imposto no período, mediante outros roteiros de auditoria fiscal/contábil, não restando comprovado que o fato da não escrituração do livro Registro de Inventário se constituiu como impedimento definitivo para apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo.

Diante disso, esta infração é insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

Vê-se pelo voto do i. relator da 1ª Instância, retro citado, que a infração 2 foi considerada insubsistente por entender o julgador que a falta de escrituração do livro Registro de Inventário não se constituiu em fato impedimento definitivo da apuração do imposto no período. Apoiou seu entendimento nas informações emanadas da diligência solicitada pela Junta, dando conta que o contribuinte atendeu parcialmente a intimação *“...apresentando notas fiscais de entradas e livros fiscais, o que permitiu inclusive que o diligenciador comprovasse que mais de 90% das mercadorias comercializadas pelo autuado estão sujeitas à antecipação tributária do ICMS, e os lançamentos no livro Registro de Entradas de mercadorias refletem as operações do período”*. Nestas circunstâncias, vislumbrou a presença de elementos que possibilitariam a apuração do imposto no período, mediante a aplicação de outros roteiros de auditoria fiscal/contábil.

Com o devido respeito, dissinto deste entendimento. Ficou comprovado no processo que o contribuinte, desde o início, dificultou a realização da ação fiscal. Mesmo com toda dificuldade de localização e acesso à empresa, não resta dúvidas que o autuado foi intimado em 05/07/2011 (1ª intimação – fl. 6) e dela tomou ciência, tanto que protocolizou em 07/07/2011 requerimento ao inspetor da Inspetoria Fazendária de Itabuna solicitando a dilação em 20 dias do prazo para entrega dos documentos, conforme cópia da petição à fl. 510. Esta constatação põe por terra a afirmação do contribuinte de que só teve ciência da 3ª Intimação.

O certo é que provas no processo demonstram que a empresa autuada desconsiderou as duas primeiras intimações, só atendendo a terceira, para evitar que a inscrição fosse considerada inapta. E mesmo atendendo a última, o fez de forma parcial, entregando ao fiscal apenas o livro Registro de Entradas, livro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência, Notas Fiscais de Entrada e as DMAs dos meses de janeiro/10 à fevereiro/11, conforme Termo de Apresentação de livros e Documentos Fiscais, à fl. 14.

Frente a este quadro, e tendo em conta as características tributárias da empresa, não poderia o autuante executar seu trabalho, impossibilitado de aplicar os roteiros tradicionais de fiscalização, em especial o roteiro de estoque.

Ficou comprovado também, que os documentos entregues após a autuação foram elaborados unilateralmente pela empresa, pois esta não tinha autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD, como informou o autuante e ratificou o fiscal diligente, à fl. 534. Logo, os documentos acostados ao processo ulterior ao lançamento, se mostraram inservíveis para o trabalho fiscal.

Assim, considero, diferentemente do julgador *a quo*, que o autuante não dispunha de outros meios hábeis para levantar o crédito fiscal, tanto é assim, que lançou mão do Recurso extremo do arbitramento, acatado pelo próprio julgador, que considerou a primeira infração procedente.

Destarte, não vejo, sob estes aspectos, razão para o afastamento da norma sancionadora encartada no art. 42, XII supra transcrita.

Todavia, por outro fundamento, a considero inaplicável. Não há prova no processo que o contribuinte deixou de escriturar o livro Registro de Inventário, pois este sequer foi entregue. A presunção de que a falta de entrega levaria ao entendimento que este não foi escriturado, não encontra respaldo legal.

O que está cabalmente comprovado foi a falta de entrega. E, pelo cometimento desta infração, por duas vezes, a empresa foi penalizada, através de autos independentes, conforme pode-se constatar pelos Termos de Ocorrência, às fls. 05 e 06, onde é relatada a cobrança das multas de R\$460,00 e R\$ 920,00.

Outro aspecto que corrobora com a inaplicabilidade da multa formal ao caso, revela-se na leitura direta do texto da lei, onde comina a multa: " 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação entradas no estabelecimento durante o exercício... "

Verifica-se que a norma restringe a aplicação da multa à 5% às mercadorias entradas no estabelecimento e sujeitas à tributação. E como ficou patente na instrução do processo, mais de 90% das mercadorias comercializada pela empresa estão sujeitas à antecipação tributária, logo, em tese, com fase de tributação encerrada. E como o Auto de infração considerou como base de cálculo para aplicação da multa os valores comerciais das mercadorias entradas sujeitas à antecipação tributária, conforme planilha, à fl. 10, conclui-se que o fato não se subsume à norma, o que torna a infração improcedente.

Pelo exposto, por fundamento diverso, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, deixando incólume a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 2071850013/11-9, lavrado contra **MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ DE IPIAÚ (AMAZON DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.727,02**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "i", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS