

A. I. N° - 298579.0095/11-1
AUTUADO - J. DE JESUS FARIAS
AUTUANTE - HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14/05/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-03/13

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. Procedimento embasado na impossibilidade de desenvolver fiscalização normal do estabelecimento. Justifica-se o arbitramento. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2011, refere-se à exigência de R\$753.583,56 de ICMS, acrescido da multa de 100%, por falta de recolhimento do imposto apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no período de janeiro de 2006 a junho de 2007.

Consta na descrição dos fatos que o autuado não funciona mais no local estabelecido e deixou de atender as intimações emitidas por AR e por Edital. A fiscalização foi efetuada em cumprimento à Ordem de Serviço e orientação contida no Boletim de Inteligência Fiscal n° 312/2011.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 166 a 171). Inicialmente, suscita nulidade do presente auto de infração, alegando não observância ao princípio do contraditório, bem como, descumprimento do devido processo legal, em razão da falta de atendimento do que prescreve o artigo 46 do RPAF/BA. Registra que o próprio autuante alega ter obtido os elementos em que se baseou para realizar o seu arbitramento em controles internos da SEFAZ (CFAMT e SINTEGRA), os quais não foram fornecidos ao autuado, o que, sobremaneira, limitou o pleno exercício do direito de defesa e maculou de forma insofismável o PAF em análise.

Ainda em preliminar, desta feita com apreciação do mérito, protesta o defendente pela aplicação do incidente de decadência sobre todos os fatos relativos ao exercício de 2006, salientando que a notificação válida do autuado só se efetivou através de Edital 02/2012, publicado em 15/02/2012, estando, portanto, o referido período fora do quinquênio prescricional compreendido em nossa legislação tributária.

No mérito, o defendente protesta pela improcedência do auto de infração, alegando que as circunstâncias autorizativas para o arbitramento da base de cálculo não se verificam no PAF em questão, já que não está caracterizado se o descumprimento das intimações emitidas por A.R. e por Edital foi de forma voluntária pelo autuado ou se simplesmente não se aperfeiçoou por falha alheia à vontade do autuado.

O defendente pugna, ainda, pela improcedência do arbitramento da base de cálculo alegando inexistência de qualquer documento físico que vincule qualquer operação econômica do autuado. Diz que a utilização pelos prepostos da SEFAZ de simples registros no CFAMT ou no SINTEGRA não os caracterizam como elementos capazes de ilustrar a composição do custo das mercadorias vendidas (CMV), conforme prescreve o inciso I do artigo 938 do RICMS/BA. Afirma que o autuante aplicou erradamente o mecanismo de arbitramento previsto no inciso I do artigo 938 do RICMS/BA, uma vez que se utilizou indevidamente de informações obtidas junto aos controles internos da própria SEFAZ, em clara alusão ao inciso I-B, circunstancia esta em que não poderia ser utilizada a MVA, conforme define o texto insculpido no RICMS/BA. Entende que houve o clarividente desrespeito ao princípio da reserva legal, um vez que o autuante utilizou-se de dois

critérios distintos de arbitramento, quando deveria eleger apenas um, criando, dessa forma, uma terceira forma de arbitramento não prevista em lei. Por fim, o defendente pede a improcedência do presente Auto de Infração, sem prejuízo das preliminares de decadência e cerceamento de defesa arguidas. Requer ainda que a Procuradoria do Estado, através de seu representante neste Conselho de Fazenda, se manifeste, como “*custus legis*”, através de Parecer na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, no sentido de apurar a real interpretação da norma tributária que definiu o fato descrito no auto de infração impugnado. Requer o direito de provar tudo quanto alegado por todos os meios admitidos, inclusive laudos periciais expedidos por perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 178 a 180 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que em relação ao item 1 da impugnação, foi enviado via correio cópia do Auto de Infração 298579.0095/11-1 e um CD anexo com todos os demonstrativos presentes no PAF (Demonstrativo nº 01 – Arbitramento da base de cálculo – exercício 2006; Demonstrativo nº 02 – Arbitramento da base de cálculo – exercício 2007; Demonstrativo de Notas Fiscais de Entrada-Relação CFAMT e SINTEGRA- Exercício 2006 e Demonstrativo de Notas Fiscais de Entrada-Relação CFAMT e SINTEGRA- Exercício 2007). Entende que houve total cumprimento ao princípio do contraditório, bem como, o devido processo legal, com pleno atendimento ao que prescreve o artigo 46 do RPAF/BA, dando ao contribuinte o pleno exercício do direito de defesa.

No que diz respeito à decadência do exercício de 2006, o autuante informa que foi ao endereço do autuado, à Rua Manoel Julião, nº 31, Centro, Irará-BA e, chegando ao local, constatou que a empresa J DE JESUS FARIAS não mais funcionava, tendo em vista que no mesmo endereço foi encontrada a empresa JRP CERQUEIRA, conforme comprovante LEITURA X (fls. 7.1 e 7.2 do PAF) com data de 10/10/2011. Diz que o autuado havia sido intimado pelo preposto fiscal Erivelto Rocha Albernaz, cadastro: 210439-4, em 06/10/2011. O autuante também informa que compareceu ao escritório do contador do autuado, Sr Gilberto de Lima Macedo, CRC: 149680-BA/0 e o mesmo assinou a intimação com data de 11/10/2011. Diz, ainda, que o contribuinte foi intimado por AR e também intimado por EDITAL DE INTIMAÇÃO Nº 51/2011, DOE 13/12/2011, em atendimento ao artigo 26 do RPAF. O autuante afirma que não houve decadência do exercício de 2006.

No mérito, informa que, por falta de entrega de qualquer documentação fiscal e/ou contábil foi realizado o arbitramento da base de cálculo conforme art 937 do RICMS/97, e que o defendente não apresentou qualquer documento fiscal, contábil ou qualquer demonstrativo para contestar o levantamento fiscal. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls.187 a 189, aduzindo que o autuante encaminhou "via correio" cópia do Auto de Infração 298579.0095/11-1 e um CD com diversos demonstrativos. O defendente entende que o autuante corroborou com o que foi alegado na tese defensiva, afirmando que está cabalmente demonstrado que a intimação via postal não se aperfeiçoou nos autos, em nenhum momento, não se justificando alegar que os referidos e imprescindíveis documentos foram encaminhados via postal. Afirma que não houve notificação postal válida, que é aquela recebida por preposto do próprio estabelecimento. Diz que o autuante informou que encaminhou apenas os "demonstrativos" do CFAMT e SINTEGRA e em nenhum momento declara que encaminhou cópia das NFs (únicos documentos legítimos a configurar a pretensão do fisco) obtidas junto ao próprio CFAMT e SINTEGRA. Diz que também não foi firmada na informação fiscal que houve entrega de qualquer "recibo", "canhoto" ou "duplicata" legitimando o eventual documento mercantil acostado aos autos.

Com respeito à decadência, o defendente alega que não restou comprovado pelo autuante qualquer notificação válida acerca da lavratura do auto de infração ou até mesmo do início da ação fiscal dentro do período hábil, salientando que a intimação apresentada a "não preposto" da empresa ou versando sobre ação fiscal ou finalidade diversa, não acoberta a inércia do fisco e a desatenção ao período prescricional.

No mérito, alega que o arbitramento não pode ser apontado como método alternativo de apuração, nem como ferramenta de "autuação no campo virtual", devendo a mesma conter os pressupostos ensejadores e estar firmado em elementos concretos. A ausência de elementos válidos (notas fiscais, recibos de pagamentos etc), descaracteriza o instituto do arbitramento e implica em um lançamento *ex officio* nulo. Finaliza, ratificando os termos da peça defensiva inicial, requerendo ao fim que o Auto de Infração 298579.0095/11-1, seja considerado improcedente,

À fl. 199 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias de todas as notas fiscais que lastrearam o presente lançamento, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Se o contribuinte apresentasse nova impugnação, que o PAF fosse encaminhado ao autuante para prestar nova informação fiscal acerca das alegações defensivas, intimando o defendente a apresentar livros e documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas.

Se fossem apresentados os livros e documentos fiscais, informasse se os elementos apresentados eram suficientes para apuração do imposto por meio de outras auditorias fiscais e contábeis.

O PAF foi devolvido com a informação à fl. 202 de que a empresa e sócio não foram localizados, conforme Aviso de Recebimento acostado aos autos.

Esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 204) solicitando que a Inspetoria Fiscal intimasse o representante legal do autuado no endereço de seu escritório profissional constante na peça defensiva e na procuração à fl. 172. A intimação foi efetuada na forma solicitada, conforme fls. 206/207, sendo reaberto o prazo de defesa, mas o defendente não apresentou qualquer manifestação.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando não observância ao princípio do contraditório e descumprimento do devido processo legal, afirmando que o próprio autuante alegou ter obtido os elementos em que se baseou para realizar o seu arbitramento em controles internos da SEFAZ (CFAMT e SINTEGRA), os quais não foram fornecidos ao autuado, o que limitou o pleno exercício do direito de defesa.

Quanto a esta alegação, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, o defendente foi intimado com o fornecimento de todas as peças do PAF, conforme fls. 206/207, tendo sido reaberto o prazo de trinta dias para nova impugnação, ficando corrigida a falha processual.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2006, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário.

Observe que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não se trata de situação prevista no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem

prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. *Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2006 tinham prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 13/12/2011, e o defendente tomou ciência do auto de infração por meio do Edital de Intimação nº 2/2012, publicado no Diário Oficial em 15 de fevereiro de 2012, resta analisar a alegação do autuado de que se operou a decadência.

Existem duas correntes quanto ao termo de contagem do tempo para efeito de decadência. Uma corrente considera que o lançamento somente se perfaz com a intimação do sujeito passivo. A outra corrente sustenta o posicionamento no sentido de que, sendo o lançamento tributário um direito potestativo do Estado, para sua existência e validade não depende de nenhum ato por parte do sujeito passivo, por isso, é irrelevante a data de ciência do contribuinte no Auto de Infração.

Entendo que deve prevalecer o posicionamento daqueles que consideram o lançamento um direito potestativo do Estado. Por isso, concluo que o Auto de Infração foi lavrado dentro do prazo decadencial, em 13/12/2011, e nessa data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Ademais, de acordo com o parágrafo único do art. 173 do CTN, o direito a que se refere o mencionado artigo “extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Por outro lado, o art. 26, II e III, do RPAF/BA estabelece que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura, do Termo de Início de Fiscalização (inciso II) e Intimação, por

escrito, ao contribuinte para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização (inciso III).

Na descrição dos fatos o autuante esclareceu que o autuado não funciona mais no local estabelecido e deixou de atender as intimações emitidas por AR e por Edital. A fiscalização foi efetuada em cumprimento à Ordem de Serviço e orientação contida no Boletim de Inteligência Fiscal nº 312/2011.

Vale salientar, que o Auto de Infração é lavrado sempre que, mediante ação fiscal, for constatada infração à legislação tributária. Portanto, iniciado o procedimento fiscal e realizados os levantamentos de acordo com os roteiros de fiscalização, sendo apurado imposto a recolher, é lavrado o Auto de Infração. Ou seja, mediante o procedimento administrativo, se a autoridade competente verifica a ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, apura o valor do tributo devido e identifica o sujeito passivo, constitui o crédito tributário mediante o lançamento, conforme previsto no art. 142 do CTN. Assim, na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Em relação ao mérito, observo que o Auto de Infração, trata do arbitramento da base de cálculo do ICMS em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil correspondente aos exercícios de 2006 a 2007. O autuado não funciona mais no local estabelecido e deixou de atender as intimações emitidas por AR e por Edital. A fiscalização foi efetuada em cumprimento à Ordem de Serviço e orientação contida no Boletim de Inteligência Fiscal nº 312/2011.

Observo que a falta de exibição de livros e documentos fiscais e contábeis à época da reiterada intimação, impediu a apuração dos valores reais do imposto devido, e por isso o autuante aplicou o arbitramento da base de cálculo, como único recurso disponível, sendo computados os créditos fiscais e os recolhimentos efetuados, conforme demonstrativos de fls. 04 e 05 dos autos.

O arbitramento da base de cálculo 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 ao fisco dos documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas pelo contribuinte, bem como livros fiscais e da contabilidade geral, conforme art. 937, inciso I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos.

Vale ressaltar que o autuado foi novamente intimado após a impugnação do Auto de Infração, conforme intimação encaminhada ao seu representante, fls. 206/207 dos autos, e mesmo assim, não foram apresentados os livros e documentos fiscais ou quaisquer elementos para contrapor o levantamento fiscal, nem houve comprovação quanto aos motivos que levaram o autuado a não atender às intimações efetuadas.

No presente caso, ficou caracterizado que a falta de exibição dos documentos fiscais impediu a realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido.

Em relação à intervenção da PROFIS, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99 para solicitação de parecer.

Constato que existem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo, relativamente aos exercícios fiscalizados (2006 e 2007), haja vista que o procedimento fiscal está embasado na impossibilidade de desenvolver uma fiscalização do estabelecimento pelo roteiro normal.

Face ao 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 **298579.0095/11-1**, lavrado contra **J. DE JESUS FARIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$753.583,56**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR