

PROCESSO	- A. I. N° 207185.0010/13-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ DE IPIAÚ (AMAZON DISTRIBUIDORA)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0100-01/14
ORIGEM	- INFAS ITABUNA
INTERNET	- 26/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0254-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS PARA APLICAÇÃO DE MULTA POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E PARA A APURAÇÃO DO IMPOSTO MEDIANTE ARBITRAMENTO. Está patente nos autos que as intimações para apresentação dos livros e documentos não foram feitas de forma válida e eficaz, o que implica a inaplicabilidade da multa por falta de apresentação dos livros e documentos e, consequentemente, a inaplicabilidade do arbitramento, haja vista que este teria por pressuposto a falta de atendimento das referidas intimações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal - 1ª JJF, em relação a Decisão proferida através do Acórdão nº 0100-01/14, por ter julgado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25.07.13, relativo aos seguintes fatos:

1. *falta de apresentação de livros e documentos fiscais, solicitados em três intimações, sendo aplicada multa de R\$2.760,00;*
2. *falta de recolhimento de ICMS, fato apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de exibição ao fisco da documentação fiscal e contábil, sendo lançado imposto no valor de R\$ 112.245,45, com multa de 100%.*

A 1ª JJF decidiu a lide com fundamento no Voto a seguir reproduzido:

“Este Auto de Infração tem por motivos dois fatos, sendo que um decorre do outro: teria havido falta de apresentação de livros e documentos fiscais (multas do item 1º), e por esse motivo foi feito o arbitramento da base de cálculo do ICMS (lançamento do imposto do item 2º).

Há uma questão preliminar a ser decidida em primeiro lugar. Trata-se do requerimento feito pelo contribuinte em sua manifestação para que sejam riscados na peça de informação prestada pela autoridade fiscal certas expressões que considera injuriosas. Citou trecho de acórdão do TACivSP, em que o relator lembra que “A incontinência de linguagem merece repúdio, pois os autos não são arena de desabafos de sentimentos negativos, podendo o Juiz, de ofício, mandar riscar as expressões injuriosas”.

Com relação a casos dessa ordem, há uma falta de sintonia entre o art. 162 do RPAF e o art. 26, V, do Regimento Interno deste Conselho. Pelo art. 162 do RPAF, o próprio órgão julgador tem competência para mandar riscar nos autos os termos ou expressões considerados descorteses ou injuriosos, prevendo o parágrafo único a faculdade de ser encaminhada ao Presidente do CONSEF cópia do instrumento que contenha os termos ou expressões considerados injuriosos, para adoção das medidas que considerar cabíveis.

Já pelo art. 26, V, do Regimento Interno deste órgão, compete ao Presidente do CONSEF mandar riscar, por iniciativa de qualquer dos membros do Conselho ou da pessoa ofendida, as expressões descorteses ou consideradas caluniosas ou injuriosas constantes nos autos, quer de servidores, quer do sujeito passivo ou seu representante, de modo a torná-las ilegíveis, sem prejuízo de outras providências que o caso requeira.

Mandar riscar as expressões deselegantes dos agentes que interferem no processo constitui um procedimento burocrático de valor meramente simbólico, pois na prática termina dando mais ênfase aos termos ofensivos, uma vez que o fato de riscá-los surte efeito contrário, dando destaque ao que na verdade deve ser banido.

O Estado não tem boca, nem mãos, nem pernas. Alguém precisa falar e agir por ele. Os funcionários públicos,

no desempenho de suas tarefas, atuam em nome do Estado, e devem comportar-se com dignidade. Juízos de valor como os emitidos nestes autos pela autoridade fiscal não contribuem de forma alguma para o esclarecimento dos fatos e tampouco para o julgamento da lide. Nada justifica ataques ou insinuações desmotivadas. O contribuinte e seu contador devem ser tratados com respeito e civilidade.

Não mandarei riscar os termos em questão, porém, para mim, considero-os não escritos, e a partir deste ponto não mais os mencionarei.

Com essas assertivas, de minha parte dou o incidente por encerrado.

Noutra preliminar, que de certo modo constitui razão de mérito, o contribuinte alega que não atendeu às intimações fiscais para apresentação de livros e documentos porque não as recebeu, pois não foi regulamente intimado na forma prevista na legislação, haja vista que as intimações foram entregues as pessoas não autorizadas a recebê-las, pois não fazem parte do quadro de funcionários da empresa, conforme prova a Relação de Empregados (GFIP) do mês de julho de 2013, cuja cópia anexou. Faz ver que a 1ª intimação foi assinada por Roberto Simões Santos, a 2ª por Elízio de S. Silva e a 3ª por Thays Santos Queiros, todos estranhos aos quadros de funcionários da empresa, e portanto são invalidas e irregulares todas as intimações. Observa que o autuante, de próprio punho, confirma isso ao escrever de caneta no final do Auto de Infração que: “Titular não reside na cidade. Atendente não tem procuração para assinar Autos. Encaminhe para ciência via Postal com ‘AR’”. Reclama que, para entregar intimação, o fiscal “elege” qualquer pessoa, mas para entrega do Auto de Infração ele segue o que preceitua a legislação. Diz que a pessoa que recebeu o Auto de Infração, Gold Calil Haddad, pertence aos quadros de funcionários da empresa, e o fiscal poderia ter entregado as intimações no endereço do contador, constante no cadastro da Sefaz, como faz a maioria dos agentes e auditores da Infaz de Itabuna, mas o fiscal preferiu a via mais fácil para ele e mais onerosa para o contribuinte, que foi o arbitramento.

A intimação do contribuinte deve ser feita na forma prevista no art. 108 do RPAF, para qualquer fim – seja para apresentação de livros e documentos, seja para prestar informações, seja para dar ciência de atos ou fatos, inclusive lavratura de Auto de Infração.

Neste caso, as intimações para apresentar livros e documentos foram feitas em julho de 2013 (fls. 6/9). O contribuinte provou que naquele mês as pessoas às quais foram entregues as intimações não fazem parte do seu quadro de empregados (fls. 61-62).

Em suma, a autoridade fiscal adotou dois critérios: ao lavrar o Auto de Infração, teve o cuidado de entregá-lo a pessoa que faz parte do quadro de empregados da empresa; mas, antes, ao emitir as intimações para que fossem apresentados os livros e documentos, não consta nos autos que as pessoas que receberam as intimações tivessem vínculos de alguma espécie com a empresa. As considerações feitas pela autoridade fiscal na informação prestada são conjecturas e afirmações unilaterais. No processo há de haver provas e demonstrações objetivas.

Com isso, resta carente de motivo fático e jurídico a autuação quanto ao item 1º deste Auto, e consequentemente também do item 2º, haja vista que o arbitramento foi feito “em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil”, conforme o fato foi descrito no Auto, sem que tivesse havido intimação válida e eficaz para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis.

O lançamento tributário é um ato vinculado, ou seja, regrado por lei. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal. O procedimento é nulo por inobservância do devido procedimento legal.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.”

Diante da Decisão supra, a 1ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

VOTO

O Recurso de Ofício em análise é originado pela desoneração da sujeição passiva, e instaurado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

As infrações acusadas são interligadas, onde na 2ª Infração, decorrente da falta de exibição de livros ao autuante, o mesmo arbitrou o valor das operações presumíveis (infração 1).

Quanto à infração 01, o autuado alega não ter sido intimado na forma prevista na legislação, por

terem, as intimações, sido entregues a estranhos, não autorizadas a recebê-las. Prova a Relação de Empregados (GFIP) do mês de julho de 2013, cuja cópia anexou, não pertencerem ao quadro funcional da empresa autuado as pessoas ali nominadas e, portanto são invalidas e irregulares todas as intimações. Há confirmação desse fato, ao se constatar que o autuante, de próprio punho, escreve no final do Auto de Infração que: “*Titular não reside na cidade. Atendente não tem procuração para assinar Autos. Encaminhe para ciência via Postal com ‘AR’.*”

Observa-se que, para entregar intimação, o fiscal “elege” qualquer pessoa, mas para entrega do Auto de Infração ele segue o que preceitua a legislação, eis que o Auto de Infração foi recebido por funcionário da empresa, e o fiscal poderia, adicionalmente, ter entregado as intimações no endereço do contador, constante no cadastro da SEFAZ, como procedem a maioria dos agentes e auditores da Infaz de Itabuna, entretanto o agente autuante preferiu a via mais fácil e mais onerosa para o contribuinte, que foi o arbitramento.

O art.108 do RPAF/99 estipula a forma da intimação do contribuinte, para os diversos fins, seja para a apresentação de livros e documentos, seja para prestar informações, seja para dar ciência de atos ou fatos, inclusive lavratura de Auto de Infração.

As intimações para apresentar livros e documentos foram feitas em julho de 2013 (fls. 6/9). O contribuinte provou que naquele mês as pessoas às quais foram entregues as intimações não fazem parte do seu quadro de empregados (fls. 61-62. Ademais, as considerações feitas pela autoridade fiscal na informação prestada são conjecturas e afirmações unilaterais, carecendo de provas e demonstrações objetivas.

Haja vista a ausência de motivo fático e jurídico, eis que o arbitramento foi feito, conforme o fato descrito no Ato de Infração, “*em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil*”, sem que tivesse havido intimação válida e eficaz para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis, as autuações quanto ao item 1º deste Auto, e consequentemente também do item 2º, restam nulas.

O lançamento é nulo por não atender as regras de direito formal, as quais determinam como deve proceder o agente fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO EM SEPARADO

Apesar de acompanhar o Voto do n.relator pelo Não Provimento do Recurso de Ofício, entendo, porém, que devem ser feitas outras considerações que julgo pertinentes e que, ao meu sentir, não foram devidamente avaliadas.

Inicialmente, vejo que foram expedidas três intimações ao autuado, em datas diferentes, e todas entregues no endereço no qual encontra-se o mesmo cadastrado no âmbito da SEFAZ, à pessoas que se apresentaram como aptas à receber as intimações. Penso que nesta situação, não caberia ao autuante indagar se estas pessoas que se apresentaram para recepcionar as intimações eram ou não funcionários da empresa. Note-se, inclusive, que a pessoa que recebeu a segunda intimação se apresentou como Gerente Comercial da empresa, conforme declarou, de próprio punho, na via da intimação apenas aos autos.

Nesta ótica, o Direito atribui valor jurídico a certos atos que, por si mesmos, não teriam possibilidade de gerar efeitos legais. E o faz para proteger a boa-fé e o trato habitual das coisas. Trata-se da teoria da aparência de direito, pela qual certas situações meramente aparentes e que não correspondem à realidade passam a valer como se fossem verdadeiras.

Assim, se alguém numa empresa como gerente se apresenta, como ocorreu no presente caso, é de se presumir que detenha os poderes naturais de um gerente, como pareceu fazer crer, amparando tudo o que faça ou deixe de fazer nessa qualidade. Se for descoberto depois, por exemplo, que o gerente não tinha autorização para receber intimações e notificações em nome da empresa, tais atos poderão ser considerados válidos, por se tratar de representante ou mandatário aparente da

pessoa jurídica.

A teoria da aparência aplica-se a numerosas situações, como no caso de representante aparente, credor aparente, cobrador aparente, funcionário aparente, etc. e envolve os conceitos de boa-fé e de erro, não se confundindo, porém com os mesmos. A boa-fé figura como um dos requisitos da aparência. O erro é requisito tanto da boa-fé como da aparência. Mas o erro, na teoria da aparência, tem função diversa daquela que tem na teoria das nulidades. Na área das nulidades o erro anula e desfaz o ato viciado. Na área da aparência, ao contrário, o erro serve, justamente, não para anular, mas para salvar e convalidar o ato.

Diante disto, considero que as intimações entregues no endereço do estabelecimento do contribuinte, são válidas e como tal, deveriam ser aceitas.

Por outro lado, vejo que às fls. 04 e 05 dos autos, constam alguns termos lavrados em papel sem qualquer timbre ou identificação, que não possuem qualquer valia pois estão assinados de maneira unilateral pelo autuante. Portanto, não servem para convalidar o início da ação fiscal.

Outro ponto que merece registro é o fato do contribuinte ser contumaz em não apresentar livros fiscais quando intimado, fato este que se verifica nos fatos contidos no Auto de Infração nº 207185.0013/11-3, lavrado contra o próprio autuado, onde também foi exigido imposto através de arbitramento da base de cálculo em razão da não apresentação ao Fisco dos livros Registros de Inventário, de Saídas de Mercadorias e de Inventário, além de notas fiscais de saídas de mercadorias. Este auto, em relação a esta infração, foi julgado procedente em ambas as instâncias deste Conselho de Fazenda.

Também, merece destaque o fato de que todos os documentos trazidos aos autos pelo autuado em sua defesa, a exemplo dos "resumos" dos livros fiscais, relação de estoque inventariado em 31/12/2012, recibos de entrega dos arquivos SINTEGRA, relação GFIP e DMA consolidada/2012, todos foram confeccionados após a data do encerramento da fiscalização, situações estas que, a meu ver, enfraquecem os argumentos da defesa.

Não obstante a estes fatos e para que no futuro não se alegue cerceamento ao direito de defesa, mantendo a nulidade do Auto de Infração, recomendando contudo, que o procedimento fiscal seja renovado, devendo ser observado o prazo decadencial e as devidas precauções no que toca as intimações, na forma disciplinada pelos arts. 108 e 109 do RPAF/BA, bem como as normas inerentes ao art. 28, incisos I e II, do mesmo RPAF visando documentar o início do procedimento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 NULO o Auto de Infração nº 207185.0010/13-6, lavrado contra **MANOELITO SOUZA DE QUEIROZ DE IPIAÚ (AMAZON DISTRIBUIDORA)**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS