

PROCESSO	- A. I. Nº 140844.0005/12-0
RECORRENTES	- COMÉRCIO DE HORTIFRUT JUSSARA LTDA E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E COMÉRCIO DE HORTIFRUT JUSSARA LTDA
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO 2ªJJF Nº 0048-02/14
ORIGEM INTERNET	- INFRAZ SERRINHA - 14.10.2014

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0304-12/14**

EMENTA: ICMS. 1. REFAZIMENTO DA CONTA CORRENTE DO ICMS POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. Considerando que não foi entregue a documentação fiscal do período fiscalizado, a apuração do imposto deveria ter sido feita através de arbitramento da base cálculo, ao invés de refazimento da conta corrente fiscal, de forma incorreta, e com base em dados declarados na DMA. Método de apuração do imposto sem amparo legal. Item NULO. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO AO FISCO PARA EXIBIÇÃO DE LIVROS FISCAIS. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpuestos contra Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 03/04/2014 que julgou, por unanimidade, PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/11/2012, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 2.830.602,95 (dois milhões oitocentos e trinta mil seiscentos e dois reais e noventa e cinco centavos), em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações.

Infração 01. RO – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. R\$ 2.829.682,95

Infração 02. RV – Deixou de apresentar Documento (s) Fiscal (ais), quando regularmente intimado. R\$ 460,00

Infração 03. RV – Deixou de apresentar Livro (s) Fiscal (ais), quando regularmente intimado. R\$ 460,00

O autuado apresentou impugnação ao auto de infração (fls.124/132), alegando que o levantamento efetuado pelo fisco não considerou seus créditos fiscais, constantes na DMA, que totalizaram o montante de R\$865.738,95. Também afirmou que todas as saídas foram consideradas como tributadas, esquecendo que o estabelecimento realiza operações de entrada de mercadorias isentas e submetidas ao regime de substituição tributária, cujos valores poderiam ser consultados no sistema da própria SEFAZ. Juntou DAE's para provar que efetuou o recolhimento do imposto no período fiscalizado.

Quanto à multa aplicada no valor de R\$460,00, atacou-a com o fundamento de que todas as informações foram apresentadas através de DMA/SINTEGRA e DAE's pagos.

A autuante se manifestou na sua informação fiscal (fls.313/316), mantendo todo o conteúdo do Auto de Infração, ao afirmar que utilizou para sua composição, cópias das DMA's; relação dos DAE's pagos; e as intimações enviadas pelo ECT.

Chamou atenção que a empresa autuada é uma empresa fantasma, e que em nenhum momento apresentou documentos que comprovassem os créditos utilizados e suas operações.

Em seguida o PAF fora convertido em diligência (fls. 322), para que fosse reaberto o prazo de defesa por 30 dias, e para que fosse expedida intimação ao autuado, com a entrega, sob recibo, de alguns documentos não entregues ao autuado.

O sujeito passivo se manifestou (fls .328/331), arguindo que o autuante deixou de juntar o documento de fls.121 (intimação contra a Autuada). Na mesma oportunidade rebateu toda a documentação apresentada pela autuante.

Afirmou ainda que o AI fora iniciado sem que tenha sido comunicado, o que tornou o mesmo nulo e sem nenhum efeito.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2^a JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente em parte o auto de infração nº 140844.0005/12-0, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$920,00, prevista no artigo 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O débito da infração 01 encontra-se demonstrado às fls. 13 a 15, na planilha intitulada de Auditoria do Conta Corrente do ICMS, na qual, constam em cada coluna especificados o período, a base de cálculo, o ICMS devido calculado à alíquota de 17%, os valores do ICMS pagos, e o ICMS a pagar. O valor referente a base de cálculo corresponde exatamente ao total das saídas totais informadas nas DMA's, conforme cópias às fls. 23 a 106. Observo que nas DMA's encontram-se informados operações tributadas e outras, sendo que o autuante levou em conta para o cálculo do débito o valor contábil de todas as saídas (tributadas, isentas e outras) e não considerou na sua apuração os valores correspondentes aos créditos fiscais informados pelo contribuinte. Constatou que na reconstituição da Conta Corrente Fiscal, não foram considerados os créditos fiscais de ICMS, em virtude de o autuado nem o sócio responsável terem apresentado a documentação solicitada. Assim, a fiscalização, na reconstituição da conta corrente fiscal, na apuração do ICMS a PAGAR, considerou todas as saídas declaradas pelo autuado através da DECLARAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS – DMA, como tributadas, apurando-se daí o ICMS DEVIDO e abatendo-se deste, o ICMS PAGO, (a título de ICMS NORMAL e o ICMS PAGO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL), resultando no ICMS a pagar no total de R\$2.829,682,95. Verifico, ainda, que na planilha referente a Auditoria do Crédito do ICMS, fls.09 a 15, não foram considerados pela fiscalização os valores informados nas DMA's, sob o fundamento de que os documentos fiscais não foram apresentados, inclusive que foi aplicada multa por falta de apresentação de livros e documentos fiscais na infração 02. Verifico que constam nos autos três intimações, duas em nome do autuado e uma em nome do sócio José Nilton Oliveira, que não foram entregues pelos Correios, por não terem sido localizados em seus endereços. Ressalto que foram adotadas as providências previstas no artigo 108 e 109 do RPAF/99, visando intimar o sujeito passivo para apresentação de livros e documentos fiscais, e ao não ser localizado o sujeito passivo, o sócio da empresa foi intimado por via postal, conforme Aviso de Recebimento (AR) dos Correios. Pelo que se vê, o autuado não apresentou os livros e documentos fiscais do período fiscalizado, haja vista que está patente nos autos o não atendimento às intimações constantes às fls. 3 e 4 dos autos, caracterizando obstáculo por parte da empresa autuada quanto a apresentação da documentação para o autuante proceder a fiscalização. Entendo que sem a apresentação dos livros e documentos fiscais, para aplicação dos roteiros normais de fiscalização estabelecidos pela Secretaria da Fazenda, a fiscalização não teria como determinar a base de cálculo no período fiscalizado. Nessa hipótese, embora o arbitramento seja uma medida extrema para apuração da base de cálculo, sua previsão encontra amparo no próprio CTN, (artigo 148), e na Lei estadual do ICMS - Lei nº 7014/96 (art. 22 § 1º incisos I e II), vigente no período fiscalizado. A legislação permite que a fiscalização apure a base de cálculo do imposto por meio de arbitramento quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação fiscal e não for possível apurar o montante real da base de cálculo. Vale lembrar que a jurisprudência consubstanciada nas decisões reiteradas deste Conselho, através das Juntas de Julgamentos fiscais, Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, nos julgamentos reiterados dos litígios decorrentes de lançamentos fiscais, sendo matéria da SÚMULA CONSEF Nº 05, é no sentido de que o arbitramento constitui um procedimento excepcional. O arbitramento da base de cálculo do ICMS é um método de apuração do imposto que pressupõe a

impossibilidade da aplicação de qualquer outro método de auditoria, em virtude da falta de apresentação ao fisco da escrita fiscal ou contábil ou dos documentos comprobatórios dos registros, ou quando comprovada sua imprestabilidade em virtude de vícios, erros ou deficiências dos lançamentos fiscais ou contábeis. O art. 22 da Lei nº 7.014/96, em consonância com o CTN e a Lei Complementar nº 87/96, estabelece quando e como deve ser feito o arbitramento. Os requisitos a serem observados para o arbitramento e os métodos a serem seguidos pelo fisco estão contidos nos artigos 937 e 938 do RICMS/97. No presente caso, a partir do momento que o autuado não atendeu à intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais, poderia ter sido adotado o arbitramento pelo autuante, utilizando os valores informados na DMA mediante a aplicação da MVA prevista para a atividade do estabelecimento, sobre as operações tributadas, com a dedução dos créditos fiscais e dos valores do imposto comprovadamente recolhidos. Percebe-se, portanto, que o autuante encontrou obstáculos por parte da empresa autuada quanto a apresentação da documentação para proceder a fiscalização, haja vista que ficou evidenciado de forma indubiosa que o contribuinte não atendeu às intimações de que cuidam as infrações 02 e 03, para esse fim. O autuante para a apuração da base de cálculo adotou o refazimento da conta gráfica através das informações constantes na DMA. Embora o sujeito passivo não tenha se insurgido sobre o método de apuração da base de cálculo, aduzindo apenas o seu direito aos créditos fiscais e ao montante das mercadorias tributáveis, contudo, em que pese a fiscalização ter tido amparo para realizar o arbitramento da base de cálculo neste processo, e não o fez, concluo que não há como dar prosseguimento à lide. Represento a autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas. Quanto aos itens 02 e 03, foi correto o procedimento da fiscalização na aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$460,00 (cada), pois o autuante adotou as providências legais visando intimar o sujeito passivo, que não foi localizado no endereço cadastrado na Secretaria da Fazenda, porém, o sócio da empresa Sr. José Nilton Oliveira recebeu a intimação à fl. 20, para a apresentação dos livros e documentos fiscal, e no prazo estipulado não atendeu o pedido da fiscalização.

Assim, ficam mantidas as multas por descumprimento de obrigação acessória de que cuida os itens 02 e 03.

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

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2^a JJF assim se posicionou:

- a)** No que concerne à alegação de que não foram consideradas as entradas de mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como, de seus créditos fiscais, entendeu a junta que o autuante levou em conta para o cálculo do débito o valor contábil de todas as saídas, incluindo as isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária. Porém, observou que os créditos fiscais informados pelo contribuinte não foram levados em conta quando da elaboração dos lançamentos;
- b)** Ressaltou que foram adotados os procedimentos previstos no art. 108 e 109 do RPAF/99, visando intimar o sujeito passivo para apresentação de livros e documentos fiscais, porém o mesmo não os apresentou. Dessa forma, entendeu que sem esta documentação, a fiscalização não teria como determinar a base de cálculo no período fiscalizado. Nesta situação, julgou que o autuante deveria ter utilizado do arbitramento para apurar a base de cálculo, o que não o fez. E, apesar do autuado não ter contestado o método utilizado pelo fisco, concluiu a junta pela impossibilidade de dar prosseguimento à lide. Oportunidade em que representou a autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal;
- c)** Quanto às multas impostas, manteve-as, com o argumento de que a autuante adotou os procedimentos legais para intimar o sujeito passivo para apresentação dos documentos, não tendo o mesmo sido encontrado. Somente seu sócio fora intimado através da intimação de fls.20, porém, o mesmo não apresentou os documentos no prazo estipulado, o que caracterizou óbice ao procedimento fiscal.

Após, a junta recorreu de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto nº 13537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 369/373)** em relação à decisão da junta, reiterando todos os argumentos suscitados na peça defensiva, além de:

- i. Afirmar que as alegações do autuante de que a empresa não existia no cadastro da SEFAZ são falsas, já que a recorrente funcionou normalmente no período de 2007 a abril/2011, informando mensalmente a SEFAZ através das DMA’s;

- ii. Alegar que os documentos de fls. 160/311 devem ser considerados, já que a empresa, Panificadora Comércio de Alimentos Bastos e Oliveira tem o mesmo CNPJ e a mesma inscrição estadual da recorrente, já que trata-se da mesma empresa;
- iii. Rechaçar a alegação de se tratar de empresa fantasma, uma vez que possui CNPJ e Inscrição Estadual, além de apresentar DMA's, pagar ICMS normas e antecipado;
- iv. Afasta a prática de sonegação, uma vez que consta no sistema SEFAZ todas as movimentações de compra e venda e ICMS devidamente recolhido da empresa, não existindo nada em aberto ou duvidoso que indique a prática de ilegalidade;
- v. Requer, ao final, a total improcedência do auto de infração, por constatar inúmeras e irreparáveis falhas do autuante, evitando o auto de nulidade.

Em parecer da Procuradora Dra. Maria José Sento Sé, a PGE/PROFIS (fls. 402/404) opinou pelo improvimento do recurso, alegando que:

- i. Verifica saciedade das imputações fiscais quanto ao respaldo legal das mesmas;
- ii. Entende ausentes argumentos aptos a provocar a revisão do acórdão;
- iii. Recomenda a aplicação do art. 162 do RPAF/99, em razão de o patrono do recorrente ter se utilizado de vocabulário inadequado ao se referir ao autuante e aos conselheiros;
- iv. Registra que a defesa do autuado não contém qualquer amparo legal; bem como que o julgamento do primeiro grau não merece qualquer reparo.

Os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do recurso.

VOTO

O Recurso de Ofício foi proposto em razão da desoneração procedida quanto à Infração 01, por sua vez, o Recurso Voluntário, em que pese sem nenhum interesse de agir também ataque a Infração 01, apenas tem eficácia para atacar as Infrações 02 e 03.

Inicialmente passo à análise do Recurso de Ofício.

Cumpre ressalvar a preocupação deste relator quanto à ocorrência de algumas acusações procedidas pelo agente autuante que, a meu ver, exacerbou a sua função, que é de fiscalizar, ao emitir juízos de valores e proceder a acusações como a de que a empresa seria *FANTASMA*. De fato tais juízos subjetivos não competem ao agente fiscal, que deve fiscalizar e lançar nos termos do que prevê a legislação tributária, sem proceder a manifestações e acusações de caráter subjetivo.

Entendeu a JJF que a Infração 01 é nula em razão da inadequação do procedimento de apuração adotado pelo agente fiscal.

Da análise do presente PAF, e da própria Informação Fiscal, o agente fiscal, nas suas próprias palavras, assim justificou o procedimento:

Diane dos fatos ocorridos, restaria à fiscalização a proceder a um arbitramento de acordo com o Regulamento do ICMS, contudo, face ao arbitramento ser um procedimento extraordinário e como tal deve ser exceção a ser aplicado, quando não puder ser utilizado outro método de apuração do ICMS, e em face da empresa ter informados a SEFAZ as suas operações de saídas de mercadorias através do DMA – DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS, e considerando que os ICMS pagos pela empresa (normal e Antecipação Tributárias) constam no sistema da SEFAZ, consideramos, para efeito de apuração do ICMS devido, todas as saídas de mercadorias declaradas no DMA como tributárias, pois a regra geral é que todas as mercadorias são tributadas, sendo as mercadorias isentas são exceção e para serem consideradas desoneradas do ICMS, deverem estar nominadas na norma tributária e verificada suas saídas através das notas fiscais. Foram deduzidos do ICMS DEVIDO, os ICMSS pagos, a título de ICMS NORMAL e os ICMS s pagos a título de

ANTECIPAÇÃO PARCIAL (Demonstrativo 02 – Fl. 15). Os créditos de ICMS normal que possivelmente estariam destacados nas notas fiscais de aquisição não foram considerados em face da falta de apresentação destas notas fiscais.

Em outras palavras, mesmo diante do não cumprimento por parte do contribuinte, de todas as intimações realizadas pelo agente fiscal, e a falta de apresentação ao fisco da escrita fiscal ou contábil, e do cumprimento dos requisitos previstos nos arts. 937 e 938 do RICMS/97, entendeu por bem não aplicar o arbitramento, promovendo o refazimento da conta gráfica através das informações constantes na DMA, e presumindo que todas as operações declaradas seriam sujeitas à tributação normal. Em outras palavras, criou um sistema de apuração próprio, e distinto dos previstos em lei.

Veja que, em que pese afirme que não se utilizou o arbitramento, em verdade ele arbitrou a base de cálculo ao utilizar tão somente as informações constantes das DMA's, mas desconsiderando várias dessas mesmas informações e aplicando presunções que ele entendia devida. Nessa esteira foi que desconsiderou todos os valores declarados de operações informadas como isentas ou não tributadas, e as presumiu como tributadas, bem como os créditos fiscais a que faz jus.

Como bem asseverado pela decisão da JJF *sem a apresentação dos livros e documentos fiscais, para aplicação dos roteiros normais de fiscalização estabelecidos pela Secretaria da Fazenda, a fiscalização não teria como determinar a base de cálculo no período fiscalizado. Nessa hipótese, embora o arbitramento seja uma medida extrema para apuração da base de cálculo, sua previsão encontra amparo no próprio CTN, (artigo 148), e na Lei estadual do ICMS - Lei nº 7014/96 (art. 22 § 1º incisos I e II), vigente no período fiscalizado.*

Assim, o art. 22 da Lei nº 7.014/96, em consonância com o CTN e a Lei Complementar nº 87/96, estabelece quando e como deve ser feito o arbitramento. Os requisitos a serem observados para o arbitramento e os métodos a serem seguidos pelo fisco estão contidos nos artigos 937 e 938 do RICMS/97. Os quais, efetivamente não foram seguidos.

Desta forma, entendo assistir razão aos julgadores de piso, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do RECURSO DE OFÍCIO.

Em tempo, compartilho da recomendação da JJF para que seja determinado o refazimento da ação fiscal, se ainda no prazo decadencial.

Passo agora à análise do Recurso Voluntário.

Antes de adentrar ao mérito do Recurso, cumpre promover um inicial desagravo ao patrono do Recorrente. Da análise de suas manifestações realizadas nos autos, além de perceber uma completa ausência de conhecimento quanto a elementos básicos de direito tributário, e até mesmo de português, a exemplo de sua defesa quanto à “preclusão” do direito do fisco realizar nova fiscalização por ter “errado na primeira”, ele utiliza-se de linguagem completamente inadequada, atacando de maneira desproporcional o agente fiscal e os membros deste Conselho Estadual da Fazenda – CONSEF.

Este relator, como advogado, sente-se envergonhado de posturas como as adotadas pelo preposto do contribuinte, que em nada ajudam. Pelo contrário, a ausência de qualquer fundamentação legal nas suas alegações pode, em verdade, causar prejuízos ao exercício do direito de defesa do mesmo. A atuação do advogado tem que se dar de maneira ética, respeitosa e profissional, o que claramente não aconteceu no presente caso.

Assim, coaduno com a posição exarada no parecer da d. Representante da PGE/PROFIS, no sentido de se aplicar o art. 162 do RPAF para que se risque dos autos a linguagem inadequada e se represente ao Presidente deste CONSEF para que adote as medidas cabíveis, a exemplo, representar a Ordem de Advogados do Brasil.

Quanto ao mérito, o recorrente ataca a Infração 01, sobre a qual não possui interesse de agir uma vez que fora declarada nula, razão pela qual resta prejudicado o Recurso neste ponto.

Alega ainda que não seria possível se refazer a procedimento fiscalizatório pois, segundo o Recorrente, *a exemplo de um advogado que quando perde um prazo se aplica os efeitos da Revelia, o mesmo ocorreria quanto ao fisco*. Logicamente que tal tese não pode prosseguir por ir de encontro a elementos e conceitos básicos de direito tributário, como os da decadência e prescrição. Assim, por se tratar de vício material, caso esteja dentro do prazo, poderá ser refeito o procedimento fiscalizatório.

Quanto às Infrações 02 e 03, referente à aplicação de multa pelo descumprimento da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, o recorrente alega, tão somente que não houve descumprimento pois todas as informações são prestadas eletronicamente através das DMAs e do SINTEGRA e que, portanto, o fisco teria todas as informações necessárias. Por último, alega que como o procedimento fiscalizatório foi falho as penalidades não poderiam ser aplicadas.

Mais uma vez o Recorrente demonstra desconhecimento da legislação tributária uma vez que, a apresentação de informações fiscais através de declarações e sistemas de utilização do fisco não o dispensam de cumprir intimações para apresentação de livros e documentos fiscais que possui obrigação de manter durante todo o prazo decadencial.

Em outras palavras, o Recorrente acabou confessando a infração, levando a crer que entendeu que poderia descumprir as intimações sob a alegação de já apresentar as informações por meio eletrônico. Ademais, não nega o recebimento da intimação pelo sócio da empresa, o mesmo que outorga os poderes para o patrono que subscreve o presente recurso.

Verifico que o autuante adotou as providências legais visando intimar o sujeito passivo, que não foi localizado no endereço cadastrado na Secretaria da Fazenda, porém, o sócio da empresa Sr. José Nilton Oliveira recebeu a intimação à fl. 20, para a apresentação dos livros e documentos fiscais, e no prazo estipulado não atendeu ao pedido da fiscalização. O fato de a Infração 01 ter sido declarada nula em nada afeta a validade das Infrações 02 e 03, uma vez se tratarem de infrações e obrigações autônomas.

Assim, devidas as penalidades aplicadas, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do RECURSO VOLUNTÁRIO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 140844.0005/12-0, lavrado contra **COMÉRCIO DE HORTIFRUT JUSSARA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$920,00**, previstas no artigo 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal, observado o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2014

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR

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