

A. I. Nº - 130076.0015/14-1
AUTUADO - SANOG COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO DAVID RAMOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.11.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-04/15

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/14, exige ICMS no valor de R\$166.647,60, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo do imposto, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, relativamente aos exercícios de 2010 e 2011, conforme demonstrativos e documentos às fls. 11 a 76.

Em complemento à acusação acima, consta: *Arbitramento da Base de Cálculo efetuada conforme preceitos do art. 937, inc. I, parametrizado pelo art. 938, inc. I, alínea g, §§ 1º a 8º. Motivado ainda, pelo não cumprimento de 03 intimações e quase cinco meses de inércia na entrega da documentação fiscal e contábil. Anexo, para fins de comprovação, cópia das intimações expedidas e recebidas pelos sócios da empresa.*

O autuado apresenta defesa, fls. 81 a 88, impugnando o Auto de Infração pelas razões de fatos e de direito a seguir aduzidas.

Após fazer uma síntese dos fatos, insurge-se contra a utilização da alíquota de 17% na integralidade das operações de vendas realizadas. Faz alusão aos artigos 50, 51 e 51-A do RICMS-BA/97, cujo teor reproduziu, e, em seguida, ressalta que a quase integralidade das operações comerciais que realiza é com itens que eram tributados à alíquota de 7%, conforme notas fiscais anexas (fls. 92 e 93).

Acrescenta que em virtude de vício no seu programa de processamento de dados, passou a usar a alíquota de 17% em vez de 7%. Em seguida, afirma que, *“em verdade, existe crédito tributário a ser apurado e mesmo que subsista o Auto de Infração ora impugnado - no que não acredita - o resultado deverá ser compensado deste crédito”*. Para embasar seu argumento, transcreve ementas de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Pontua que foi desconsiderado o Termo de Acordo de Atacadista que celebrou com o Estado da Bahia, o que lhe viabilizou a aplicação da alíquota de 10%.

Aduz que todas essas ocorrências foram levadas ao conhecimento da Inspetoria Fazendária por meio do pronunciamento protocolado no SIPRO sob o número 032181/2014-7 (fls. 90 e 91). Prosseguindo, diz que, no entanto, *“o teor de sua defesa não se sabe por que razão, não foi enfrentado quando da convalidação da lavratura do Auto de Infração”*.

Sustenta que não subsiste a afirmação do autuante, segundo a qual não teria sido entregue os documentos fiscais e contábeis solicitados.

Explica que, ao ser notificado a entregar os seus livros e documentos fiscais e contábeis, em razão de estar passando por auditoria interna, retificando falhas de sua contabilidade, compareceu na Inspetoria Fazendária e solicitou que fosse prorrogado o prazo, no que fora

atendido. Todavia, antes de encerrar o prazo que lhe fora concedido, recebeu nova intimação, solicitando a entrega imediata de toda a sua documentação fiscal e contábil.

Informa que, para não ser considerado recalcitrante, entregou o que dispunha. Diz que esse fato lhe prejudicou, violando o seu direito de exercer o contraditório da forma mais ampla possível. Conclui que, assim, o ato administrativo impugnado afrontou princípio constitucional, tolhendo-lhe o exercício da ampla defesa.

Ao finalizar, pugna pela nulidade do Auto de Infração.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 96 e 97), o autuante afirma que não é verdade que tenha utilizado a alíquota de 17% como consta na defesa, pois, às fls. 11, 12, 13, 41, 42 e 43, está demonstrado analiticamente o cálculo correto da proporcionalidade das operações tributadas, isentas e outras, com as observações pertinentes nos rodapés das páginas. Assegura que foram aplicados todos os requisitos para o arbitramento da base de cálculo, conforme os artigos 937 e 938 do RICMS-BA.

Diz que o Termo de Acordo citado na defesa não acode o autuado, pois o caso em tela não se trata de redução de alíquota, e sim de uma obrigação acessória que não foi cumprida e que impossibilita a fiscalização da empresa.

Explica que o autuado foi regularmente intimado em 03/10/13 (primeira intimação), porém não se manifestou. Em 04/12/13 foi efetuada a segunda intimação e novamente o autuado ficou inerte. Diz que foi solicitada ao inspetor fazendário (fl. 9) a prorrogação da Ordem de Serviço 507.388/13. Conclui que, portanto, foi concedido ao autuado tempo suficiente para a entrega do material exigido nas intimações.

Após frisar que o documento de fl. 91 foi protocolado 140 dias após a intimação, diz que constitui um descaso com a fiscalização o pedido de prorrogação de prazo em mais 180 dias.

Ao finalizar sua informação fiscal, o autuante mantém a autuação em sua totalidade.

VOTO

Conforme já relatado, trata o presente Auto de Infração de falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 166.647,60, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo do imposto, em razão da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2010 e 2011. O arbitramento foi realizado com fulcro no artigo 937, inciso I, do RICM-BA/97, vigente à época dos fatos, tendo sido utilizada a metodologia prevista no artigo 938, inciso I, alínea “g”, do RICMS-BA/97, tudo conforme demonstrativos acostados às fls. 11/13 e 41/43.

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa. O autuado afirma que solicitou a prorrogação, em cento e oitenta dias, do prazo para apresentação dos livros e documentos fiscais, tendo sido esse seu pedido atendido. Diz que, antes de decorrido o prazo que lhe fora concedido, recebeu nova intimação requerendo a entrega de toda a sua documentação fiscal e contábil. Argumenta que, para não ser considerado recalcitrante, entregou o que dispunha. Sustenta que esse fato prejudicou o exercício do seu direito à ampla defesa.

Essa preliminar de nulidade não merece acolhimento, pois as intimações para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis são todas elas anteriores ao suposto pedido de prorrogação de prazo, senão sejamos: as intimações acostadas aos autos datam de 03/10/13 (fl. 8), 04/12/13 (fl. 7) e 13/02/14 (fl. 6); o alegado pedido de prorrogação de prazo foi protocolado em 19/02/14 (fl. 90), apesar de datado de 17/02/14 (fl. 91). Essa cronologia deixa claro que quando o autuado protocolou o documento de fl. 91, já tinha expirado o prazo que lhe fora concedido pelo autuante na última intimação.

Da análise do documento de fls. 91, depreende-se que se trata de um “comunicado” do autuado dirigido ao inspetor da INFAZ Santo Antônio de Jesus, no qual o contribuinte explica que a sua escrita fiscal estava equivocada e, como tinha sido intimado a apresentar documentos fiscais,

informava *que seriam necessários pelo menos 180 dias para o levantamento das correções devidas* [em sua escrita fiscal]. Esse documento, com o devido respeito, não se confunde com um pedido de prorrogação de prazo para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis.

Ademais, o autuado não trouxe ao processo qualquer prova do suposto pedido de prorrogação e nem de que tal pedido tenha sido deferido. Do mesmo modo, o defendente não apresentou qualquer comprovação de que entregou à fiscalização a documentação fiscal e contábil solicitada, mesmo que escriturada de forma equivocada.

Tendo em vista o acima exposto, afasto a preliminar de nulidade suscitada na defesa e passo a analisar o mérito da lide.

A Lei Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 22, inciso II, ao tratar do arbitramento da base de cálculo do imposto, assim dispõe:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

[...]

II - falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

Em consonância com a Lei 7.014/96, o RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, no seu art. 937, inc. I, prevê que:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

No caso em análise, observo que o autuado foi intimado a apresentar à fiscalização livros e documentos fiscais e contábeis por três vezes, conforme intimações às fls. 6 a 8, sem, contudo, os referidos livros e documentos terem sido apresentados. A falta de apresentação dos livros e documentos fiscais e contábeis impediu o autuante de apurar, pelos meios normais de fiscalização, o real montante da base de cálculo do imposto devido, restando apenas ao autuante lançar mão do arbitramento, utilizando os dados constantes nas DMAs e nos bancos de dados da Secretaria da Fazenda. Considerando o regramento legal acima transcrito e os fatos apurados, justifica-se o arbitramento realizado.

Quanto à apuração do imposto devido, o autuado questiona a aplicação da alíquota de 17%, tendo em vista que também comercializava mercadorias sujeitas à alíquota de 7%, bem como mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária. Alega que foi desconsiderado o Termo de Acordo de Atacadista celebrado com o Estado da Bahia. Para comprovar seus argumentos apresenta fotocópia de notas fiscais (fls. 92 e 93) e cita jurisprudência.

Prevê o art. 938, §4º, do RICMS-BA/97, que § 4º “*Na apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, para efeitos de aplicação do percentual da margem de valor adicionado (MVA) e da alíquota, levar-se-á em conta, sempre que possível, a natureza das operações ou prestações e a espécie das mercadorias ou serviços, admitindo-se, contudo, quando for impossível a discriminação, o critério da proporcionalidade e, em último caso, o da preponderância*”.

Efetivamente, o autuado comercializava mercadorias tributadas às alíquotas de 7% e 17%, além de mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária. Todavia, como o caso em análise trata de arbitramento da base de cálculo do imposto, não é possível se segregar as

operações segundo as alíquotas cabíveis para cada operação. Desse modo, o autuante corretamente utilizou a alíquota interna de 17%, aplicando também a proporcionalidade prevista na legislação, o que terminou por excluir da base de cálculo arbitrada as operações isentas, não tributadas ou tributadas pelo regime de substituição tributária.

Considerando que a base de cálculo do imposto foi arbitrada, não há como se aplicar na determinação do imposto devido o Termo de Acordo de Atacadista. O benefício fiscal previsto no Decreto 7799/00 é cabível quando as operações realizadas são regulamente escrituradas. No caso em tela, a falta de apresentação dos livros e documentos fiscais impede o gozo do benefício fiscal previsto no citado Decreto.

Quanto aos créditos fiscais decorrentes da suposta utilização da alíquota de 17% em vez de 7%, caberá ao autuado comprovar a existência desses supostos créditos e, caso assim deseje, solicitar a restituição do indébito, observando a decadência e os demais requisitos previstos nos artigos 73 e seguintes do RPAF/99.

Em face ao acima exposto, justifica-se o arbitramento e foi correto o procedimento do autuante.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **130076.0015/14-1**, lavrado contra **SANOG COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$166.647,60**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, II, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR