

A. I. Nº - 1289843001/16-0
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.03.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0018-02/17

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento, tendo em vista que restou comprovado a falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, apesar de ter sido o autuado regularmente intimado para tanto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/16, para exigência de ICMS no valor de R\$71.946,14, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 - 11.02.01. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil referente ao exercício de 2011.

O autuado apresenta defesa (fls. 24 a 31) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o autuante não cumpriu o prescrito no inc. III do art. 39 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7629/99), pois não existe clareza quanto aos fatos por relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pelo autuado. Argumenta que o §1º do art. 39 do RPAF-BA/99 exige que o autuante lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado. Diz que, portanto, o Auto de Infração é nulo, nos termos do § 1º do art. 18 do citado Regulamento, pelos vícios insanáveis citados acima. Diz que a infração deverá ser excluída do processo em apreço porque os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios, imprecisos, portanto, nulo de pleno direito.

Alega que o autuante, “*em seus demonstrativos de fls. e fls, não informa a que infração esses demonstrativos se refere*”. Aduz que na infração não consta o indicativo em que o autuante se baseou para caracterizar a infração, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, “*nelas também, não consta em que demonstrativo é referida*”. Diz que cabia ao autuante explicar, no processo em apreço, em que se baseou para identificar que a infração corresponde ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração.

Sustenta que o Auto de Infração carece de clareza e precisão, ensejando cerceamento de defesa, de forma que não sabe a que período fiscal ou contábil a infração se refere, tendo o autuante passado por cima da legislação tributária pertinente, exigindo o pagamento de tributo sem indicar o período infringido. Destaca que não tem como se defender, já que não sabe qual o período da ocorrência da infração. Diz que o autuante não informa o método utilizado para a apuração da base de cálculo “*e, se, também foi de um único mês, o que, pelo montante é inviável*”.

Reitera que, portanto, o Auto de Infração é nulo, nos termos do §1º do art. 18 do RPAF-BA/99, pelos vícios citados acima.

Argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente a fatos geradores ocorridos antes de 29/06/11, nos termos do inc. V do art. 156 c/c o §4º do art. 150 da Lei nº 5.172 de 25/10/66, bem como da jurisprudência do STJ e do STF, em suas decisões relativas a essa matéria.

Discorre sobre o instituto da decadência no âmbito do Direito Tributário e, em seguida, afirma que no lançamento em questão ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Diz que uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante no aguardo desta ulterior homologação, a qual pode ser expressa ou tácita.

Afirma que somente depois de inscrito o crédito tributário em dívida ativa e emitida a certidão de dívida ativa, tem-se aí um título executivo, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, e neste momento não mais se fala em decadência, passando a se computar a prescrição.

Ao adentrar no mérito, diz que o autuante não cumpriu o disposto no Regulamento, bem como o previsto em lei, haja vista que não indicou qual o método utilizado para a apuração da base de cálculo do imposto lançado. Prosseguindo, afirma que *na peça de lançamento tributário (Auto de Infração), o autuante, na descrição dos fatos, informa: "... emitiu Notas Fiscais quando não mais exercia as atividades mercantis."; já na infração tipificada, diz: "... da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil."*

Assevera que, portanto, o autuante não é preciso em suas argumentações, entrando em conflito os fatos por ele descritos e o constante da infração tipificada. Diz que a autuação não deve prosperar, pois se trata de caso explícito de nulidade da ação fiscal, por não preencher os requisitos exigidos pela legislação, notadamente no §1º do art. 18 do RPAF-BA/99.

Ao finalizar, solicita que o Auto de infração seja julgado nulo ou improcedente. Requer a realização de diligência para efetuar o reexame da fiscalização

O autuante presta a informação fiscal, fls. 39 a 42, na qual diz que as arguições de nulidade não procedem, pois o Auto de Infração trata de uma única irregularidade, conforme o documento de fls. 1 e 2, tendo sido a infração descrita de forma clara e precisa.

Afirma que, segundo o demonstrativo de fls. 14 a 20, a irregularidade detectada trata de falta de recolhimento de ICMS apurado mediante arbitramento da base de cálculo do imposto, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, tendo em vista o encerramento das atividades da empresa conforme declaração à fl. 10, protocolada no SIPRO sob o número 091725/2016-4.

Pontua que, nos termos do §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local em que se verificar a infração.

Diz que o demonstrativo de fls. 14 a 20 e as cópias dos documentos fiscais no CD de fl. 21 evidenciam, com clareza e precisão, a infração e o período a que se refere o lançamento. Aduz que consoante o documento de fl. 21 o defendente recebeu cópia dos referidos demonstrativos.

Após transcrever o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99, frisa que em nenhum momento deixamos de cumprir as normas legais.

Afirma que a alegação de decadência não procede, pois o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2016, antes de decair o direito de constituição do crédito tributário. Transcreve o disposto no art. 965 do RICMS-BA/97.

Ao adentrar ao mérito da lide, diz que as operações de aquisições e de vendas estão devidamente comprovadas mediante as notas fiscais listadas nos demonstrativos fls. 14 a 20 e gravadas no CD-ROM acostado à fl. 21. Diz que em todo o processo de fiscalização atendeu ao que dispõem as normas em vigor.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronunciou às fls. 45 e 46, aduzindo o relatado a seguir.

Diz que o autuante “em sua informação fiscal de fls e fls., apresenta uma outra empresa, *"DALNORDE COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA"*, nada tendo a ver com a autuada”. Dessa forma, requer que seja a informação fiscal desentranhada dos autos por ser estranha ao feito.

Prosseguindo, afirma que o Auto de Infração deve ser anulado ou julgado improcedente, como foi solicitado na defesa. Diz que o autuante não trouxe ao processo nada capaz de contrariar os fatos e fundamentos apresentados na impugnação.

Afirma que efetuou todos os recolhimentos constantes da autuação, dentro do que prescreve a legislação pertinente. Sustenta que não há que se falar em infrações, como quer crer o autuante. Diz que a infração que lhe foi imputada não deve prosperar, porque está embasada em fundamentos fáticos sem a devida comprovação e requisitos legais.

Ressalta que a legislação estadual não pode superar o quanto previsto na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, quanto à decadência ou prescrição.

Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente porque não restou comprovada a suposta fraude alegada pelo autuante. Reitera os termos da defesa.

O autuante foi instado a se pronunciar sobre a manifestação do contribuinte, contudo, o processo foi devolvido à Coordenação Administrativa da INFAZ Ilhéus, tendo em vista que se encontrava em gozo de licença prêmio e férias (fl. 51). Posteriormente, o processo foi encaminhado ao CONSEF, para julgamento (fl. 54).

Na sessão de julgamento, decidiu a 2ª JJF converter o processo em diligência à INFAZ ILHÉUS, para que o autuante atendesse às seguintes solicitações:

- 1- Que fossem acostados aos autos os DANFes correspondentes às notas fiscais eletrônicas listadas no demonstrativo de fls. 14 a 20.
- 2- Que fosse feito o arbitramento da base de cálculo do imposto, considerando o critério mais apropriado dentre os previstos nos incisos do art. 938 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos.
 - 2.1- Que ao refazer o arbitramento, os dados que não fossem conhecidos em razão da ausência da documentação fiscal e contábil (tais como, estoques inicial e final, recolhimentos, etc.) fossem preenchidos com zero (0,00).
 - 2.2- Que nesse novo demonstrativo, constasse uma coluna com a indicação da chave de acesso das notas fiscais eletrônicas.

Também foi solicitado que, após o atendimento da diligência, fosse o autuado notificado acerca dos novos demonstrativos, bem como fosse concedido ao contribuinte o prazo de sessenta dias para interposição de nova defesa.

A diligência foi atendida, conforme a informação fiscal acostada à fl. 332, os demonstrativos de 61 a 67 e os DANFes de fls. 68 a 331.

De acordo com os novos demonstrativos e a informação prestada pelo autuante, o valor do ICMS devido passou de R\$ 71.946,14 para R\$ 96.884,47, em razão da inclusão de novas notas fiscais e da majoração da MVA de 15% para 20%.

O autuado foi notificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao disposto no art. 39, III, do RPAF-BA/99, uma vez que não existiria clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, tendo em vista as planilhas elaboradas, o enquadramento legal utilizado e os fatos constantes nos documentos apresentados pelo autuado.

Da análise do Auto de Infração, depreende-se que não há razão para prosperar essa preliminar de nulidade, pois o ilícito fiscal imputado ao autuado foi descrito de forma clara e precisa: *Deixou de*

recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil referente ao exercício de 2011. Complementando essa descrição, a autuante elaborou um demonstrativo detalhando a apuração do imposto lançado. Nesse demonstrativo, do qual o autuado recebeu cópia (fl. 21), constam, dentre outras informações, os dados envolvidos na apuração do imposto exigido.

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição da infração apurada é clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Foi arguida a nulidade do lançamento porque não teria o autuante observado o disposto no §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, já que o Auto de Infração não foi lavrado no estabelecimento do infrator.

Ultrapasso essa preliminar de nulidade, uma vez que o citado §1º do art. 39 do RPAF-BA/99 prevê que *“O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”*. No caso em análise, o Auto de Infração foi lavrado *na repartição fazendária*, portanto, em conformidade com a legislação.

Ainda em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, tendo em vista que a autuante não teria informado em que se baseara para caracterizar “as infrações” apuradas, bem como não teria informado a que período “as infrações” se referiam.

O Auto de Infração (fl. 1) deixa claro que o lançamento de ofício em comento trata apenas de uma infração. Conforme os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, a falta de recolhimento do imposto ocorreu ao longo do exercício fiscalizado (2011), porém, como não é possível se determinar o exato momento da ocorrência do fato gerador, o imposto considera-se devido no último dia do período fiscalizado, no caso 31/12/11, conforme prevê o disposto no §3º do art. 938 do RICMS-BA/97. Como se depreende da descrição dos fatos e do demonstrativo elaborado pelo autuante, a infração imputada ao autuado foi apurada com base nas notas fiscais eletrônicas emitidas com destino ao estabelecimento fiscalizado, pois essas informações eram as únicas que dispunha a fiscalização, haja vista que o autuado não apresentou nenhuma documentação fiscal ou contábil referente ao exercício de 2011. Dessa forma, afasto essa preliminar de nulidade.

Ainda em sede de preliminar, foi arguida a nulidade do lançamento, sob a alegação de que o autuante não teria indicado qual o método que foi utilizado na apuração da base de cálculo do imposto. Essa alegação de nulidade não merece prosperar, uma vez que a metodologia empregada na apuração da base de cálculo está evidenciada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, tendo sido o imposto apurado com base no valor adicionado às entradas ocorridas no período fiscalizado. Nesse ponto, ressalto que nos termos do §6º do art. 938 do RICMS-BA/97, o arbitramento da base de cálculo do imposto poderá se basear em dados “dos quais disponha a fiscalização estadual” e, no caso em tela, o autuante só dispunha das notas fiscais de entradas, não havia, portanto, informações acerca de estoques iniciais e finais e nem das vendas realizadas.

Foi suscitada a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 29/06/2011, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Dirirjo dessa tese defendida pelo impugnante, pois, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”*. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no §4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, não houve o alegado pagamento antecipado, haja vista que o débito foi

apurado mediante arbitramento da base de cálculo do imposto. Dessa forma, não houve o lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, §4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2011, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/16 para constituir o crédito tributário. Considerando que o Auto de Infração em comento foi lavrado em 29/06/16, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Além disso, o autuado, ao requerer a realização de diligência, não demonstrou a necessidade do atendimento desse seu pedido, como exige o art. 145 do RPAF-BA/99.

Saliento que o fato de constar no cabeçalho da informação fiscal referência à empresa Dalnorde Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda. não é razão para a nulidade, pois a informação fiscal prestada deixa claro que o autuante estava se referindo ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado contra a Comercial de Estivas Matos Ltda.

No mérito, constata-se que o arbitramento da base de cálculo do imposto foi realizado em função do motivo previsto no inciso I do artigo 937 do RICMS-BA/97, qual seja, a falta de apresentação de documentação fiscal e contábil. Com essa falta de apresentação da documentação fiscal e contábil, a Fiscalização ficou totalmente impedida de apurar o real montante das operações tributáveis realizadas pelo autuado no exercício em questão, pois tal documentação era imprescindível para a aplicação dos roteiros normais de auditoria fiscal ou contábil. Justifica-se, portanto, o arbitramento realizado.

Mediante diligência solicitada por esta 2ª JF, o arbitramento da base de cálculo foi refeito com a inserção de novas notas fiscais e a retificação da MVA que tinha sido aplicada erroneamente, em consequência, o valor que tinha sido lançado foi majorado de R\$ 71.946,14 para R\$ 96.884,47.

O autuado foi notificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou. Interpreto esse silêncio do autuado como uma concordância tácita com a diligência efetuada. Todavia, ante a impossibilidade da majoração do lançamento de ofício, mantenho o valor originalmente constante no Auto de Infração - R\$71.946,14.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **1289843001/16-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.946,14**, 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, 19 de fevereiro de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR