

PROCESSO - A.I. Nº 03020810/96
RECORRENTE - DPM BAHIA DRUGSTORE PERFUMARIA E MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2^a CJF nº 2229-12/01
ORIGEM - INFAS BROTAS (INFAS BONOCÔ)
INTERNET - 02.05.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0043-21/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DUPLICIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. **b)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO DE CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. **c)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Atendido o pressuposto de admissibilidade em relação aos itens “a” e “b” acima. Infrações caracterizadas. 2. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Presente o pressuposto de admissibilidade. A existência de prejuízo na conta Mercadorias configura indício de irregularidade, entretanto, este fato, aliado a falta de apresentação das notas fiscais de saídas dos meses de agosto e setembro de 1993, autoriza o arbitramento da base de cálculo do imposto em relação a estes dois períodos, a teor do disposto no art. 91, § 7º do RICMS/89 que limita o mesmo ao período em que ocorreu o fato que o motivou. Recurso **CONHECIDO PARCIALMENTE E NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Revista apresentado pelo recorrente, através do seu ilustre patrono, em relação ao Acórdão nº 2229-12/01 da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário anteriormente interposto contra Decisão de 1^a Instância de julgamento administrativo.

Para que se possa aferir a admissibilidade do Recurso de Revista, na forma estabelecida pelo art. 169, do RPAF/BA, transcrevo, abaixo, o Acórdão referente à Decisão Recorrida.

“ACÓRDÃO CJF Nº 2229-12/01

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DUPLICIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. **b)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO DE CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. **c)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infrações caracterizadas. 2. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. *Modificada a Decisão. A existência de prejuízo na conta mercadorias configura indício de irregularidade, mas o fato em si não justifica a via excepcional do arbitramento da base de cálculo do imposto. A fiscalização poderia adotar outros roteiros de fiscalização. Descabe o arbitramento referente ao exercício de 1991. Insubsistência da autuação. Mantém-se o arbitramento de 1993 consoante o art. 91, § 7º do RICMS/81 que limita o mesmo ao período em que ocorreu o fato que o motivou, qual seja, a falta de apresentação de notas fiscais de saídas nos*

meses de agosto e setembro. Reformada a Decisão Recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o Voto do Relator. Decisão não unânime”.

A Decisão “não unânime” decorreu em função da divergência de entendimento entre o Sr. Relator da 2^a CJF, Dr. Ciro Seifert e a Conselheira Dra. Ivone Martins em relação ao arbitramento da base de cálculo do exercício de 1991, o qual foi afastado, prevalecendo, apenas, o arbitramento da base de cálculo relativamente aos meses de agosto e setembro/93. Quanto aos demais itens da autuação, a Decisão foi unânime. Feitas estas considerações iniciais, passo ao relato do Recurso de Revista.

O ilustre patrono do recorrente inicia o Recurso requerendo que todas as intimações pertinentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas ao seu escritório profissional, no endereço que indica e, em seguida, aduz que embora a 2^a CJF tenha julgado improcedente o arbitramento relativo ao exercício de 1991 manteve a exigência relativa a 1993, motivada pelo mesmo método, sem a devida fundamentação. Acrescenta que o Voto Vencedor deixa claro que, também em 1993, o arbitramento não poderia ser aplicado.

Com o fito de sustentar seu argumento alega que o arbitramento foi baseado, tão somente, na constatação de prejuízo na conta Mercadorias e na falta de apresentação de notas fiscais, relativas a dois meses de todo o exercício, fato este que significa apenas 16% do total das notas fiscais de saídas. Argui, ainda, que a fiscalização apontou “outras ocorrências autônomas” no mesmo exercício arbitrado, demonstrando que a fiscalização poderia e foi levada a efeito através dos meios convencionais. Diante destes argumentos, assevera que esta não é a linha de entendimento predominante no CONSEF já que os fatos que mencionou mostram que a inaplicabilidade do arbitramento deve atingir também “1993”.

A título de paradigma apresenta as Resoluções nº 1.151/96, 0024/96, 3433/98 e o Acórdão nº 0460/01, todos de Câmaras de Julgamento e relacionadas a arbitramento da base de cálculo, sendo que as duas primeiras, referem-se a arbitramento da base de cálculo em decorrência de prejuízo na conta Mercadorias, as quais, foram pela nulidade do Auto de Infração. A terceira, é relativa a arbitramento face a falta de apresentação de notas fiscais de vendas, sendo que, neste caso, ficou comprovado que os documentos apresentados permitiam que a fiscalização fosse efetuada pelos meios convencionais e, a última, refere-se a arbitramento de todo o exercício quando ficou comprovado a desnecessidade de se efetuar o arbitramento em todo o exercício e sim, apenas, em relação a alguns períodos. Em todos os casos acima citados, os Autos de Infração foram julgados Nulos.

Em relação aos itens relacionados a utilização indevida de créditos fiscais assevera o recorrente que os mesmos foram utilizados com base nos processos indicados no próprio auto os quais, segundo o mesmo, foram todos iniciados antes da ação fiscal e suportados pelas respectivas autorizações. Em razão disto, argumento que não pode agora, anos após, tais créditos serem glosados.

No que concerne ao item 1.1 cita que a sua origem é decorrente de diferença a maior entre o valor devido no mês de fevereiro/91 e o que foi pago em relação ao mesmo período e, mesmo assim, não poderia constar no demonstrativo do débito com data de ocorrência em agosto/91 e sim em março/92 já que, segundo consta no Auto de Infração o crédito do mês de março/92 é que foi em duplicidade. Quanto ao mês de agosto, “data do primeiro crédito”, afirma que caberia multa formal pela ausência de autorização. Solicita que a SEFAZ apresente cópia do processo que se encontra no dossiê do recorrente, porém, não cita qual o número do processo.

No que diz respeito aos itens 2.1 e 2.2, relativos aos Processos nº 679.591/92 e 678.929 diz que, a ausência de autorização implicaria, tão somente, na aplicação de multa formal, já que, na sua ótica, não se discute a validade dos créditos.

Já no que pertine ao item 3.1 afirma que o autuante já esclareceu a questão e que se trata de estorno de débito referente à Nota Fiscal 35.910 de 21.07.93, cujas mercadorias foram devolvidas, sendo, destarte, uma operação regular e devidamente escriturada em seus livros fiscais.

Em relação a estes itens, apresenta em paradigma o Acórdão CJF nº 1704/00 onde destaca : “ (...) D - COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO RECOLHIDO A MAIS SEM PRÉVIO REQUERIMENTO À REPARTIÇÃO FISCAL. Comprovado, apenas, a falta de cumprimento de obrigação acessória, sendo devida a multa de 1 UPF-BA”.

Em conclusão requer que seja efetuada diligência para que sejam juntados aos autos cópias das autorizações pertinentes aos Processos nº 164806/91, 679561 e 678929 ao tempo em que requer o Conhecimento e o Provimento do presente Recurso de Revista.

A Douta PROFAZ se pronuncia através do Parecer nº 126/02, docs. fls. 239 e 240, onde opina pelo Conhecimento e o Improvimento do Recurso de Revista destacando que o cerne do lançamento reside na utilização do arbitramento da base de cálculo do imposto, em decorrência da constatação de prejuízo na conta Mercadorias e a falta de apresentação das notas fiscais de saídas relativas aos meses de agosto e setembro/93.

Destaca que o arbitramento foi mantido pela 2^a Câmara de Julgamento Fiscal para os meses de agosto e setembro/93 por conta da identificação da falta de apresentação de notas fiscais de saídas, *ex vi* do art. 97, § 7º do RICMS/89. Diante disto, considera que não merece reparo a Decisão da Câmara haja vista restar a impossibilidade de apuração do imposto pelos meios convencionais em relação aos meses de agosto e setembro/93. Quanto as decisões paradigmas, entendeu a PROFAZ que o que restou provado foi a possibilidade da apuração do imposto pelos meios ordinários já que, sujeito passivo ora deixou de apresentar apenas uma parte das notas fiscais e ora extraviou uma parte e não todos os documentos fiscais.

VOTO

Acolho, em parte, o opinativo da Douta PROFAZ quanto ao Conhecimento do Recurso de Revista e, integralmente, quanto ao seu Improvimento pelas razões que passo a expor.

O presente Recurso de Revista está dividido em duas partes. A primeira diz respeito ao item 3.2 que trata de arbitramento da base de cálculo relativamente aos meses de agosto e setembro/93 onde o recorrente apresenta, a título de paradigma, as Resoluções nº 1.151/96, 0024/96 e 3.433/98, além do Acórdão nº 0460/01, todos oriundos de Câmara de Julgamento do CONSEF.

A segunda parte do Recurso relaciona-se aos itens 1.1, 2.1, 2.2 e 3.1 do Auto de Infração, que tratam de :

1.1 - Utilização indevida de crédito fiscal, a título de “outros créditos”, no mês de agosto/91. Neste item está esclarecido nos autos que, no mês de agosto/91, foi utilizado crédito fiscal referente a recolhimento efetuado a mais no mês de fevereiro/91, porém sem comunicação à SEFAZ. Posteriormente o recorrente protocolou o processo nº 164806/91 com o objetivo de regularizar a situação. Após o deferimento, o recorrente voltou a utilizar o mesmo crédito, atualizado monetariamente, ficando caracterizado duplicidade de lançamento.

2.1 e 2.2 – Utilização de créditos extemporâneos, ditos comunicados a SEFAZ, através dos Processos nº 679591/92 e 678929, os quais não apresentaram.

3.1 – Refere-se a estorno de débito pertinente a Nota Fiscal nº 35.910 de 21/07.93, a qual o recorrente alega tratar-se de devolução de venda. Não apresentou a documentação comprobatória.

Feitas estas considerações iniciais, passo a analisar o atendimento ao requisito para admissibilidade do Recurso de Revista, previsto no art. 169, do RPAF-BA. Assim é que, em relação ao arbitramento da base de cálculo para os meses de agosto e setembro/93 considero satisfeito o requisito para admissibilidade do Recurso.

No tocante a segunda parte da peça recursal, que trata da utilização irregular de créditos fiscais, o Acórdão CJF nº 1704/00, apresentado em paradigma, atende, parcialmente, a norma estabelecida pelo art. 169, II, “a”, do RPAF-BA já que, em seu item “D” trata de questão envolvendo “compensação de imposto recolhido à mais, sem prévio requerimento à repartição fiscal” onde ficou comprovado que houve apenas descumprimento de obrigação acessória. Neste particular, vejo que a Decisão paradigma tem pertinência com os itens 1.1, 2.1 e 2.2 porém, em relação ao item 3.1, que se refere a estorno de débito referente à operação de devolução de venda não satisfaz o requisito para admissibilidade.

Desta maneira, meu voto é pelo Conhecimento Parcial do Recurso de Revista, ante a falta de apresentação de Decisão paradigma para o item 3.1 acima comentado.

Adentrando ao mérito, considero oportuno ressaltar que o estabelecimento autuado, matriz, é centralizador das compras, as quais, posteriormente são transferidas para os diversos estabelecimentos filiais. Portanto, a apresentação das notas fiscais de saídas é de fundamental importância para o caso em tela, não só por este fato, mas, também, para exame em tais notas de saídas as quais geram crédito fiscal para os estabelecimentos destinatários.

O arbitramento da base de cálculo alcançou apenas os meses de agosto e setembro/93, justamente aqueles em que o recorrente deixou de apresentar as notas fiscais de saídas que emitiu nesses dois períodos, fato este que impossibilitou ao Fisco apurar o montante real da base de cálculo nesses dois meses, períodos estes, que também apresentaram prejuízo na conta Mercadorias. Com isto, considero correta a autuação pois respaldada no art. 91, § 3º do RICMS/89 e, por esta razão deve ser mantida a Decisão recorrida pois, ao contrário do que expõe as decisões apresentadas em paradigma, no caso presente é perfeitamente cabível o arbitramento da base de cálculo referente aos meses de agosto e setembro/93, ficando descartada a possibilidade de decretação da nulidade ou a improcedência do lançamento suscitadas pelo recorrente.

Quanto aos créditos fiscais, no que se refere ao item 1.1, ocorreu o registro de crédito referente a imposto que teria sido pago à mais. A comunicação à SEFAZ pelo recorrente só foi efetuada posteriormente, cujo deferimento ocorreu em março/92, ocasião em que o recorrente voltou a utilizar o crédito fiscal, atualizado monetariamente. Correta a exigência fiscal já que o crédito não poderia ter sido utilizado no mês de agosto/91 por força do contido no RPAF/81, então vigente.

Em relação aos itens 2.1 e 2.2 caberia ao recorrente apresentar os documentos que respaldassem o registro dos créditos extemporâneos. A simples argumentação de que ingressou com os processos que lhe autorizavam tal procedimento é insuficiente para desconstituir a exigência fiscal.

Portanto, em relação aos itens acima, não restou caracterizado apenas descumprimento de obrigação acessória, tal como na Decisão paradigma, conforme pretende o recorrente. Caracterizou-se, sim, descumprimento de obrigação principal e, nesta condição, devem ser mantidas as infrações corretamente apuradas.

Em conclusão, meu voto é pelo CONHECIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo seu NÃO PROVIMENTO, devendo ser mantida a Decisão Recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER PARCIALMENTE E NÃO PROVER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03020810/96, lavrado contra **DPM BAHIA DRUGSTORE PERFUMARIA E MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$434,42**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$8,53, 60% sobre R\$20,38 e 100% sobre R\$405,51, previstas, respectivamente, no art. 61, II, "b", VIII, "a" e V, "i", da Lei nº 4.825/89, aplicado o benefício da retroatividade benigna, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais a multa de **3 UPFs-BA**, prevista no art. 61, XVIII, "b", da Lei nº 4.825/89.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ