

PROCESSO - A.I. Nº 03020810/96
RECORRENTE - DPM BAHIA DRUGSTORE PERFUMARIA E MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 2229-12/01
ORIGEM - INFAZ BROTAS (INFAZ 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 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário anteriormente interposto contra Decisão de 1ª 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. Insustentabilidade 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 2ª 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 2ª 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 2ª 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 CJP 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 PROFZ