

PROCESSO - A.I. Nº 206991.0003/02-3
RECORRENTE - J B FERREIRA NETO & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0374-04/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 18.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0445-11/02

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. EXTRAVIO DE LIVROS E DOCUMENTOS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0374-04/02 oriundo da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em referência.

O Auto de Infração em lide foi expedido com o fito de exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$32.289,53, mais multa de 100%, apurado por arbitramento da base de cálculo para o exercício de 1998, por não ter o contribuinte apresentado documentação fiscal e contábil, sob alegação de terem sido furtados.

A 4ª JJF decidiu a lide com base no Voto abaixo transrito:

“As peças processuais revelam os seguintes fatos: a) que o contribuinte declarou haver extraviado livros e documentos que identifica, conforme queixa policial (fl. 183); b) que o autuado não declarou na queixa feita à Secretaria de Segurança Pública que havia extraviado as notas fiscais de entradas e de saídas relativas aos exercícios sociais cujos livros foram furtados; c) que o autuado foi intimado, regularmente, para a apresentação de livros e documentos (fl. 181) e, d) que o autuado formalizou uma declaração para a SEFAZ, em atendimento à intimação que recebeu, na qual, diferentemente da queixa policial, registra o extravio das notas fiscais de entradas e de saídas.

O artigo 146 do RICMS/97 determina que, em caso de furto (como o declarado pelo autuado), o contribuinte deve comunicar o fato à repartição fiscal no prazo de oito dias, comprovando o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação de pagamento do imposto, no mesmo prazo. No presente caso, não ficou comprovado o cumprimento da obrigação.

O mesmo artigo anteriormente citado também prevê que, caso o contribuinte deixe de atender à exigência ou, intimado para tal, recusar-se a fazê-la ou não puder efetuá-la, ou ainda nos casos em que a comprovação for insuficiente ou inidônea, poderá o fisco proceder ao arbitramento do montante das operações ou prestações, pelos meios ao seu alcance.

Estes esclarecimentos são necessários para que possa ser negado o pedido de nulidade do presente lançamento tributário, feito pelo autuado na sua defesa, sob alegação de falta de fundamentação legal, porque esta existe, de conformidade com o relatado acima.

Outros argumentos foram utilizados para pedir a nulidade, com os quais também não posso concordar, conforme:

- a) Que possui os documentos necessários à comprovação da regularidade das operações realizadas. Esta alegação não foi provada. Além do mais, o próprio contribuinte, na declaração que fez à SEFAZ (fl. 182), registrou o contrário, pois afirmou ter perdido toda a documentação fiscal.
- b) Que parte dos documentos que possui foram utilizados pela autuante. As peças processuais demonstram que os levantamentos foram feitos utilizando exclusivamente documentos coletados no sistema CFAMT.
- c) Que o fisco deveria apontar fortes indícios de sonegação. Entendo que a redação do artigo 146 do RICMS/97, anteriormente citado, não estabelece tal condição.
- d) Que a não apresentação dos livros e documentos ocorreu por impossibilidade e não por recusa. O mesmo dispositivo legal anteriormente citado não diferenciou as condições e, além disso, a apuração da irregularidade não deve levar em consideração a intenção do agente.

Diante do exposto, fica claro que o arbitramento foi feito em consonância com as normas legais vigentes. Portanto, é válido.

Quanto ao mérito o autuado apresenta argumentos que também não posso acatar, porque:

- a) Quando a autuante considerou apenas as notas fiscais disponíveis na SEFAZ, relativamente a aquisições feitas pelo autuado, utilizou a única informação confiável que dispunha;
- b) A não consideração de créditos fiscais relativamente a entradas de mercadorias não computadas pela autuante deveu-se a impossibilidade de acesso a informações sobre outras aquisições. O autuado não trouxe ao processo a comprovação de que possuía outros créditos fiscais que não os computados pela autuante;
- c) A autuação não foi feita com base em “listagens do CFAMT” e sim nos documentos fiscais coletados pelo CFAMT, cujas cópias foram anexadas ao processo;
- d) O fato de comercializar com mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária não impossibilita a aplicação do arbitramento da base de cálculo, pois para a presente apuração não foram consideradas as aquisições de mercadorias com a fase de tributação encerrada e sim, tão somente, as tributadas. Além do mais, o arbitramento seguiu o método previsto na legislação, que exclui tais aquisições;
- e) A autuante também não declarou que o arbitramento aplicado no exercício de 1997 não apresentou diferença porque a mesma tinha sido absorvida pelas aquisições de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por substituição tributária. Mesmo que o fizesse, tal declaração não poderia produzir qualquer efeito, porque contraria a forma de cálculo prevista na legislação;
- f) Os documentos fiscais anexados à defesa não podem ser considerados pois relativos a compras efetuadas no exercício anterior (1997).

Para concluir não posso acatar o pedido de cancelamento da multa, porque a legislação vigente não prevê a competência deste Colegiado para tal.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento”.

Diante da Decisão acima o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, renova o pedido de nulidade do Auto de Infração, argüindo absoluta falta de fundamentação legal para aplicação do arbitramento. Diz que o arbitramento da base de cálculo foi utilizado em função da falta de apresentação ao Fisco da documentação fiscal/contábil, sendo que a empresa foi vítima de furto no dia 03/01/2001 ocasião em que foi levado o veículo no qual se encontravam os livros Registro de Entradas, de Saídas e de Inventário de Mercadorias, livros de Apuração do ICMS e de Termos de Ocorrências, registro de empregados, DAE e DMA abrangendo o período de 1995 a 2000, de acordo com certidão policial juntada aos autos.

Acrescenta que tais livros se encontravam em poder de outro auditor fiscal que os devolveu, exatamente, no dia 03/01/2001, sendo recebidos pelo Sr. José Barbosa F. Neto, ocasião em que ocorreu o assalto relatado na certidão policial. Aduz que havia sido intimado no dia 06/11/2000 pelo auditor fiscal Antonio Medeiros, ocasião em que apresentou todos os livros e documentos fiscais dos exercícios de 1994 a 2000 e que, ao receber os documentos em devolução das mãos ao referido auditor, ocorreu o assalto. Destaca que tais livros e documentos permaneceram em poder do mencionado auditor fiscal por quase 60 (sessenta) dias para fim de fiscalização.

Considera não ser justo e nem legal, diante dos fatos narrados, seja alcançado pelo arbitramento da base de cálculo apenas pelo fato de não haver cumprido uma obrigação acessória prevista no art. 146 do RICMS/97, conforme entendeu a 4^a JJF para fundamentar a Decisão Recorrida. Afirma que a possibilidade de se auferir os lançamentos do contribuinte, suas operações e pagamento do ICMS devido já tinham sido levada a efeito pelo auditor fiscal Antonio Medeiros enquanto que foi vítima do assalto justamente quando recebeu de volta, do escritório do auditor, a documentação anteriormente arrecadada pelo mesmo.

Alega que o Fisco não apontou indícios fortes de sonegação para assegurar a aplicação do arbitramento e não apenas basear-se na ausência dos documentos, ao tempo em que, dos cinco exercícios auditados, apenas em um foi encontrado valor devido, já que, os restantes, quatro exercícios, não foram autuados.

Aduz que não há que se falar em falta de apresentação de documentos, não se configurando a recusa e sim a impossibilidade de exibição dos documentos solicitados pela fiscalização. Pede que o auditor fiscal Antonio Medeiros seja ouvido sobre os fatos narrados e que, caso seja possível, apresente cópia do Termo de Encerramento da fiscalização implementada pelo mesmo.

Objetivando respaldar seus argumentos cita e transcreve ementas pertinentes a diversos julgamentos realizados pelo CONSEF relacionadas a arbitramento da base de cálculo onde os lançamentos foram considerados nulos.

No mérito reitera que improcede a autuação destacando que um ponto de grande importância e que não pode deixar de ser levado em consideração é que o arbitramento não poderá prevalecer nos moldes utilizados pela autuante em razão de não terem sido considerados os créditos fiscais relativos as mercadorias adquiridas, levando-se em conta apenas as notas fiscais arrecadadas através do sistema CFAMT, ficando de fora as aquisições internas e outras não registradas pelo CFAMT, fato este que considera que lhe acarreta prejuízos, pois ocasiona o aumento do valor do débito.

Cita, também, que trabalha com grande quantidade de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujos créditos há de ser apurado e considerado juntamente com aqueles relacionados às mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração.

Em relação à multa por infração que foi aplicada, argumenta que diante da impossibilidade da apresentação dos documentos fiscais, em razão do furto já mencionado, não houve a infração pois o arbitramento foi implementado com base na falta de apresentação dos documentos, o que não ocorreu e sim o extravio durante o furto do veículo. Requer o cancelamento da multa por infração.

Em conclusão, requer revisão fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, a ouvida do auditor fiscal Antonio Medeiros dos Santos e o Provimento do presente Recurso Voluntário no sentido de que o Auto de Infração seja julgado Nulo ou Improcedente.

A Douta PROFAZ emitiu o Parecer nº 276/02, fls. 399/400, opinando pelo Improvimento do presente Recurso Voluntário citando que “vislumbra a ausência de razões jurídicas capazes de modificar o julgamento”. Para tanto, considera que inexiste vício capaz de nulificar a ação fiscal, eis que o arbitramento foi adotado com fulcro na norma vigente (art. 146 do RICMS/97), não tendo o contribuinte comunicado ao órgão fazendário o extravio dos documentos fiscais nem tampouco apresentado provas capazes de legitimar as operações fiscais realizadas.

Acrescenta que o pedido de flexibilização não encontra amparo no direito positivo brasileiro e, com efeito, a norma jurídica nasce crivada com as notas da generalidade e da obrigatoriedade para todos os seus destinatários.

Por fim posiciona-se no sentido de que o pedido de cancelamento da multa deverá ser apresentado e oportunamente apreciado pelo órgão competente.

VOTO

Apesar da irresignação do patrono do recorrente quanto a implementação do arbitramento da base de cálculo pela autuante, neste caso há de ser considerado uma questão central para sua motivação que é, exatamente, a disposição contida no art. 146 do RICMS/BA, que assim está expresso:

“Art. 146 . Nos casos de sinistro, furto, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I – Comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias;

II – Comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo;

§ 1º Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuá-la e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, deduzindo-se para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovado pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária

§2º Nas hipóteses deste artigo, somente poderão ser autenticados novos livros depois de comprovada a ocorrência”.

Da leitura do dispositivo legal acima transscrito, não resta a menor dúvida que a hipótese para aplicação do arbitramento era perfeitamente cabível já que o recorrente não comunicou, no prazo legal, o fato à Secretaria da Fazenda, não comprovou o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas. É oportuno salientar-se que o furto ocorreu no dia 03.01.01 enquanto a ação fiscal só foi iniciada em 09.05.02, ou seja, mais de um ano após, período este mais que suficiente para que o contribuinte regularizasse sua situação, de forma espontânea, o que não ocorreu.

O fato dos livros fiscais terem sido devolvidos por outro auditor no dia em que ocorreu o furto, não significa que o mesmo tenha fiscalizado e homologado os exercícios de 1997 e 1998 até porque, a ação fiscal que resultou a presente autuação foi autorizada mediante a Ordem de Serviço nº 505476/02, gerada pelo sistema informatizado da SEFAZ, onde não se incluem os exercícios já homologados. Aliás, mesmo se estes exercícios já tivessem sido fiscalizados e homologados, o que não se comprovou nos autos, não haveria qualquer impedimento à realização de uma nova fiscalização desde que respeitado o prazo decadencial.

De maneira que não considero necessária a ouvida do auditor fiscal mencionado no recurso, conforme pleiteia o recorrente, até porque, o sujeito passivo não apresentou qualquer documento comprovando que os exercícios de 1997 e 1998 já haviam sido fiscalizados.

Por outro lado, para que seja implementado o arbitramento da base de cálculo “não é necessário que sejam apontados indícios fortes de sonegação” pelo fisco. Basta que ocorra uma das hipóteses previstas na legislação tributária para que se adote esta medida extrema e, a ocorrida no presente caso, é uma das hipóteses em que a lei autoriza a aplicação do arbitramento.

Quanto as Decisões apontadas pelo recorrente para ilustrar seus argumentos, vejo que nenhuma delas tem pertinência com o fato que aqui se analisa, portanto, não se adequam como paradigma.

Em relação a menção efetuada quanto “aos moldes utilizados pela autuante para aplicar o arbitramento”, vejo que foi o mais positivo e o que melhor se adequa a situação já que foram utilizadas cópias de notas fiscais colhidas pela fiscalização do trânsito de mercadorias e endereçadas ao recorrente, cujos créditos fiscais nelas destacados foram considerados, além dos pagamentos normais efetivados. Se existiram outras operações não consideradas ou computadas pela autuante caberia ao recorrente apresentar as notas fiscais respectivas para que, concomitantemente, fossem alterados, por acréscimos, os valores da base de cálculo e os créditos fiscais, resultando, obviamente, em acréscimo quanto ao valor autuado.

Naquilo que diz respeito as mercadorias com fase de tributação encerrada estas não se incluem e nem foram consideradas pela autuante no cálculo do arbitramento, foram computadas apenas aquelas sujeitas ao regime normal de apuração do imposto. Portanto, não faz sentido cogitar-se utilização de crédito das mercadorias substituídas.

Por fim, no tocante a multa por infração, esta foi aplicada corretamente e é a prevista em lei, logo, não há base legal para seu cancelamento pelo CONSEF.

Em conclusão, acolho o opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206991.0003/02-3, lavrado contra **J B FERREIRA NETO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.289,53**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Sandra Urânia Silva Andrade.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ