

PROCESSO	- A. I. Nº 232900.0003/03-2
RECORRENTE	- REAN MODAS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0246-01/03
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 06.10.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0099-12/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento, haja vista a ausência dos documentos fiscais e contábeis. O RICMS/97, prevê a possibilidade de se calcular o imposto mediante arbitramento quando o contribuinte não entrega os livros e documentos da empresa, inclusive em caso de alegação de destruição em incêndio. Sem a análise dos lançamentos dos livros e documentos, não há como se saber se o contribuinte deixou ou não de pagar o imposto. Infração confirmada. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Indeferido pedido de diligência fiscal. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto, por ter deixado o contribuinte de recolher o ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil, conforme art. 146, § 1º, 937, I e 938, I, “b”, § 3º, do RICMS/97.

A empresa, intimada, não apresentou a totalidade da documentação solicitada, juntando ocorrência policial de incêndio, que segundo consta na mesma, consumiu quase todos os documentos relativos ao período de 1998 e 1999, impossibilitando ao Fisco a realização dos roteiros normais de fiscalização, tais como: Auditoria de Estoques, de Caixa, da Conta Corrente Fiscal do ICMS, do Crédito Fiscal, da Conta Fornecedores, dentre outros, uma vez que não foram apresentadas as notas fiscais de entradas e saídas, bem como, cupons fiscais ou leitura da máquina registradora, documentos de movimentação de caixa, livros fiscais de saídas, declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, referente ao exercício de 1998.

Foram anexados pelo autuante os demonstrativos do arbitramento da base de cálculo; o Termo de Início de Fiscalização; dois Termos de Intimações; declaração do contador da empresa explicando que deixava de cumprir as intimações na íntegra, em virtude de sinistro ocorrido nas lojas 37/38 da antiga sede da empresa; cópia de Certidão expedida pela 7ª Delegacia Policial; Certidão de Ocorrência do Corpo de Bombeiros e comunicação à Inspetoria do Iguatemi dos documentos e livros sinistrados. Também foram anexadas ao processo, cópias reprodutivas dos livros Registros de Inventário e Apuração, da DMA de 1998, DME de 1999 e DAEs.

O autuado apresentou defesa alegando, inicialmente, preliminar de nulidade sob o fundamento de que o CONSEF firmou jurisprudência no sentido de que o arbitramento da base de cálculo só é

válido e legalmente permitido se for antecedido de autorização expressa da autoridade fazendária competente e que nos autos não existe qualquer referência para dar legitimidade ao citado arbitramento efetuado pela auditora fiscal autuante.

Informa que a partir de janeiro de 1999, passou a ser enquadrada no SIMPLES e requer a realização de diligência, por fiscal estranho ao feito, com o objetivo de constatar a sua regularidade fiscal, oportunidade em que serão apresentadas as notas fiscais de compras, bem como as bobinas de cupons fiscais dos exercícios, objeto da autuação.

A autuante informou que o Auto de Infração é resultante da fiscalização autorizada através da Ordem de Serviço nº 507.268/03. Os valores constantes das planilhas de arbitramento resultaram de informações econômico-fiscais do autuado, constantes da base de dados desta SEFAZ, em face da falta de apresentação de livros e documentos fiscais necessários à execução de outros roteiros de fiscalização. Foram considerados todos os valores recolhidos pelo autuado, inclusive os pagos a mais e os recolhidos com o código de receita 1844 ICMS - Empresa de Pequeno Porte – SimBahia (exercício de 1999). O crédito fiscal do ICMS foi calculado como se o mesmo fosse enquadrado na condição de regime normal, resultando em um crédito a mais para o autuado, sendo, desta forma, beneficiado.

Quanto ao pedido de diligência feito pelo autuado, com o objetivo de apresentar notas fiscais de compras e bobinas de cupons fiscais dos exercícios fiscalizados, considerou, no mínimo absurda, uma vez que não os apresentou quando solicitados. E, ainda que fosse possível executar qualquer roteiro a partir da apresentação, *a posteriori*, de documentação fiscal e/ou contábil, ficaria configurada a má fé do autuado diante do que fora falsamente afirmado, quando da apresentação da declaração e registro policial de ocorrência de sinistro (incluindo aí a perda de documentação do interesse do Fisco). Assim, considerou que a impugnação tem o objetivo de postergar o pagamento do imposto.

Manteve a autuação.

O relator do processo emitiu o seu voto com a seguinte fundamentação: “Preliminarmente, o autuado, requer a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que não consta dos autos autorização expressa da autoridade fazendária competente para dar legitimidade ao arbitramento efetuado e que o CONSEF já firmou jurisprudência neste sentido.

Rejeitada a preliminar argüida, haja vista que a legislação tributária vigente para os fatos ocorridos no período objeto da presente ação fiscal não mais prevê a necessidade de autorização expressa de autoridade competente para a adoção da medida extrema do arbitramento da base de cálculo. Assim, a alegação do sujeito passivo já não mais encontra guarita nas disposições regulamentares.

Indefiro a solicitação de diligência fiscal requerida pelo impugnante, haja vista que o próprio autuado em petição à Repartição Fazendária, comunicou, em 24/04/01, sinistro ocorrido em seu estabelecimento, relacionando, naquela oportunidade, quais os documentos fiscais e contábeis foram sinistrados, inclusive, determinando o período dos mesmos, conforme documento anexado às fls. 15 e 16 dos autos, onde no citado documento consta que foram queimados no incêndio: todos os talões de notas fiscais, série D-1, numeração 10.001 a 15.000 (autorização nº 001445/1999); talões de notas fiscais série B-1, série E, e série única; cupons fiscais da máquina registradora (Caixa 2 marca Xanco. Mod. 6000 PLUS, nº fab. 502.335); notas fiscais de entradas de mercadorias

e documentos contábeis (com a observação de que só sobraram os do período de outubro/2000 a fevereiro/01, por estarem no escritório de contabilidade); os livros fiscais e outros documentos não foram atingidos pelo incêndio por estarem no escritório de contabilidade o que, por si só, demonstra a impossibilidade de apresentação, por parte do autuado, de quaisquer elementos divergentes dos apresentados na autuação, inexistindo, portanto, justificativa para a realização de revisão.

Além do mais, o art. 147, I, “b”, do RPAF/99, trata do indeferimento de diligência quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estejam de posse do requerente, cuja prova ou cópia poderia ter sido por ele juntada aos autos.

O contribuinte cumpriu o que estabelece o RICMS ao comunicar ao Fisco o sinistro ocorrido nas dependências de seu estabelecimento, informando, inclusive, quais os documentos fiscais e contábeis que foram sinistrados, já que a não comunicação acarretaria aplicação de penalidade de multa, por descumprimento de obrigação acessória. Porém, tal fato não modifica a penalidade pela falta de apresentação dos documentos fiscais, mediante o arbitramento da base de cálculo, já que este é um recurso aplicado quando a fiscalização não dispuser dos elementos suficientes para apuração do imposto devido, no caso em questão, sua causa foi a falta de apresentação das notas fiscais de aquisições de mercadorias (entradas), notas fiscais de saídas e cupons fiscais, relativamente aos exercícios de 1998 e 1999.

Neste processo foi exigido ICMS em razão de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada adotando-se a medida do arbitramento da base de cálculo, por não ter, o contribuinte, apresentado à fiscalização as notas fiscais de aquisição das mercadorias (entradas) e as notas fiscais de saídas, bem como os cupons fiscais e leitura “X” da máquina registradora, o que motivou a não identificação, pelos meios normais de fiscalização, a determinação do montante real devido.

Vale esclarecer que o fator determinante para desencadear a adoção da medida extrema (arbitramento) não foi a falta de apresentação dos livros fiscais, e sim, a falta de apresentação das notas fiscais de aquisição de mercadorias e as notas fiscais de saídas e cupons fiscais, documentos cuja ausência inviabiliza a realização de qualquer roteiro normal de fiscalização, não restando, desta forma, outra alternativa para o autuante, a não ser a adoção do arbitramento da base de cálculo, como se constata dos autos e demonstrativos elaborados às fls. 06 e 07 do processo.

Observo que o contribuinte autuado, no exercício de 1999, passou a ser enquadrado como empresa de pequeno porte – SimBahia, nesta condição não estaria obrigado a escrituração dos livros fiscais e dos livros contábeis. Com a alteração nº 15 (Decreto nº 7.729/99), com efeitos a partir de 01/01/00, os contribuintes na condição de empresa de pequeno porte e as microempresas com receita bruta ajustada superior a R\$30.000,00, passaram a ser obrigadas a escrituração do livro Registro de Inventário e do livro “Caixa”, em substituição à escrita mercantil. No entanto, estavam obrigados a manter arquivados, em ordem cronológica, durante 5 anos, os documentos fiscais de entradas de mercadorias, de saídas efetuados pelo estabelecimento e demais documentos, tais como: fretes pagos, água, energia, telefone, aquisição de bens, etc.

Assim, os arts. 408-R e 408-S, do RICMS/97, nos casos de não exibição ao fisco dos documentos fiscais obrigatórios, prevêem a adoção do método de arbitramento da base de cálculo, dando

tratamento de regime normal de apuração, aos contribuintes optantes pelo regime simplificado de apuração, em relação ao exercício arbitrado(transcreve).

O autuante informou que tomou por base para o cálculo do imposto, os dados fornecidos pelo próprio autuado, através das informações econômico-fiscais e que foram considerados todos os valores de ICMS recolhidos pelo contribuinte, inclusive, aqueles em que o sujeito passivo alegou ter sido recolhido a mais, no período objeto da autuação. Não houve questionamento quanto aos cálculos apresentados. Assim, com base no que dispõe o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Ante todo o exposto, concluo que o procedimento fiscal foi feito com base no que dispõe o art. 938, I, “b”, do RICMS/97, única possibilidade de se calcular o imposto, haja vista que o contribuinte não entregou os documentos fiscais da empresa, sob o fundamento de que os mesmos tinham sido queimados em sinistro ocorrido, conforme Certidões de Ocorrências Policial e do Corpo de Bombeiros, o que impossibilitou ao Fisco saber se o contribuinte deixou ou não de pagar o imposto devido.

No tocante a aplicação da multa por infração, nos casos de sinistro no estabelecimento, como neste caso, a multa não é de 100%, e sim, de 60%, conforme prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Voto pela Procedência do Auto de Infração”.

O contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando : a) no decorrer do período de arbitramento da base de cálculo convivia com repetidas auditorias fiscais, e a partir de janeiro de 1999 foi enquadrada no SIMPLES, evidenciando assim, a regularidade de sua situação fiscal; b) que no mesmo período fez a entrega das declarações do imposto de renda, cujos conteúdos mantém perfeita correlação com os valores escriturados nos livros fiscais; c) que a assertiva do sinistro ter destruído toda a documentação fiscal deve ser entendida e assimilada como a resultante de um momento onde todos conviviam com uma imensa angústia, apreensão e tristeza, sentimentos impulsionadores de tomadas de decisões precipitadas, consequentemente sem aquele equilíbrio emocional necessário para se avaliar com exatidão a extensão do lamentável sinistro; que o recorrente é empresa de pequeno porte, com estabelecimento em imóvel alugado e capital social de R\$35.000,00, destituída de suporte financeiro para sobreviver com as consequências desse arbitramento; d) que o recorrente, na condição de contribuinte e empresário, tendo por objetivos também obrigações de função social, não deve ser comparado com sonegador de impostos.

Finalizando afirma que “por tais circunstâncias, urge que se busque a verdade real e isso ocorrerá com a realização de diligência ora requerida a ser promovida por fiscais estranhos ao feito com o objetivo de constatar a sua regularidade fiscal, oportunidade em que serão analisadas as notas fiscais de compras, assim como bobinas de cupons fiscais, livros fiscais como, Entrada de Mercadorias, Inventário, Apuração ICMS com todos os comprovantes dos DAEs pagos e livro de Utilização de Documentos Fiscais, quando iremos questionar os valores declarados que certamente, ficará evidenciada a improcedência da autuação. Requer, para que se busque a verdade real.

A PGE/PROFIS opina pelo NÃO PROVIMENTO de Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário reitera enfaticamente o pedido de realização de uma diligência, por fiscal estranho ao feito, com o objetivo de apresentar documentação que alega ser suficiente para contraditar o Auto de Infração. Ocorre que o autuado teve várias oportunidades para promover o que ora requer, e não o fez. Até mesmo ao apresentar o seu Recurso Voluntário, seria um momento próprio para juntar alguma prova ou provas de suas alegações, sensibilizando o julgador e a Câmara a admitir a realização da diligência requerida. Assim sendo, resta-nos acompanhando o extenso e bem fundamentado voto do ilustre relator do processo, IMPROVER o Recurso Voluntário, para, rejeitando, manter a Decisão de primeiro grau, pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232900.0003/03-2, lavrado contra **REAN MODAS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.159,19**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f.”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros – Fauze Midlej, Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros – José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS