

PROCESSO - A.I. Nº 2693550903/01-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MARCOS ANTONIO PEREIRA LIMA
RECORRIDOS - MARCOS ANTONIO PEREIRA LIMA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0406/02/02
ORIGEM - INFAZ EUNAPÓLIS
INTERNET - 22.04.03

1ª CÂMARA JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0159-11/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Procedimento fiscal adotado face a impossibilidade de desenvolver os roteiros normais de fiscalização. Justifica-se o arbitramento. Correção dos equívocos no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. Rejeitada a nulidade argüida. As razões de mérito não descaracterizam o método do arbitramento para apuração da base de cálculo. Mantida a Decisão Recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo da interposição dos Recursos de Ofício e Voluntário, sendo o primeiro interposto conforme determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99 e submetido à apreciação por uma das Câmaras, pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal de onde emanou a Decisão conforme dispõe o inciso VI do art. 23 do Regimento Interno (Decreto nº 7592/99).

A infração apontada na peça vestibular exigiu imposto acrescido da multa prevista na Lei vigente (nº 7014/96), por falta de recolhimento de ICMS apurado nos exercícios de 1997, 1998, 1999 e 2000, através de arbitramento da base de cálculo em razão do sujeito passivo não ter apresentado ao Fisco, a documentação fiscal e contábil dos referidos exercícios.

O autuado, às fls. 32 a 34 dos autos, defendeu-se argüindo preliminar de nulidade sob o fundamento de que as condições econômicas da empresa não tinham sido levada em conta pelo autuante. Alegou ainda que ao observar a “Tabela de Redução da Multa” o valor do Auto de Infração chegava a um valor absurdo.

No mérito, se insurgiu quanto ao arbitramento acusando o autuante de ter errado no enquadramento legal ao citar o art. 146, § 1º e os arts. 937 e 938. Acrescentou que cabia ao autuante provar que o contribuinte cometeu o ato ilícito ou ilegal. Alegou que os valores já recolhidos não tinham sido considerados pelo autuante no seu demonstrativo, e concluiu requerendo a insubsistência do Auto de Infração e a declaração de Nulidade do mesmo.

O autuante na informação fiscal rebateu os argumentos do autuado, afirmando que o mesmo foi intimado a apresentar os livros e documentos necessários à fiscalização e foi informado pelo contador da empresa que o contribuinte tinha encerrado as suas atividades, e por essa razão procedeu ao arbitramento com a única documentação – DMA dos exercícios de 1997 e 1998 – e que referente aos exercícios de 199 e 2000 considerou os mesmos dados do exercício de 1998. Disse que levou em conta os valores já recolhidos. Informou ainda que após a defesa ainda

tentou a apresentação dos livros conforme documentos de fls. 38 e 39 dos autos, e não obteve êxito. Ao final requereu a procedência da autuação.

O processo ainda retornou ao autuante para que revisasse o trabalho fiscal adotando os critérios estabelecidos na Instrução Normativa nº 01/02, do Comitê Tributário, tendo o mesmo informado que os procedimentos fiscais para aplicação da referida Instrução não se aplicam à hipótese de arbitramento, mas em outras infrações.

O julgamento proferido na 2ª Junta de Julgamento Fiscal rechaçou a nulidade argüida e considerou que o arbitramento se justificava, porque entendia que constavam nos autos provas suficientes para caracterizar a necessidade de se proceder ao arbitramento da base de cálculo. Afirmou que a falta de exibição dos documentos fiscais impediu a realização da fiscalização pelos meios normais de apuração do imposto. Observou que referente aos exercícios de 1999 a 2000, houve equívoco quanto ao valor exigido, porquanto o valor foi o mesmo considerado para o exercício de 1998, refez os cálculos para os exercícios de 1999 e 2000 e elaborou o demonstrativo de débito, e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

O autuado ao tomar ciência do Acórdão, em 27/02/03, apresentou as razões de Recurso, tempestivamente, onde repete os argumentos aduzidos na peça de impugnação e diz que ainda que fosse devido não conseguiria pagar o valor considerado no julgamento recorrido.

Alega que a pena deve ser compatível com as condições econômicas do contribuinte e que a mesma visa coibir atos abusivos ou praticados de má-fé, enquanto que na infração objeto da lide, a aplicação da penalidade pela não apresentação dos documentos fiscais e contábeis era abusiva.

No mérito, alegou que o enquadramento legal feito pelo autuante estava equivocado e que este fato por si só ensejaria a anulação do Auto de Infração. Acrescenta que o § 1º do art. 937 determina que se deduza os créditos fiscais e os valores recolhidos do montante do imposto apurado, e que o autuante não procedeu desse modo não deduzindo os valores já pagos.

Assevera que a autoridade coatora deveria provar o ato tido como ilegal ou ilícito, sob pena de nulificar o Auto de Infração. Diz que considera injusta a aplicação de uma penalidade que jamais será cumprida. Afirmo que jamais se recusou a apresentar a documentação e que requeria um prazo maior para a apresentação de livros. Concluiu requerendo a insubsistência da autuação, a declaração de nulidade do Auto de Infração, e que fosse concedido novo prazo para a apresentação dos livros.

A PROFAZ no Parecer exarado à fl. 70 dos autos considerou que as nulidades argüidas pelo recorrente não mereciam ser acatadas por que entendia que o arbitramento foi aplicado adequadamente, em razão da não apresentação dos livros e documentos fiscais, impossibilitando que se realizasse qualquer outro roteiro de fiscalização. Acrescentou ainda que o pedido para apresentação dos livros não devia ser deferido por que cabia ao autuado, até mesmo em sede de recurso apresentá-los e ainda assim não foi feito. Quanto aos valores dos créditos fiscais e dos pagamentos realizados, o recorrente não fez prova de que havia qualquer irregularidade nos demonstrativos de débito. Concluiu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente afasto a nulidade argüida pelo recorrente como preliminar nas suas razões de Recurso acerca da multa, sob o argumento de que não foi levado em conta a sua condição econômica.

Ocorre que a multa aplicada tem previsão na lei vigente para a infração apurada no lançamento da presente lide, a qual teve o débito apurado mediante arbitramento da base de cálculo do imposto. Nesse caso a Lei nº 7014/96 no art. 42, inciso IV, alínea “f”, previu o percentual de 100%. A motivação para o legislador ordinário determinar qual o percentual a ser aplicado para as diversas situações de fato que se constituam em hipótese de incidência, certamente que deve ter levado em conta a maior e menor gravidade das infrações, na gradação das multas, mas não é matéria da competência desta Câmara de Julgamento Fiscal.

Relativamente ao Recurso de Ofício, em face da Decisão que desonerou o contribuinte de parte do débito imputado na peça acusatória, verifico que o relator do Acórdão recorrido pautando-se nos documentos que constavam dos autos considerou que o autuante incorreu em engano e refez os cálculos dos exercícios de 1999 e 2000, e apurou novos valores, sendo que, para o exercício de 1999 não remanesceu diferença de imposto a ser exigido, tomando por base as DMEs acostadas aos autos às fls. 20 a 22 dos autos, onde deduziu os créditos fiscais relativos às compras e a parcela do imposto já recolhido. E referente ao exercício de 2000, reduziu o valor inicialmente exigido, uma vez que o autuante tinha tomado por base para os dois exercícios, os dados constantes na DMA do exercício de 1998 conforme cópia às fls. 17 a 19 dos autos.

O procedimento do autuante de considerar os mesmos valores referentes ao exercício de 1998 está respaldado no § 6º do art. 938 do RICMS/BA que assim dispõe: “O arbitramento poderá basear-se em documentos de informações econômico-fiscais do mesmo exercício ou de exercício anterior, bem como em outros dados apurados dos quais disponha a fiscalização estadual”.

Verifica-se claramente no dispositivo referido acima que o legislador possibilitou ao agente fiscal para apurar o imposto mediante o arbitramento da base de cálculo tomar por base os elementos que a fiscalização disponha relativos ao contribuinte, posto que efetivamente não poderia a Fazenda Estadual ficar engessada diante do contribuinte que não disponibilize os documentos fiscais e contábeis para a verificação e homologação do lançamento, uma vez que o imposto estadual tem essa natureza, conforme dispõe o artigo 150 do CTN.

Deste modo, como bem assinalou o relator da Decisão recorrida, tendo em vista que o próprio autuante acostou aos autos a DME do contribuinte referente aos exercícios de 1999 e 2000, conforme fls. 20 a 22 dos autos, logo, correta as alterações feitas nos cálculos do arbitramento dos referidos exercícios.

A legislação estadual - Lei nº 7014/96 no art. 22 - com escopo na Lei Complementar nº 5172/66 (CTN), sinalizou à fiscalização que se aplicasse o arbitramento da base de cálculo do imposto, adotando a literalidade do art. 148 do referido Código que preconiza que a autoridade lançadora mediante processo regular arbitrar o valor ou preço das mercadorias, bens, serviços ou direitos e quando forem omissos ou não merecerem fé as declarações, ou os esclarecimentos ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo, que pode ser ressalvado em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicialmente.

Observe que no cálculo do imposto, foram deduzidos os créditos fiscais relativos às aquisições de mercadorias constantes na DME de fl. 20, onde o relator considerou o crédito fiscal das aquisições interestaduais com a alíquota de 12%, presumindo que todas as aquisições originaram das regiões Norte e Nordeste, beneficiando inclusive o contribuinte uma vez que também pode ter ocorrido compras nos Estados das regiões sul e sudeste, como pode se inferir, tomando por base a DMA do exercício de 1998, à fl. 15 dos autos. Na referida DMA está identificada a atividade de mercearias e armazéns varejistas.

Portanto, concluo que a Decisão recorrida deve ser mantida e por esta razão voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, verifico que o recorrente apresenta os mesmos argumentos da impugnação, e que não mereceram acolhida na Decisão “*a quo*”.

Relativo aos argumentos de que o autuante incorreu em erro no enquadramento legal, ao indicar o art. 146, § 1º do RICMS/BA, entendo que o autuante citou o mesmo porque se refere a arbitramento, na hipótese do sinistro, ou roubo ou desaparecimento dos livros, em que o contribuinte estar obrigado a comunicar o fato à autoridade fazendária e comprovar o montante das operações ou prestações para efeito da verificação do pagamento do imposto e em caso de não proceder como determina os incisos I e II do referido artigo, a consequência será a apuração do imposto, arbitrando-se o montante das operações pelo Fisco. Mas, o certo é que a indicação do dispositivo legal ainda que incorreto, não enseja a anulação do ato, pois respaldando-se no brocardo jurídico “*dá-me os fatos que eu te darei o direito*”, cabe ao órgão julgador adequar a infração descrita ao dispositivo legal. Ademais conforme dispõe o art. 19 do RPAF/99 não importa em nulidade o erro na indicação do dispositivo regulamentar, se da descrição dos fatos ficar evidente o enquadramento legal.

No caso em exame, trata-se de arbitramento em face da não apresentação dos livros e documentos fiscais pelo sujeito passivo. Fato este que não pode ser contestado diante da intimação de fl. 6, onde o contador da empresa tomou ciência do conteúdo da intimação.

Também não assiste razão quando alega que o autuante não cumpriu o que determina o art. 939, uma vez que no Termo de Fiscalização emitido por sistema eletrônico atende ao referido dispositivo, e consta do mesmo as circunstâncias que deram ensejo à lavratura do Auto de Infração, em que o imposto foi apurado pela via excepcional do arbitramento. De outro modo não poderia consignar no livro de ocorrências se não houve apresentação dos referidos livros fiscais.

Concordo com o entendimento da Ilustre representante da PROFAZ quanto ao indeferimento do pedido posterior de apresentação dos livros e documentos, uma vez que o recorrente ainda intimado após a apresentação da sua defesa, conforme fls. 37 e 38 dos autos, não atendeu ao solicitado na mesma, que se apresentados antes da informação fiscal, poderia o autuante trazer novos elementos que levariam o julgador da 1ª Instância a analisar o mérito e proferir um julgamento diverso da Decisão hostilizada.

Por fim, concluo que as razões expendidas no Recurso Voluntário não são capazes de desconstituir a infração apurada através do arbitramento, pois este está devidamente justificado, e a motivação para apurar a base de cálculo pelo método extremo do arbitramento tem previsão legal, uma vez que está patente a desídia do contribuinte ao deixar de apresentar a documentação fiscal e livros fiscais e contábeis à fiscalização, impossibilitando que o autuante utilizasse os roteiros normais de fiscalização do imposto. Assim estão presentes as condições para o arbitramento, na inteligência do inciso I, do art. 937 do RICMS/97.

De outro modo não poderia ser diverso o procedimento fiscal por que o sujeito ativo – O Estado não pode deixar de lançar o crédito tributário diante do comportamento recalcitrante daquele sujeito passivo que não disponibiliza o acervo documental concernente às suas operações mercantis ou prestações. O arbitramento neste diapasão, se revela um instrumento legal que pode ser manuseado quando a situação concreta se adequa ao tipo legal, porquanto não pode o contribuinte obstaculizar a atividade administrativa de constituir o crédito tributário.

Por todo o exposto, e com o aval da PROFAZ mantenho a Decisão recorrida e NEGO PROVIMENTO a este Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269355.0903/01-0**, lavrado contra **MARCOS ANTONIO PEREIRA LIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$287.499,25**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, previstas no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IVONE DE OLVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PROFAZ