

PROCESSO - A.I. N° 147072.0012/02-5
RECORRENTE - JOSÉ RIVAS COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0129-03/03
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 30.06.03

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0323-11/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento uma vez que não foram apresentadas as notas fiscais de entradas e de saídas e o livro Registro de Inventário, impedindo a realização de outros meios convencionais de fiscalização. Atendidos os requisitos legais. As correções nos índices de atualização monetária reduziram o débito original. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão Recorrida para corrigir os percentuais da MVA, argüidos nas razões do Recurso, diante da constatação nos estoques finais registrados no livro próprio (Registro de Inventário) da mercadoria preponderante. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Respalgado no art. 169, I “b” do RPAF/99, o sujeito passivo, tempestivamente interpôs Recurso Voluntário, através dos seus representantes legais subscritores da presente peça recursal, em face da Decisão proferida no Acórdão n° 0129-03/03 da 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado.

A exigência fiscal do lançamento impugnado decorreu da apuração de falta de recolhimento de imposto, através de arbitramento da base de cálculo, em razão da não apresentação de documentação fiscal (notas fiscais de entradas e de saídas), bem como do livro Registro de Inventário, referente aos exercícios de 1994 a 1997.

No julgamento da Decisão recorrida, procedido na 1^a Instância, a relatora observou que a autuação consistiu em aplicação do arbitramento da base de cálculo, diante da falta de apresentação do livro Registro de Inventário, em razão de extravio do mesmo referente ao Auto de Infração n° 147794.0003/99-5 e que fora anulado através do Acórdão CJF n° 0568/01 (fls. 112 e 113), pela 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, concernentes aos exercícios de 1994 e 1995, em que o Recurso Voluntário foi Provido referente ao Acórdão da 2^a JJF n° 1731/99, e relativo ao Auto de Infração n° 269.103.0008/00-2, decorrente da não apresentação do livro Registro de Inventário, que através do Acórdão JJF n° 0302/01 foi julgado Nulo, e confirmado na 1^a Câmara de julgamento Fiscal, através do Acórdão n° 0606/01, conforme documentos às fls. 225 a 245 dos autos, referentes aos exercícios de 1996 e 1997, em que ambos foram julgados nulos e recomendados expressamente no voto que se procedesse a nova ação fiscal.

Observou que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento ao que dispõe o inciso II do art. 173 do CTN.

Considerou que o contribuinte foi intimado por três vezes consecutivas a apresentar os livros fiscais e as notas fiscais de entradas e de saídas, e não atendeu às intimações, sob alegação de extravio, impedindo o desenvolvimento dos roteiros normais de fiscalização, e que o sujeito passivo deixou de entregar o livro Registro de Inventário relativo ao exercício de 1997, e praticamente todas as notas fiscais de entradas e saídas de 1994 e 1995. Acrescentou que o autuado confirmou a impossibilidade de apresentar as notas fiscais de saída de 1994, as notas de entradas de 1995 e 555 notas fiscais de entradas de 1996 e 535 notas fiscais no exercício de 1997, mas o contribuinte ainda assim, teria alegado que não se justificava o arbitramento da base de cálculo.

Ressaltou que buscando a verdade dos fatos e para esclarecer qualquer dúvida, ainda assim, converteu o processo em diligência, para que o próprio autuante intimasse o autuado a apresentar a totalidade das notas fiscais de entradas e de saídas e os livros fiscais e contábeis, tendo o autuante descrito detalhadamente o que não foi apresentado e que desta diligência o sujeito passivo tomou ciência.

Considera que restou comprovado que uma parte da documentação não apresentada à fiscalização pelo sujeito passivo, se deu em razão do extravio e que essa documentação era em tal volume que impedia a fiscalização de proceder aos roteiros normais de auditoria, e concluiu que o arbitramento se justificava com base no § 1º do art. 146 do RICMS/97, transcrevendo parte do voto da Conselheira Sandra Urânia Andrade, no Acórdão nº 0471-11/02, sob a matéria em questão.

Rejeitou a preliminar de Nulidade. Fundamentou por que adotava a MVA de 60%, utilizada pelo preposto fiscal tendo em vista que no cadastro da SEFAZ consta atualmente que o contribuinte está inscrito na atividade de comércio varejista de instrumentos musicais, contudo, de 1994 a 1997 desenvolvia a atividade de comércio varejista de artigos de joalheria e relojoaria. Acatou o argumento do autuado que contestava o índice de correção do estoque inicial, refez os cálculos e reduziu o valor do débito, julgando o Auto de Infração Procedente em Parte.

O sujeito passivo depois de cientificado da Decisão de 1ª Instância, conforme AR à fl. 431 dos autos, por não se conformar com o julgamento, interpôs Recurso Voluntário, aduzindo as seguintes razões:

- 1) que jamais teve a intenção de impedir a realização de uma fiscalização normal, e que toda a documentação sempre esteve e está disponibilizada ao Fisco;
- 2) diz que por se tratar de exercício que acreditava não precisar manter a guarda da documentação fiscal, pois entendia operada a decadência do direito de ser efetuado o lançamento, parte dos documentos fiscais foram extraviados, e assim, não pode apresentar a totalidade da documentação requerida pela fiscalização;
- 3) alega que a diligência constatou a existência de grande parte dos documentos fiscais concernentes aos exercícios fiscalizados, e questiona se o arbitramento seria um método justo diante da documentação que faltou apresentar ao Fisco;
- 4) discorre sobre o conceito de tributo inserto no art. 3º do CTN, e diz que ao teor do art. 937 do RICMS, o arbitramento é utilizado quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo, e que passa a ser excesso de exação quem desvirtua o contido no art. 148 do referido Código;

- 5) transcreve a Súmula nº 05 do CONSEF, e assevera que não existem no Auto de Infração elementos que materializem a infração cometida, e por isso considera que o mesmo se enquadra na hipótese de nulidade prevista nos incisos II e IV do art. 18 do RPAF/99.
- 6) Alega ter sido prejudicado com a aplicação da MVA de 60%, porque a maioria dos produtos que comercializa se referem a “aparelhos musicais”, e diz que a relatora desprezou o critério da preponderância para a determinação das operações, previsto no § 4º do art. 938, transcrevendo o teor do mesmo;
- 7) Argui ainda que não pode fazer prova de que os produtos comercializados, constantes do livro de Inventário demonstrariam a predominância dos mesmos, em razão de não ter o autuante devolvido a documentação que a empresa apresentou por ocasião da diligência, e que já protocolou na Inspetoria Fiscal o pedido de devolução dos documentos.

Conclui a peça recursal, requerendo a nulidade do Auto de Infração, e na hipótese de não acolhida à mesma, que seja corrigida a MVA prevista na legislação.

A PROFAZ exarou o Parecer a fls. 449 e 450 dos autos, onde considerou que o recorrente repete os mesmos argumentos aduzidos na impugnação, já enfrentados na Informação Fiscal e no Acórdão Recorrido, e que da análise das razões aduzidas na peça recursal, considerou ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão na Decisão recorrida.

Concluiu que a diligência determinada na 1ª Instância para verificar se o arbitramento era adequado para a apuração do imposto certificou que a falta das notas fiscais de entradas e de saídas e a não apresentação do livro Registro de Inventário, confirmou a impossibilidade de aplicação dos roteiros normais de fiscalização. Asseverou quanto a MVA adotada pelo autuante que a mesma está em consonância com o Regulamento vigente à época do fato gerador, e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analisando as razões expendidas na peça recursal, e cotejando as peças processuais (Impugnação, Informação Fiscal, Decisão recorrida), e demais documentos constantes deste processo, de pronto afasto a nulidade pois não se vislumbram as hipóteses dos incisos II e IV do art. 18 do RPAF/99, invocadas pelo recorrente, senão vejamos:

Verifico que em momento algum houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que apresentou impugnação, tendo o autuante prestado informação fiscal oferecendo suas contra-razões à defesa. Ademais, foi realizada Diligência solicitada pela relatora da Decisão de 1ª Instância, para que o autuante intimasse o sujeito passivo a apresentar a documentação fiscal e o resultado da diligência demonstrou que a documentação fiscal faltante, impossibilitava a realização de outros roteiros normais de auditoria, considerando justificada a apuração da base de cálculo pelo método do arbitramento. Enfim foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, corolários do Princípio do devido processo legal, insculpidos no texto constitucional (art. 5º, inciso LV).

Também não se constata a hipótese do inciso IV do art. 18 do RPAF/99, porquanto o lançamento contém todos os elementos que determinam com segurança a infração. Ademais, a adoção do método do arbitramento para apuração da base de cálculo do imposto está fundamentada e assim, não houve a prática do ato do agente do Fisco imotivada o que também se constituiria em hipótese de nulidade, o que efetivamente não ocorreu. Portanto, o arbitramento está respaldado

nas balizas legais do art. 22 § 1º, inciso I da Lei nº 7014/96, art. 937 inciso I do RICMS/97 e no CTN (Lei nº 5172/66) que prevêem essa modalidade excepcional de apuração de base de cálculo do tributo, em seu art. 148.

Quanto às razões de mérito, verifico que o recorrente insiste em afirmar que a documentação sempre esteve à disposição do Fisco e que a documentação que deixou de apresentar se deveu ao fato de acreditar que já teria operado a decadência, parte da referida documentação fora extraviado. Ocorre, que esse argumento não prospera diante do que determina o art. 173, inciso II do CTN. Logo se o Auto de Infração foi declarado Nulo, a Fazenda Pública Estadual pode constituir o crédito tributário, contado cinco anos da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Assim, a autoridade administrativa buscou no prazo decadencial refazer o procedimento fiscal.

De outro modo, não assiste razão ao recorrente quando alega que não obstante as quantidades de documentos faltantes, ainda assim, não caberia o arbitramento, e que o art. 937, bem como o art. 148 do CTN prevêem o método do arbitramento, somente quando não for possível realizar a fiscalização pelos meios normais. De fato, somente em situação excepcional, a fiscalização procede à apuração da base de cálculo, utilizando a medida extrema, prevista na legislação vigente. Ocorre que no presente caso, restou sobejamente comprovado que outro roteiro de fiscalização não podia ser aplicado, porquanto a diligência demonstrou que a documentação não apresentada à fiscalização pelo autuado era em volume tão significativo que impossibilitava e inviabilizava o roteiro de auditoria de estoques, que era o roteiro mais indicado para o caso em tela, diante das evidências de irregularidades nos estoques, que foram constatadas pelo autuante.

De igual modo, também não assiste de razão ao apelo do recorrente quando invoca a Súmula nº 5 deste CONSEF ao seu favor, pois a mesma não se aplica a este processo, visto que a fiscalização pelos roteiros normais de fiscalização ficou inviabilizada diante da não apresentação das notas fiscais de entradas e saídas, para se proceder como dito acima o levantamento quantitativo de estoques, uma vez que não seria possível aplicar os roteiros de Auditoria nas contas do Ativo (Caixa) e do Passivo (Fornecedores), por se tratar de estabelecimento filial como justificou o autuante.

Relativamente ao percentual da MVA, em consonância com outro Auto de Infração nº 147072.0011/02-9, lavrado contra esta mesma empresa, em que fui à relatora do Acórdão nº 0244-11-03, em 15/03/03, porém em outro estabelecimento filial, ali restou demonstrada que a mercadoria que prepondera são ‘instrumentos musicais’.

Assim, diante da exibição do livro Registro de Inventário, constando os estoques dos exercícios de 1994, 1995 e 1996, onde demonstra que a mercadoria preponderante se enquadra na categoria de “instrumentos musicais”, adotando o princípio da razoabilidade que tem total pertinência no caso em tela, refaço os valores para adotar a MVA de 50% para o exercício de 1995 e de 30% para os exercícios de 1996 e 1997, conforme a legislação prevista nos arts. 91, § 1º, inciso I, alínea “h” do RICMS (Decreto nº 2.460/89) para o exercício de 1995, e art. 938, inciso I, alínea “g” do RICMS (Decretos nºs 5.444/96 e 6.284/97), que determinam os referidos percentuais para “outras mercadorias”.

Esclareço ainda que não obstante, não ter apresentado o livro Registro de Inventário de 1997, adoto o referido percentual, porque entendo que se nos exercícios anteriores (1995 e 1996) preponderaram as mercadorias “instrumentos musicais”, não posso senão inferir que o autuado no referido exercício (1997) permanece na situação de que realiza operações de joalheria, relojoaria e, instrumentos musicais, sendo essa última a mercadoria preponderante.

Deste modo, procedendo à correção nos cálculos da aludida MVA nos demonstrativos de arbitramento dos exercícios autuados, remanesce um débito conforme demonstrativos a seguir:

	ESPECIFICAÇÃO	1994	1995	1996	1997
1	Estoque inicial	7.314,23	95.867,00	88.482,92	393.011,00
2	Índice de correção	9.6915	1.1749	1.0673	1.000
3=1x2	EI corrigido	70.885,86	112.634,14	94.437,82	393.011,00
4	Entradas corrigidas	261.554,28	260.368,78	699.308,25	1.211.857,89
5	EF valor histórico	95.867,00	88.482,92	393.011,00	997.104,70
6=3+4-5	C.M.V.	236.573,14	284.520,00	400.735,07	607.764,19
7=7x50/30%	BC (MVA x 60%)	354.859,71	426.780,00	520.955,59	790.093,44
8=7x17%	Imposto devido a 17%	60.326,15	72.552,60	88.562,45	134.315,88
9	Créditos corrigidos	22.585,74	22.779,81	63.265,28	104.130,28
10	Imposto recolhido corrigido	45.310,06	39.188,06	31.422,43	15.242,85
11=8-9-10	ICMS a recolher	(7.569,65)	10.584,73	(6.125,72)	14.942,75

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/12/95	09/01/96	11.080,65	17	100	10.584,73
31/12/96	09/01/97	13.881,65	17	100	-
31/12/97	09/01/98	99.391,35	17	100	14.942,75
TOTAL DO DÉBITO					25.527,48

Por todo exposto acima modifico a Decisão recorrida e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147.072.0012/02-5, lavrado contra **JOSÉ RIVAS COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.527,48**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ