

PROCESSO - A.I. Nº 279116.1081/02-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARLOS HUMBERTO BORGES DE QUEIROZ
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0040-01/02
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 08.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0510-11/03

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. EXTRAVIO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. De acordo com a Súmula nº 05 deste Colegiado não havendo a comprovação da impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento. No entanto comprovado o cometimento de infração de cunho acessório. Aplicada à determinação do art. 157 do RPAF/99. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o Auto de Infração, lavrado em 31/10/02, da exigência de ICMS no valor de R\$44.434,02 acrescido das multas de 100% e de 60%, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da não apresentação ao fisco de documentação fisco-contábil (exercícios de 1999, 2000 e 2001). Foi detectado o extravio das Notas Fiscais, série D-1, nºs 800 a 850 (julho de 1999), 101 a 149, 351 a 400 (maio, agosto a setembro de 2000), 1.001 a 1.100, 1.201 a 1.250, 1.601 a 1.650, 2051 a 2.100 (março, abril, junho e outubro de 2001) - R\$42.376,15;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (pisos) provenientes de outras unidades da Federação (outubro de 1999) - R\$2.057,87.

O autuado, por advogado legalmente constituído, apresentou defesa tempestivamente (fls. 142 a 162), inconformado com a exigência fiscal. Entendeu que todo o equívoco da autuação se deu em razão da interpretação extensiva do autuante ao dispositivo estatuído no art. 5º, II da Lei do SimBahia, que prevê a exclusão do seu benefício às operações sujeita a antecipação ou substituição tributária. Para embasar seu raciocínio, disse que pelo princípio da estrita legalidade tributária, exigir ICMS pela receita bruta e, ao mesmo, tempo exigi-lo pelo regime da substituição tributária em decorrência das vendas de mercadorias que compõem exatamente a mesma receita bruta tributada é dar interpretação diversa ao que determina a lei, caracterizando bitributação e confisco ao patrimônio do contribuinte.

Num segundo momento apresentou questões jurídicas para impugnar o lançamento (princípios da legalidade, igualdade, não bitributação, vedação ao confisco e da moralidade), por entender que, na peça acusatória, o suporte para o arbitramento foi o art. 937, e incisos, do RICMS

aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Transcrevendo o referido artigo e o comentando, observou que foram apresentados todos os documentos solicitados pela fiscalização, objetivando se proceder a uma auditoria regular, não sendo justificativo o extravio, apenas, de um talonário de notas fiscais, uma vez que todos os outros com a defesa estavam sendo apresentados. Corroborando sua defesa quanto à matéria em lide, trouxe aos autos diversas decisões deste Colegiado, solicitando a nulidade do lançamento fiscal.

No mérito, comentando os art. 7º, I, "f", 15 e 17, da Lei nº 7.357/98, ressaltou que, e em referência ao exercício de 2001, não feriu qualquer inciso do art. 15, já que enquadrado no SimBahia (art. 7º, I, "f") e, mesmo que não tenha apresentado o talonário extraviado (Notas Fiscais de nºs 1.201 a 1.250) no valor de R\$7.500,00, os valores médios extraídos dos outros talonários daquele exercício apresentam uma receita que não ultrapassa seu enquadramento (R\$240.000,00), posto que consta na DME o montante de R\$229.000,00 que agregado a quantia de R\$7.500,00 atinge o montante de R\$236.500,00.

No mais e em relação aos exercícios de 1999 e 2000, os talonários estavam sendo apresentados e que comprovavam que sua receita não ultrapassava o limite do seu enquadramento.

Por fim, dissertando sobre o ato vinculado da atividade do agente administrativo solicitou a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 388 a 389) o autuante, tendo em vista a apresentação dos talonários de notas fiscais relativos aos exercícios de 1999 e 2000, concordou com o impugnante de que os débitos, a eles referentes, deveriam ser excluídos do levantamento fiscal. Quanto ao exercício de 2001, manteve seu posicionamento, não somente pelo extravio do talonário de Notas Fiscais nºs 1.201 a 1.250, série D-1, mas, também, pela não comprovação da emissão de notas fiscais relativas as "notas de entrega" (saídas de mercadorias) emitidas naquele ano, conforme prova os documentos anexados ao PAF (fls. 99 a 132).

Manteve a acusação relativa à infração 2, pois não contestada.

RECURSO DE OFÍCIO

O relator da 1ª JF esclarece, em seu voto, que o autuado está enquadrado no regime do SimBahia, na condição de microempresa, por possuir receita bruta ajustada anual de R\$240.000,00 (art. 386-A, VIII do RICMS/97). Nesta condição, a sua obrigação, entre outras, é de manter, em ordem cronológica e por cinco anos, as notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias, escriturar o livro Registro de Inventário e o livro Caixa, em substituição à apresentação da escrita mercantil, com o registro da movimentação financeira, inclusive bancária, vez que sua receita bruta anual é superior a R\$30.000,00 (art. 408-C do RICMS/97). Além do mais, obrigado a apresentar, anualmente, a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), na forma e prazos previstos regimentalmente.

Continuando a observar as determinações da legislação tributária, é correta a assertiva que o arbitramento da base de cálculo só deve ser aplicado se a autoridade competente não dispõe de outro meio de aferir a regularidade das operações. Esta é a conclusão que se infere da regra inserta no art. 148 do CTN. E a Lei estadual nº 7.014/96 no seu art. 22, estabelece as hipóteses em que o preposto fiscal deve adotar o referido procedimento para constituir o crédito tributário. Tais determinações estão contidas nos arts. 937 a 939 e, no caso específico, no art. 408-R, que transcrevo:

Art. 408-R. Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recusar a fornecê-los ao fisco,

poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento.

Analizando, agora, os motivos que determinaram o arbitramento da base de cálculo para apuração do imposto cobrado, quais sejam, a falta de entrega do talonário das Notas Fiscais nºs 2051 a 2.100 e a emissão de documentos extra-fiscais, conforme provas apensadas aos autos, e diante das regras da legislação, não encontro respaldo para aplicação do arbitramento. O contribuinte está enquadrado no regime do SimBahia e embora tenha apresentado essas irregularidades, não deixou de fornecer ao fisco os documentos solicitados, ou seja, notas fiscais de entrada, livro Registro de Inventário, notas fiscais de saídas, a exceção do talonário citado e as DME. Ressalto, ainda, que todas as notas fiscais extraviadas são da série D-1, ou seja, não permitem o direito a qualquer crédito fiscal, além do mais, pela sua atividade comercial (material de construção em geral) uma parte significativa do seu faturamento diz respeito às mercadorias enquadradas na substituição tributária com o imposto pago pelas aquisições sendo que, quando das vendas, a fase de tributação encontra-se encerrada. Diante da situação, entendo que outros exames fiscais poderiam ser realizados, estando descaracterizada a cobrança do imposto por arbitramento da base de cálculo no exercício de 2001. Quanto aos exercícios de 1999 e 2000, após a apresentação dos talonários dos documentos fiscais, o próprio autuante desconstituiu a auditoria fiscal realizada, posição está que entendo correta.

Entretanto, ficou provado o extravio de um talonário de notas fiscais de saídas. A emissão de notas fiscais é importante para o controle por parte da Fazenda Pública, vez que, como a condição de enquadramento do contribuinte se dá pela sua receita bruta anual, ou seja, o valor o imposto mensal a ser recolhido dela depende, sua falta poderá implicar em distorções. Assim, diante da determinação expressa no art. 157 do RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99, ou seja, *verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente*, e aplico a multa no valor de R\$200,00 pelo extravio de 50 notas fiscais, conforme art. 42, XIX, b) da Lei nº 7.014/96.

No mais, o autuado reconheceu que não recolheu o imposto por antecipação tributária relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, pois não a contestou. Estando provado o cometimento da infração, subsiste a cobrança do ICMS no valor de R\$2.057,87, referente à infração 2 apontada no Auto de Infração.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$2.057,87 mais a multa de R\$200,00.

O autuado, regularmente intimado para tomar ciência da Decisão da 1ª JF, não se manifesta.

VOTO

Não merece reparo a Decisão da 1ª JF. Está perfeitamente fundamentado o descabimento da adoção do arbitramento, como posto no item 1 da autuação. O próprio autuante exclui parte do lançamento tendo em vista documentos de prova apresentados pelo autuado. Entretanto, ficou provado o extravio de um talonário de notas fiscais de saídas. Assim, diante da determinação expressa no art. 157 do RPAF/99, deve ser aplicada a multa no valor de R\$200,00 pelo extravio de 50 notas fiscais, conforme art. 42, XIX, b, da Lei nº 7.014/96.

O item 2 não foi contestado pelo autuado.

Desta forma, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1081/02-8**, lavrado contra **CARLOS HUMBERTO BORGES DE QUEIROZ**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.057,87**, sendo R\$1.378,49, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$679,38, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42,II, “d” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa de **R\$200,00**, prevista no art. 42, XIX, b, do referido Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

MARIA DULCE HANSELNAN RODRIGUES COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS