

A. I. Nº - 279116.1081/02-8
AUTUADO - CARLOS HUMBERTO BORGES DE QUEIROZ
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 25.02.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-01/02

EMENTA: ICMS. 1. 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, inexistiu 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 a determinação do art. 157 do RPAF/99. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** 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, nº 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 Dec. 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 nº 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 nº 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 02, pois não contestada.

VOTO

Do que consta nos autos, a base de cálculo relativa à infração 01 foi apurada por meio de arbitramento em face de impossibilidade, como exposto pelo autuante, da comprovação do montante do imposto devido, vez que não foram apresentados os talonários das notas fiscais, série D-1, nº 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).

Na sua impugnação ao lançamento, o autuado diz que o levantamento fiscal era Nulo, uma vez que não sonheou informações ao fisco, apenas houve o extravio do talonário das notas fiscais nº 2051 a 2.100, que as mercadorias estão enquadradas na substituição tributária e que, estando enquadrado no regime do SIMBAHIA, já havia satisfeito sua obrigação tributária.

O autuante concordou com o impugnante em relação aos exercícios de 1999 e 2000, tendo em vista a apresentação, quando da defesa, dos talonários daqueles exercícios, porém manteve a autuação quanto ao ano de 2001, já que, além do extravio do talonário acima citado, houve a emissão de documentos extrafiscais, conforme provas apensadas aos autos.

Para o deslinde da matéria em discussão, ressalto 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 entrada 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 nº 2051 a 2.100 e a emissão de documentos extrafiscais, 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 (ex: cimento, tintas, pisos, blocos, telhas, tijolos, etc) 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 - Dec. 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 02 apontada no Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$2.057,87 mais a multa de R\$200,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1081/02-8**, lavrado contra **CARLOS HUMBERTO BORGES DE QUEIROZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.057,87**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "d", da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais a multa de **R\$200,00**, prevista no art. 42, XIX, b) do referido Diploma Legal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2003.

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR