

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0030/03-9
RECORRENTE - SER & VIVER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 3ª JJF nº 0480-03/03
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 13.04.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-12/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA E SAÍDA SOB A ALEGAÇÃO DE SINISTRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Confirmada a não apresentação dos documentos fiscais em razão de incêndio. Os pré-requisitos para o arbitramento estão caracterizados. Um dos motivos para o arbitramento é precisamente a ausência de livros e documentos fiscais, não importando a causa. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Restou comprovada a falta de apresentação da DME, por se tratar de empresa enquadrada no SIMBAHIA. Retificação da penalidade aplicada. RECURSO NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 22.08.03, para exigir ICMS no valor de R\$2.618,09, acrescido de multa de 100%, além da multa de R\$460,00, em decorrência de:

- 1 - Falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao Fisco, da documentação fiscal e contábil, nos exercícios de 1998 e 2001. Consta, ainda, na descrição dos fatos que a apuração foi feita com base nas informações econômico-fiscais (DMAs e DMEs) porque o contribuinte deixou de apresentar os livros e documentos fiscais para processamento de pedido de baixa, sob a alegação de extravio, e que ficou impossível proceder aos roteiros normais de fiscalização – R\$2.618,09.
- 2 - Falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) correspondente ao exercício de 2002 – multa de R\$460,00.

O autuado apresentou defesa (fls. 31 a 33) reconhecendo que, em razão de um incêndio, toda a sua escrituração fiscal e contábil foi destruída, sendo impossível a sua entrega ao Fisco. Entretanto, alega que, como se tratou de caso fortuito e de força maior, não pode ser responsabilizado pelas perdas e danos daí decorrentes, consoante o que dispõe o Código Civil.

Acrescenta que o arbitramento (infração 1) foi realizado sem levar em conta a sua condição de empresa de pequeno porte, onerando-o de “maneira absurda”.

Relativamente à infração 2, aduz que “também é uma consequência do sinistro, tendo em vista que os subsídios para formalização do demonstrativo foram destruídos pelo incêndio”.

Finalmente, requer a anulação do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 36 e 37), refuta os argumentos defensivos alegando que:

1. é curioso que tenham desaparecido todos os livros fiscais e contábeis, talonários de notas fiscais e todos os documentos fiscais e contábeis dos quatro estabelecimentos do contribuinte, como comunicado à repartição fazendária e publicado no Jornal A Tarde de 29/01/03 (fls. 14 e 16), não restando nenhum vestígio da existência da empresa que funcionou nos últimos cinco anos;
2. se não fossem as informações fiscais entregues à SEFAZ poder-se-ia afirmar que tal empresa jamais funcionou;
3. como relatado minuciosamente na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, o arbitramento foi aplicado com fundamento no § 1º do artigo 146 do RICMS/97 e os valores foram obtidos com base nas informações econômico-fiscais, procedimento respaldado no artigo 938, § 6º, do RICMS/97.

Quanto ao mérito do arbitramento, afirma que o autuado nada alegou, prendendo-se apenas à questão da forma e do direito, não apresentando “nenhum documento ou demonstrativo de qualquer argumento ou fato modificativo ou extintivo de débito exigido”, “o que reforça ainda mais a procedência do levantamento fiscal que culminou com o lançamento tributário do débito constante do Auto de Infração em foco, corroborado com documentos (...) que demonstram fartamente a inequívoca existência da exigência fiscal”.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seu voto.

“Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade, suscitada pelo autuado, pelas razões a seguir expendidas:

1. o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao Fisco, da documentação fiscal e contábil, nos exercícios de 1998 e 2001, sob a alegação de sinistro;
2. o próprio contribuinte, em sua peça defensiva, reconheceu a impossibilidade de apresentação da documentação exigida pelo Fisco, em razão de um incêndio, ocorrido em 20/04/02, conforme a Certidão de Ocorrência expedida pelo Corpo de Bombeiros e a publicação no Jornal A Tarde (fls. 15 e 16);
3. embora o incêndio tenha sido registrado em 20/04/02, o contribuinte somente comunicou o fato à repartição fazendária em 29/01/03, por ocasião do pedido de baixa de sua inscrição estadual.”

Entende, pelo exposto, que restou indubitavelmente comprovado que houve a destruição de todos os livros e documentos fiscais e contábeis do sujeito passivo e, dessa forma, considero que não restava à fiscalização outra alternativa, a não ser proceder ao arbitramento da base de cálculo do imposto, nos exercícios mencionados, em atendimento ao disposto no § 1º do artigo 146, do RICMS/97.

Observa que o citado dispositivo não exige a constatação de sonegação do ICMS para que possa ser aplicado o arbitramento, bastando a impossibilidade de comprovação do montante das operações escrituradas nos livros fiscais, ou sua comprovação insuficiente, para que este método possa ser aplicado. Por se tratar de uma regra especial, é obrigatória a sua aplicação e não o artigo 937, do RICMS/97 que é genérico, não obstante estar prevista, neste último, a hipótese de arbitramento da base de cálculo do imposto por falta de apresentação de livros e documentos

fiscais, embora dentro da limitação disposta no seu *caput* - prática de sonegação e impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo.

No mérito, relativamente à infração 1, diz que ficou constatado que o presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de arbitramento da base de cálculo do imposto, pelo fato de terem sido destruídos por um incêndio todos os livros e documentos fiscais do autuado, sendo impossível, ao preposto fiscal, proceder aos roteiros normais de fiscalização, tais como auditoria de estoque, auditoria de crédito fiscal e mesmo auditoria de caixa e passivo, pois os livros e documentos contábeis também foram sinistrados.

Considerando que o contribuinte deixou de apresentar à fiscalização a totalidade dos documentos fiscais de entradas e saídas e todos os livros fiscais, bem como os livros e documentos contábeis, em razão do sinistro relatado, entende que ficou demonstrada pelo autuante a impossibilidade de levar a efeito um exame na escrituração da empresa, através dos roteiros normais de fiscalização, relativamente aos exercícios de 1998 e 2001, tendo sido aplicado, de forma correta, o arbitramento da base de cálculo do imposto.”

Transcreve voto da Sra. Conselheira SANDRA URÂNIA DA SILVA ANDRADE no Acórdão CJF nº 0471-11/02, que diz espelhar o entendimento do CONSEF sobre a matéria em exame.

Acrescenta que: (I) - em decorrência dos fatos expostos no lançamento, o autuante adotou, para efetuar o arbitramento da base de cálculo do imposto, o método previsto no artigo 938, inciso I, do RICMS/97, com base nos elementos extraídos das DMAs e DMEs apresentadas, pelo próprio contribuinte à repartição fazendária, conforme determinado no § 6º do mencionado artigo 938, do RICMS/97, ressaltando que a alíquota de ICMS, em caso de arbitramento da base de cálculo do imposto deve ser de 17%, mesmo em se tratando de empresa de pequeno porte (SIMBAHIA), exceto em relação àquelas mercadorias com alíquota reduzida prevista na legislação. (II) o autuante considerou os créditos fiscais a que fazia jus o contribuinte no cálculo do imposto apurado mediante arbitramento.

Considera, por tudo quanto foi exposto, correto o débito exigido na infração.

Quanto à infração 2, afirma que também foi reconhecida pelo autuado, que se limitou a dizer que foi impossível a entrega do documento de informações econômico-fiscais referente ao exercício de 2002, uma vez que os documentos foram destruídos. Ocorre que a irregularidade apontada foi a falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96 e o contribuinte estava obrigado à entrega da DME (Declaração de Movimento Econômico) por estar enquadrado no SIMBAHIA. Dessa forma, deve ser aplicada a multa de R\$230,00, ao invés de R\$460,00, conforme previsto no artigo 42, inciso XVII, da citada Lei nº 7.014/96, “pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, de informações econômico-fiscais exigidas através de formulário próprio, exceto as indicadas no inciso XV, letra h, deste artigo”. Vota pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reafirma que o núcleo da divergência encontra-se na discussão em considerar ou não a argumentação de que seria impossível a apresentação dos documentos tendo em vista o sinistro. Reitera que no exercício de 2001 encontrava-se no regime do SIMBAHIA e esse fato não foi considerado no julgamento, já que o autuante promoveu o arbitramento, considerando o regime do autuado como normal.

A Douta Procuradoria Fiscal opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o procedimento de exceção do arbitramento foi aplicado com base legal e que, em ocorrendo o incêndio e conseqüente destruição dos livros e documentos que deveriam ser apresentados à SEFAZ, cabe à empresa comunicar o fato em 8 dias e comprovar as operações do período (art. 146

do RICMS). Quanto à alegação de ser inscrita no SIMBAHIA, mais uma vez a Decisão é irretocável, pois a Lei nº 7357/98 prevê expressamente a aplicação de alíquotas e critérios aplicáveis às operações normais no caso de arbitramento.

VOTO

Como reafirmado pelo recorrente em seu Recurso Voluntário, o núcleo da divergência encontra-se na discussão quanto à impossibilidade de apresentação dos documentos, tendo em vista o sinistro. De acordo com a disposição legal, caberia ao autuado comunicar à SEFAZ, em 8 dias, a ocorrência do incêndio e comprovar as operações do período. Não tendo sido adotado tal procedimento, foi aplicado corretamente o arbitramento, com base nos elementos extraídos das DMAS e DMES apresentadas pelo próprio contribuinte. Com referência à alegação de ser a empresa inscrita no SIMBAHIA, a Decisão está correta, de acordo com a Lei nº 7357/98. Quanto à infração 2, reconhecida pelo recorrente, a JJF corrigiu a multa aplicada, reduzida para R\$230,00, conforme previsto no art. 42, XVII, “h”, da Lei nº 7.014/96. Em face do exposto, conheço do Recurso Voluntário, para NEGAR-LHE PROVIMENTO e manter a Decisão recorrida, pela Procedência Parcial da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida, que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206935.0030/03-9, lavrado contra **SER & VIVER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.618,09**, sendo R\$488,49 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$2.129,60, acrescido de idêntica multa, prevista no inciso IV, “i” da citada Lei e artigo e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$230,00**, prevista no artigo 42, XV, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

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