

PROCESSO	- 087461.0005/02-7
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MERCADINHO PREÇO BELO LTDA.
RECORRIDOS	- MERCADINHO PREÇO BELO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0255 – 03/03
ORIGEM	- INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET	- 15.04.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-11/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBIL. Decisão Modificada. Justificada a adoção do arbitramento. Preliminares de nulidade não acatadas. Efetuada a adequação às normas do art. 408-R, do RICMS-BA. e § 1º, art. 19, da Lei nº 7.357/98, com a nova redação dada pela Lei nº 8.534/02. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, fl. 1196, apresentado de acordo com o disposto no § 2º do art. 169 do RPAF/99, com fundamento na Decisão prolatada na 3ª JJF, Acórdão JJF nº 0255-03/03, acerca da irregularidade apurada no exercício de 1999, em face do comprovado desacordo com as provas trazidas aos autos, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, com base na Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima referendado, onde requer seja o mesmo declarado integralmente Nulo.

O Auto de Infração lavrado em 09/09/2002, exige ICMS no valor de R\$ 93.443,07 em decorrência da falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação de livros e documentos fiscais e contábil, referentes aos exercícios de 1999 a 2001.

Observa-se que na Decisão recorrida foi afastada a nulidade argüida pelo sujeito passivo e, no exame do mérito, a infração apurada através do arbitramento da base de cálculo, envolvendo os exercícios de 1999 a 2001, foi considerada parcialmente procedente.

Em decorrência, a relatora proferiu o seguinte voto que passo a expor:

“Inicialmente observo que o Auto de Infração em lide está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18 do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada e a alegação de cerceamento de defesa, do contribuinte, foi vencida após a entrega dos documentos fiscais capturados pelo CFAMT e a consequente reabertura do prazo de defesa, no qual o contribuinte pôde manifestar-se.

No mérito, da análise acerca dos elementos constitutivos do PAF, chego às seguintes conclusões:

- 1. No caso em exame, o arbitramento foi aplicado em virtude da falta de apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa, bem como de todas as notas fiscais de saídas dos exercícios de 1999 a 2001;*
- 2. Na ação fiscal foi detectada que grande quantidade de notas fiscais, capturadas através do sistema CFAMT, não foram lançadas nas DMEs, implicando em omissão de entradas de mercadorias. Este fato foi corrigido pelo autuante, ao agregar aos valores constantes nas DMEs, as notas fiscais capturadas pela Secretaria da Fazenda e destinadas ao contribuinte;*

3. O autuante também constatou que houve prejuízo na Conta Mercadorias, em todo o período fiscalizado, conforme a planilha de fl.25 do PAF, o que é indício de possível sonegação de ICMS;
4. Não tem pertinência o argumento da defesa quando diz que, o autuante fundamentou o arbitramento da base de cálculo apenas no fato do contribuinte ter tido prejuízo na Conta de Mercadorias, mas também na falta de apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa, aliado à não entrega à fiscalização, de todas as notas fiscais de saídas dos exercícios de 1999 a 2001, e da constatação da falta de lançamento das notas fiscais de aquisições de mercadorias nas DMEs;
5. O autuante ressalta na última manifestação que, em que pese a obrigatoriedade da apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa somente vigorar a partir de 01/01/2000, a obrigatoriedade quanto às notas fiscais de entradas e saídas vigora para todos os exercícios. Também que há previsão de arbitramento também para o exercício de 1999, baseado no lançamento ou registro fictício ou inexato na DME dos valores de entradas e saídas;
6. Vale registrar que o autuado apresentou DMEs retificadoras, via Internet em 16/10/2002, enquanto corria o prazo de defesa, de acordo com os dados do Caixa recém apresentados;
7. O próprio contribuinte confirmou o acerto dos números apresentados no arbitramento realizado, quando apresentou as DMEs retificadoras, em data posterior à lavratura deste Auto de Infração, sendo que as receitas de vendas declaradas no livro Caixa são superiores aos valores encontrados no arbitramento;
8. As intimações para a entrega dos documentos, acima referidos, foram juntadas às fls. 37, 38 e 39, sendo o contribuinte cientificado em 28/08/2002 (2^a intimação), em 03/09/2002 (3^a Intimação) e a primeira intimação foi enviada por fax, conforme documento de fl. 39;
9. É impossível a comprovação da regularidade das escritas fiscal ou contábil, sem a apresentação das notas fiscais de saídas;
10. Neste sentido o art. 937, I do RICMS/97 preconiza que a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove a falta de apresentação, ao fisco, dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;
11. O contribuinte em sua defesa cita o art 91, referente ao arbitramento da base de cálculo, como vigente ao tempo da ocorrência dos fatos geradores deste Auto de Infração, laborando em equívoco, pois este dispositivo legal ao tratar do arbitramento da base de cálculo estava previsto no Regulamento do ICMS de 1989, que não se aplica à acusação em lide.

O diploma regulamentar de 1996, e o sucedâneo que se encontra vigente, ao tratarem do arbitramento, estabeleceu nos incisos I a IX, do art. 937, as situações que em ocorrendo, dão ensejo ao método de apuração do imposto pelo arbitramento da base de cálculo.

Da sua leitura cabe a interpretação de que não deve, necessariamente, ocorrer simultaneamente as duas circunstâncias, sonegação do imposto e a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo, para que se possa proceder ao arbitramento da base de cálculo, uma vez que a empresa ao não apresentar os livros e documentos fiscais alegando extravio, ou comprovando que os mesmos foram sinistrados, pode ter o imposto apurado pela via do arbitramento, sem que necessariamente fique comprovado a prática de sonegação.

12. Ademais, sendo o contribuinte uma microempresa, há disposições expressas nos artigos 408-R e 408-S, do RICMS/97, que nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento, e que quando se constatar a situação prevista no art. 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que lhe deram causa;
13. O autuante adotou o método previsto no art. 938, I, do RICMS vigente, aplicando a MVA de 20%, relativa à alimentos, espécie preponderante em suas operações de circulação de mercadorias;
14. Não obstante estes fatos, por tratar-se de empresa enquadrada no SIMBAHIA, o Regulamento do ICMS somente incluiu o arbitramento no rol das infrações de natureza grave, a partir da Alteração nº 15, Decreto nº 7.729/99, com efeitos a partir de 01/01/2000, acrescentado o inciso V, ao artigo 408-L, do RICMS/97. Por essa razão, somente foi possível a realização de arbitramento de empresas enquadradas no SIMBAHIA, a partir de 2000, razão porque julgo NULO o arbitramento em relação ao exercício de 1999;
15. Quanto aos exercícios de 2000 e 2001, está justificado a aplicação do arbitramento. Entretanto, em relação ao imposto reclamado pelo autuante, saliento que com a edição da Lei nº 8.534/02, foi incluído o § 1º, ao art. 19, da Lei nº 7357/98, que prevê a hipótese de utilização, como crédito fiscal para o cálculo do imposto a recolher, de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais. Deste modo, o valor a ser exigido, tomando por base os demonstrativos de fls. 33 a 34 dos autos, é o seguinte:

Ano	Omissão	Alíquota	Débito	Crédito	Valor do Crédito	Imposto Recolhido	Imposto Devido
2000	440.098,14	17%	74.816,68	8%	35.207,85	600,00	39.008,83
2001	432.383,03	17%	73.505,12	8%	34.590,64	731,30	38.183,18
<i>Total</i>							77.192,01

16. Ressalte-se, por fim, que encontram-se acostados ao PAF os documentos em que se fundamentou o autuante para realizar o arbitramento: o demonstrativo de apuração, as DMEs, as notas fiscais detectadas pelo CFAMT, e os demonstrativos de entradas de mercadorias, fls. 11 a 31.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Inconformado com o julgamento, o autuado, às fls. 1202 a 1207 e anexos, interpôs Recurso Voluntário, onde se revela surpreendido com o resultado da fiscalização realizada que concluiu com a lavratura do Auto de Infração já mencionado, mediante arbitramento da base de cálculo dos exercícios de 1999 a 2001, pela falta de entrega de parte de sua documentação fiscal, em especial, o Inventário, Caixa e notas fiscais de saída de mercadoria, que durante o período da ação fiscal não haviam sido localizados de imediato.

Revela que reconhecendo a gravidade da situação e ciente de sua responsabilidade no cumprimento de suas obrigações perante o fisco, o autuado continuou a busca dos documentos extraviados, tendo sido localizados, os quais pode apresentar parte ao fisco durante a fase defensória, procedendo de imediato a juntada do Livro Caixa (vide fl. 3 da Resolução 022-03/03) e pedindo que lhe fosse deferido o direito de apresentar ainda na 1ª Instância o resto da documentação (Livro de Registro de Inventário e notas fiscais), em razão do grande volume que representavam.

Ocorre que, para sua infeliz surpresa, o ilustre Senhor Relator da 3^a JJF, desprezando o requerido, bem como a juntada da documentação, não considerou que a fase defensiva se prestasse também para que pudessem ser apresentados elementos que melhor se permitissem novos esclarecimentos dos fatos, em atenção ao princípio da verdade real, preferindo manter o arbitramento da base de cálculo nos exercícios de 2000 e 2001, ainda que não existissem mais condições autorizativas para o mesmo.

Alega ainda que corroborando com este entendimento da defesa, o próprio CONSEF já se manifestou a respeito, entendendo que a exibição posterior dos livros e documentos fiscais, descaracteriza a necessidade do arbitramento e cita o Acórdão CJF 0063-12/02.

Argumenta ainda que, com efeito, podemos entender que a primeira fase defensória não apenas se presta para apreciação de considerações preliminares quanto a forma do encaminhamento, ou mesmo questões de direito, e sim, a apresentação de quaisquer elementos probatórios que possam permitir o esclarecimento ou mesmo a dirimição de fatos que impliquem na presunção de fatos, em contrário à verdade real.

Revela que, ademais, e isto é bom esclarecer que o autuado por ser enquadrado como SimBahia, sempre esteve dispensado de manter escrituração fiscal e, apenas por um lapso, negligenciou na guarda de seus livros e documentos fiscais, já os tendo localizado de forma tempestiva, podendo apresentar elementos suficientes que permitam que o nobre representante do Fisco pudesse a vir apurar a verdadeira base de cálculo de suas operações.

Assevera, ainda, como se pode verificar, no caso em questão inexistiu a necessidade de arbitramento da base de cálculo, haja vista se tratar de um contribuinte tradicional que jamais deixou de cumprir suas tarefas e diz ser óbvio que após a juntada do livro Caixa, do livro Registro de Inventário e das notas fiscais de saídas, os motivos para o arbitramento não persistiram, e, como bem expressa a Ilustre relatora, Dra. Teresa Cristina Dias de Carvalho, o arbitramento foi aplicado unicamente em virtude da falta de apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa, bem como de todas as notas fiscais de saídas, documentos apresentados durante o processo defensivo.

Finaliza suas justificativas, suplicando que o Auto de Infração em lide seja declarado **INTEGRALMENTE NULO**, e não apenas em relação ao exercício de 1999, por estar alicerçado em desacordo aos pressupostos básicos do arbitramento.

Vale ressaltar que o PAF foi baixado em diligência, realizada pela ASTEC/CONSEF, a pedido da representante da PGE/PROFIS, abordando os aspectos que deram origem ao lançamento, onde conclui pela impossibilidade da elaboração de outro procedimento de auditoria, a não ser pelo arbitramento da base de cálculo do imposto, não apenas no momento em que foi realizada a fiscalização, como também após os elementos e dados juntados aos autos posteriormente ao julgamento em primeira Instância.

Cientificado o autuado acerca da diligência, voltou a se manifestar, repetindo todas as arguições já referendadas nas peças recursais anteriores, motivo pelo qual deixo de reproduzi-las.

Em decorrência, a representante da PGE/PROFIS voltou a manifestar-se e, após um breve resumo acerca das peças que compõem os autos e a respectiva diligência, ressalta que o Parecer da ASTEC esclarece, em síntese, que os documentos anexados após a autuação são notas fiscais que se referem a parte do exercício de 2001, e que são, em muitos casos, indeterminadas e imprecisas. Com isso, a ASTEC conclui que os documentos trazidos não afastam o arbitramento.

Aduz ainda que o autuado foi intimado a se manifestou alegando, em síntese que a ASTEC não observou os novos documentos anexados e se reportou a um exercício anulado pela JJF e não se pronunciou diante da nova realidade, após os livros e notas fiscais trazidos e conclui que, da análise dos autos, verifica que o auditor da ASTEC se pronunciou de forma clara e objetiva, apreciando os documentos trazidos pelo autuado, após julgamento da JJF e, de fato, se reporta a exercício que foi anulado e, portanto não está sob julgamento voluntário, mas, ao seu ver, isso não macula a conclusão técnica extraída do seu relato e opina com isso, baseado no parecer técnico da ASTEC, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Primeiramente, cumpre examinar o Recurso de Ofício proposto pelo presidente do CONSEF, conforme dispõe o § 2º do art. 169 do RPAF/99, à fl. 1196 dos autos.

Constata-se que o julgamento exarado pela 3ª JJF, com referência ao lançamento do débito vinculado ao exercício de 1999, objeto do recurso interposto, foi focado equivocadamente acerca da legislação vigente, quando assim se pronuncia:

“14. Não obstante estes fatos, por tratar-se de empresa enquadrada no SIMBAHIA, o Regulamento do ICMS somente inclui o arbitramento no rol das infrações de natureza grave, a partir da Alteração nº 15, Decreto nº 7.729/99, com efeitos a partir de 01/01/2000, acrescentado o inciso V, ao artigo 408-L, do RICMS/97. Por essa razão, somente foi possível a realização de arbitramento de empresas enquadradas no SIMBAHIA, a partir de 2000, razão porque julgo NULO o arbitramento em relação ao exercício de 1999;”

Ocorre que o dispositivo legal que vincula a irregularidade, diz respeito ao art. 408-R do RICMS/BA, que foi acrescentado pela Alteração nº 9, Decreto nº 7.466, de 17.11.1998, publicado no DOE de 18.11.1998, muito antes da ocorrência do fato gerador, cuja redação em vigor é a seguinte:

“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-lo ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento”.

Sem dúvida, está caracterizada a irregularidade, o que legitima a aplicação do arbitramento, a exemplo do fundamentado nos exercícios de 2000 e 2001, o que confirma a justificada procedência da infração e o restabelecimento do débito lançado no valor de R\$ 8.148,48, tendo em vista que o valor devido, com base no cálculo correto do arbitramento, é superior ao efetivamente lançado, conforme abaixo demonstrado:

Base de cálculo.... R\$ 123.162,97 x 17% = R\$ 20.937,70
(-) Crédito presumido de 8% sobre a base de cálculo.....	= R\$...9.853,04
(-) Pagamentos efetuados.....	= R\$.... 500,00
(=)Imposto devido.....R\$ 10.584,66
Imposto lançado.....R\$ 8.148,48.

Quanto ao Recurso Voluntário, após a análise das provas materiais constantes dos autos e os argumentos aduzidos pelo recorrente, não merece qualquer reparo na Decisão recorrida, pois encontra-se plenamente baseada nas irregularidades materialmente acostadas aos autos e correspondentes legislações pertinentes.

O procedimento fiscal aplicado tem origem no tipo da infração e uma vez caracterizada, independe da natureza em que se encontra o praticante, conforme bem define a legislação. Aliás, está bem evidente nas manifestações do autuado, quando revela claramente que durante o

período da ação fiscal não havia sido localizada a documentação solicitada e reconhecendo a gravidade da situação e ciente de sua responsabilidade no cumprimento de suas obrigações perante o fisco, continuou a busca dos documentos extraviados, os quais pode apresentar posteriormente em parte, além revelar seu reconhecimento em não ter comunicado a sua mudança de faixa de enquadramento, conforme seu faturamento acima do limite em cada período (exercícios de 2000 e 2001).

No Parecer da PGE/PROFIS, a procuradora que opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reporta-se ao que confirma o Parecer da ASTEC/CONSEF, onde evidencia: “Em parecer técnico, a ASTEC esclarece, em síntese, que os documentos anexados após a autuação são notas fiscais que se referem a parte do exercício de 2001, e que são, em muitos casos, indeterminadas e imprecisas.”.

Portanto, em face das evidências que deram causa ao correto procedimento fiscal, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, restabelecendo a exigência correspondente à infração vinculada ao exercício de 1999.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087461.0005/02-7**, lavrado contra **MERCADINHO PREÇO BELO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 85.340,49**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, sendo R\$ 8.148,48, atualizado monetariamente, com os respectivos acréscimos moratórios e R\$ 77.192,01, com os demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

ISRAEL JOSÉ DOS SANTOS - RELATOR

MARIA JOSÉ COELHO LINS RAMOS DE A. SENTO SÉ – REPR. DAPGE/PROFIS