

PROCESSO - A. I. Nº 279116.1094/03-0
RECORRENTE - ELDA MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0190-03/04
ORIGEM - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 30.09.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0309-11/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS E SAÍDAS SOB A ALEGAÇÃO DE ROUBO E EXTRAVIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Confirmada a não apresentação dos documentos fiscais em razão de extravio. 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. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor determinado pela legislação. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão nº 0190-03/04, da 3ª JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação das notas fiscais de entradas e saídas, tendo sido excluídas as mercadorias enquadradas na substituição tributária (1998) – R\$31.736,65;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (1999) – R\$3.968,95;
3. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurada

mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2000) – R\$2.803,44;

4. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2000) – 1 UPF-BA;
5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 (1999 e 2000) – R\$6.482,19.

Inicialmente, o recorrente informou que é inscrito na condição de empresa de pequeno porte desde 19-12-1998, e sendo assim, os fatos geradores que embasaram o lançamento, ocorridos no período em que se encontrava nesta condição, estão sujeitos à alíquota de 2,5%, sendo que, no entanto, foi aplicada a alíquota de 17%.

Disse que, da interpretação do art. 17 da Lei n.º 7.357/98 e do art. 408-P do RICMS/97, conclui-se que a exigência do ICMS aos contribuintes enquadrados no SimBahia, no caso de omissões e declarações inexatas, pelo método normal de apuração, só deve ocorrer quando tais inexatidões motivem o desenquadramento do contribuinte para normal. Assim, a alíquota aplicável não é a de 17%, mas sim a de 2,5%, e a multa incidente não é a de 70%, mas tão-só de 50%.

Alegou, também, que se fosse cabível a exigência de tributo e multa como se Normal fosse o contribuinte, necessário seria deduzir a parcela relativa ao crédito fiscal, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da CF/88.

Quanto ao item 1, argüiu que o arbitramento foi efetuado sem base legal, vez que, mesmo não possuindo os documentos fiscais, porque foram extraviados, e este fato foi comunicado a SEFAZ, mantinha disponibilizados à fiscalização os seus livros fiscais: Registro de Saídas, Registro de Entradas, Registro de Inventário e de Apuração do ICMS. Citou jurisprudência do CONSEF.

Afirmou que a alíquota a ser aplicada à base de cálculo encontrada por arbitramento deveria ser a de 2,5% e não de 17%.

Com relação aos itens 2 e 3, que tratam de levantamento quantitativo de estoques, asseverou que este roteiro não poderia ser aplicado em empresa de pequeno porte, pois a presunção legal esculpida no art. 2º, § 3º, IV, do RICMS, só é cabível quando verificada “*entradas de mercadorias ou bens não registradas*”, o que não foi comprovado, e nem poderia sê-lo, pois, estando inscrito no SimBahia está desobrigado a manter o livro Registro de Entrada de Mercadorias.

No que concerne ao item 5, testificou que improcede a alegação de omissão, eis que os bens relacionados na planilha de n.º 9 do autuante, onde aponta falta de recolhimento do ICMS, não tem qualquer fundamento, porque o imposto cobrado fora pago na fonte com o ato de retenção pelo fornecedor daqueles materiais.

Concluiu requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, para que fosse aplicada a alíquota de 2,5% sobre a base de cálculo do ICMS em todas competências das possíveis infrações, e o não acolhimento da “*arbitragem*” – infração 01.

A representante da PGE/PROFIS observou que o Parecer exarado pela ASTEC adequou os valores do lançamento levando em consideração os documentos fiscais apresentados após a defesa inicial e a condição cadastral do contribuinte perante a SEFAZ, e reiterou que o acerto na adoção

do método extraordinário de fiscalização – arbitramento da base de cálculo – restou claramente demonstrado em face do extravio dos documentos fiscais, referentes ao exercício de 1998.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O argumento inicial do recorrente de que, estando inscrito no SimBahia como empresa de pequeno porte, a alíquota a ser aplicada seria de 2,5% e não 17%, somente se presta para o item 3, do Auto de Infração, isto porque o item 1 se refere ao exercício de 1998, e a Lei n.º 7.357/98 somente entrou em vigor em 01-01-1999, conforme preceitua o seu art. 32, e quanto ao item 2, a junta de julgamento já atendeu a este pleito quando reduziu o montante exigido de R\$3.968,95 para R\$694,92, lastrada na redação dada ao art. 17, desta Lei, pela Lei n.º 7.556/99, que produziu efeitos a partir de 01-01-2000.

O item 4 não foi contestado e o item 5 se reporta à falta de pagamento do ICMS incidente sobre mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, que está fora da sistemática do SimBahia.

Antes de adentrarmos ao mérito deste item, é necessário relembrar o objetivo do Estado da Bahia ao instituir o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, através da Lei n.º 7.357/98, que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado a ser dispensado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, com a consequente redução individual da carga tributária e, em contrapartida, aumento da base tributária, o que permite ao Estado manter, ou até incrementar a arrecadação, com um recolhimento menor de tributo por contribuinte.

É assim que o seu art. 17 (SEÇÃO V – DAS IRREGULARIDADES NA ADOÇÃO DO REGIME), vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabelecia que os contribuintes de que tratam os incisos II, III, IV e V, do art. 15, ficarão sujeitos ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário previsto nesta Lei, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

O citado art. 15, no seu inciso V, prevê que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

A combinação dos art. , 408-L, V, 408-S, e 915, III, do Regulamento do ICMS de 1997, desde a sua Alteração de nº 20 (Decreto nº 7867 de 01/11/00, DOE de 02/11/00), preconiza que, quando se constatar que o imposto não foi recolhido tempestivamente, em razão de quaisquer omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque, que é o presente caso, este será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

Então, fica claro que o benefício fiscal da redução da carga tributária somente se aplica àqueles contribuintes que agem com correção, sendo que, apurada a irregularidade através de levantamento quantitativo, que é o presente caso, o cálculo do imposto devido será efetuado nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Em relação ao questionamento sobre a multa de 70%, esta é a prevista para o caso em questão – levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias – conforme previsão contida no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96.

Quanto ao crédito fiscal, ainda em relação ao item 3, este foi concedido, desde a lavratura do Auto de Infração, pelo próprio autuante, conforme se vê no demonstrativo às fls. 79 e 80.

No mérito do item 1, o recorrente argüiu que o arbitramento foi efetuado sem base legal, vez que, mesmo não possuindo os documentos fiscais, porque foram extraviados, e este fato foi comunicado a SEFAZ, mantinha disponibilizados à fiscalização os seus livros fiscais: Registro de Saídas, Registro de Entradas, Registro de Inventário e de Apuração do ICMS.

Conforme lecionou a Relatora da Decisão recorrida, o art. 146, I e II, do RICMS/97, prevê que, nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, o contribuinte além de estar obrigado a comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias, deve comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

Já o § 1º, deste artigo, preconiza que, se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária.

Como o contribuinte não comprovou o montante das operações ou prestações escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, o que impossibilitou a apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, a mesma foi apurada, com base legal, pela sistemática do arbitramento, que, inclusive, está em consonância com a Súmula n.º 05, desde CONSEF, que tive a honra de relatar, que contém o seguinte mandamento:

CÂMARA SUPERIOR

SÚMULA CONSEF N° 05

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO.

Não comprovada a 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 que concerne ao mérito dos itens 2 e 3, que tratam de levantamento quantitativo de estoques, o recorrente limitou-se a alegar que este roteiro não poderia ser aplicado em empresa de pequeno porte, pois a presunção legal esculpida no art. 2º, § 3º, IV, do RICMS, só é cabível quando verificadas “*entradas de mercadorias ou bens não registradas*”, o que não foi comprovado, e nem poderia sê-lo, pois, estando inscrito no SimBahia está desobrigado a manter o livro Registro de Entrada de Mercadorias.

Só que nestes itens não está sendo exigido imposto por presunção, decorrente de entradas não contabilizadas, mas trata-se de omissão de saídas tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo, ou seja, saída sem emissão de documento fiscal, e consequentemente sem o pagamento do imposto devido.

Em relação ao quinto item, que se reporta à falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, o recorrente afirmou que o imposto cobrado fora pago na fonte com o ato de retenção pelo fornecedor daqueles materiais.

Este argumento foi apreciado pela 3^a JJF, tendo a relatora da Decisão questionada dito o seguinte:

“O autuado alegou apenas que o imposto estadual foi retido pelos remetentes das mercadorias, conforme consta nas notas fiscais de aquisição, não restando, assim, nenhuma obrigação de pagar o imposto, o que foi confirmado, em parte, pelo diligente que informou que procedeu à correção nos valores de débito, tendo em vista a constatação de “vários destaques da antecipação do ICMS nas notas fiscais de fornecedores de outros estados que não foram consideradas no levantamento elaborado pelo autuante”. Em consequência, o estranho ao feito reduziu o débito para R\$6.042,69, acorde a planilha acostada às fls. 942 e 943.

[...]

Dessa forma, acato o demonstrativo elaborado pelo diligente (fl. 938) e entendo que deve ser reduzido o valor do débito, referente à infração 5, de R\$6.482,19 para R\$6.042,69.”

No Recurso Voluntário, nada mais foi trazido, e, por esta razão, reputo acertada a Decisão recorrida, em relação a este item.

Por tudo o que expus, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 279116.1094/03-0, lavrado contra **ELDA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.532,02**, sendo R\$37.884,90, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.453,33, 70% sobre R\$694,92 e 100% sobre R\$31.736,65, previstas no art. 42, II, “d”, III e IV, “i”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, R\$2.647,12, acrescido das multas de 60% sobre R\$589,36 e 70% sobre R\$2.057,76, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais, além da multa de 1 UPF-BA, prevista no art. 42, XXII, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR DA PGE/PROFIS