

**A. I. Nº** - 206767.0080/04-9  
**AUTUADO** - CHURRASCARIA DA BARRA LTDA.  
**AUTUANTE** - WALDETE SANTOS DA INVENÇÃO  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** -30.06.04

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0212-03/04

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS ECONOMICO FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração comprovada. Retificação da multa aplicada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** EXTRAVIO. MULTA. Infração não elidida. **b)** FALTA DE EMISSÃO. MULTA. Multa absorvida pela multa relativa ao descumprimento da obrigação principal, que resultou no arbitramento da base de cálculo. 4. ARBITRAMENTO. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2004, exige ICMS no valor de R\$20.189,32, e multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo (s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Não recolheu o ICMS referente aos meses de abril a junho e de agosto a outubro de 2000, bem como de julho a dezembro de 2001, conforme levantamento feito, anexo I, e cópias das DMA e do livro Registro de Saídas. ICMS de R\$6.921,18 e multa de 50%.
2. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA. Os valores referentes às Entradas de mercadorias informadas nas DMA não conferem com a soma das notas fiscais de Entradas. O mesmo acontece com os valores referentes às saídas de mercadorias, no período de junho a dezembro de 2001, conforme cópias anexas. Multa de 3,00 UPF/BA.
3. Extraviou documentos fiscais. Foram extraviados oitenta talões de notas fiscais de venda ao consumidor, do período de janeiro de 1999 a dezembro de 2001. Multa de R\$4.600,00.
4. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documento fiscal. O estabelecimento se manteve de portas abertas, funcionando normalmente, sem emitir qualquer documento fiscal, nos exercícios de 2002 e de 2003. Assim, foi feito o arbitramento da base de cálculo do ICMS, utilizando-se as informações dos últimos seis meses do exercício anterior, cujos cálculos encontram-se nas planilhas Anexos I e II, com base no artigo 938 I-B do RICMS/BA, combinado com o parágrafo 6º do mesmo artigo. ICMS no valor de R\$13.268,14 e multa de 100%.

5. Deixou de emitir, na condição de estabelecimento varejista, nota fiscal correspondente as operações realizadas diretamente para consumidor final. Funcionou nos exercícios de 2002 e de 2003, sem emitir qualquer documento fiscal de venda ao consumidor. Multa de R\$690,00.

O autuado ingressa com defesa, fls. 61/72, e em preliminar suscita a nulidade do Auto de Infração, pois lavrado com base em mera presunção, uma vez que a fiscalização desprezou elementos fundamentais para uma verificação precisa da situação fiscal da impugnante, haja vista o fato de que as DMAs dos exercícios financeiros de 2001, 2002 e de 2003, não foram consideradas na ação fiscal, em verdadeira afronta aos princípios da verdade material, da razoabilidade, da ampla defesa e do contraditório, ofendendo ainda o art. 142 do CTN, além do art. 5º, LV da CF/88.

Combate a infração 4, no sentido de que houve uma contradição da ação fiscal, pois em um primeiro momento, o autuante, justifica o arbitramento pela falta de apresentação de documentação fiscal, e em um segundo momento, confirma que lhe foram apresentados os livros e documentos fiscais, sendo ao final da ação fiscal devidamente devolvidos ao autuado, conforme se verifica no auto de infração. O fato de não ter apresentado à fiscalização algumas notas fiscais, não seria motivo bastante para que se glosasse o crédito fiscal originado de tais entradas, até porque no caso específico, tais documentos estavam lançados na contabilidade.

Cita a Resolução nº 0865/97, onde o CONSEF decidiu que “não se justifica a extensão do arbitramento para a totalidade do exercício”, tendo em vista a irregularidade em apenas 23 documentos fiscais. Menciona outras resoluções do CONSEF, no sentido da não aplicação do arbitramento da base de cálculo, até mesmo em casos mais complexos, onde o contribuinte deixou de apresentar o livro Registro de Inventário. Pede a realização de diligência fiscal, sendo que à época indicará assistente técnico, para acompanhar os trabalhos.

Invoca a Súmula nº 5 deste CONSEF, tendo em vista que colocou, desde o início da ação fiscal, ao dispor da fiscalização, todo o seu documentário fiscal, além de ter apresentado as DMAs relativas ao período fiscalizado.

Pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, de fls. 113/115, e reitera o Auto de Infração na íntegra, sustentando que o arbitramento foi realizado com base na falta de apresentação de documentação fiscal nos exercícios de 2002 e de 2003.

A infração 1, está conforme o Demonstrativo de fl. 11, cópia do livro Registro de Saídas, fls. 19 a 24, e DMA, fls. 28 a 33 do processo. O ICMS ora reclamado teve como fonte o livro Registro de Saídas e as DMA. Optou-se pelo valor declarado na DMA.

A infração 2, decorreu da aplicação de multa, pela divergência de informações entre os documentos acima referidos, fls. 25 a 27 e 28 a 33.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

## **VOTO**

Deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada, pois o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido na infração 1, o ICMS referente aos meses de abril a junho e de agosto a outubro de 2000, bem como de julho a dezembro de 2001, conforme levantamento feito, anexo I, e cópias das DMA e do livro Registro de Saídas.

Verifica-se que a infração está em conformidade com o Demonstrativo de fl. 11, cópia do livro Registro de Saídas, fls. 19 a 24, e DMA, fls. 28 a 33 do processo. O ICMS ora reclamado teve como fonte o livro Registro de Saídas e as DMA, sendo que o autuante optou pelos valores declarados na DMA.

O contribuinte não comprovou a efetivação dos recolhimentos dos valores ora exigidos, razão porque entendo que a infração é subsistente e deve ser mantida na íntegra.

Quanto ao item 2, está sendo exigido a multa de 3 UPF/BA, em razão da incorreção de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA.

Constato que os valores referentes às entradas de mercadorias, informadas nas DMAS, não conferem com a soma das notas fiscais de Entradas. O mesmo acontece com os valores referentes às saídas de mercadorias, no período de junho a dezembro de 2001, conforme cópias anexas, de fls. 18 a 57. Deste modo, como houve a apresentação das DMA com dados incorretos, cabe a aplicação da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$120,00, conforme o art. 42, XVIII, da Lei nº 7.014/96, com a redação da Lei nº 7.753/00, efeitos de 01/01/01 até 12/12/01.

No que concerne à infração 3, está sendo exigida a multa em razão do extravio de oitenta talões de notas fiscais de venda ao consumidor, do período de janeiro de 1999 a dezembro de 2001, no valor de R\$4.600,00.

Em razão do autuado não ter comprovado que não cabia a exigência que lhe está sendo imputada, entendo que é legítima a cobrança da multa, pois em conformidade com o art. 42, XIX, a, da lei nº 7.014/96 que dispõe:

*Art. 42 .....*

*XIX – R\$5,00 (cinco reais), por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, limitada a penalidade, no seu total a:*

*a) R\$4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), tratando-se de Nota Fiscal, Conhecimento de transporte, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Bilhete de passagem, Cupom de leitura ou Fita-Detalhe.*

Na infração 4, o ICMS está sendo exigido em razão da aplicação de arbitramento da base de cálculo, fundamentado na falta de emissão de documento fiscal.

No decorrer da ação fiscal, o autuante constatou que o estabelecimento funcionou, normalmente, sem emitir qualquer documento fiscal, nos exercícios de 2002 e de 2003.

O art. 937, inciso IV, do RICMS/97, prevê que a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove falta de emissão de documentos fiscais a que esteja obrigado o contribuinte, ou emissão em desconformidade com a operação realizada.

Assim, fundamentado em base legal, o autuante arbitrou a base de cálculo do ICMS, utilizando-se das informações dos últimos seis meses do exercício anterior, cujos cálculos encontram-se nas planilhas Anexos I e II, com base no artigo 938 I-B do RICMS/BA, combinado com o parágrafo 6º do mesmo artigo, como segue:

*Art. 938 – O arbitramento da base de cálculo poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:*

*I – B – tomando-se o valor das operações consignadas em documentos fiscais coletados e/ou informações oriundas de fornecedores ou destinatários. Com os quais o contribuinte mantenha relacionamento comercial, e projetando-o para o período considerado, com base na participação percentual sobre o total das operações regularmente escrituradas (Lei nº 7.438/99).*

*§ 6º - O arbitramento poderá basear-se em documentos de informações econômico-fiscais do mesmo exercício ou de exercício anterior, bem como em outros dados apurados dos quais disponha a fiscalização estadual.*

Constato na planilha de fl. 12, que o autuante apurou a média mensal de ICMS (R\$ 686,42), com base no faturamento dos meses de julho a dezembro de 2001, de acordo com os valores informados na DMA, e abateu o imposto que fora recolhido mensalmente pelo contribuinte. (fl. 13).

No presente caso, o contribuinte não emitiu documentos fiscais em dois exercícios, 2002 e 2003 o que justifica, de forma cabal, a aplicação do arbitramento da base de cálculo, estando correta a exigência fiscal.

Quanto à última infração, decorrente da falta de emissão de documentos fiscais, nos exercícios de 2002 e de 2003, em razão desta infração por descumprimento de obrigação acessória, estar vinculada ao arbitramento da base de cálculo, entendo que foi absorvida pela multa de 70%, aplicada na infração anterior, razão porque deve ser desconsiderado este lançamento, a teor do que dispõe o art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, como segue:

*§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.*

Portanto, não acolho a aplicação da penalidade neste item, pelo motivos acima expendidos.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206767.0080/04-9**, lavrado contra **CHURRASCARIA DA BARRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.189,32**, sendo R\$2.803,47, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$17.385,85, acrescido das multas de 50% sobre R\$4.117,71 e 100% sobre R\$13.268,14, previstas no art. 42, I, “a”, e IV, “i” da citada Lei e dos acréscimos legais e das multas no valor total de **R\$4.720,00**, previstas no art. 42, incisos XVIII, “c” e XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2004.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRES. EM EXERCÍCIO/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR