

A. I. N. ° - 087015.0138/02-6
AUTUADO - UDMAX ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - COSME ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 20.07.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0257-02/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Decisão de 2ª Instância provê o recurso voluntário e anula a decisão da 1ª instância, por ter havido cerceamento de defesa. Após a correção do trâmite processual, restou comprovada a impossibilidade da apuração da base de cálculo do imposto pelos meios normais, em razão da não apresentação da documentação fiscal. Justificada a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Exigência parcialmente subsistente após concessão do crédito previsto no § 1º do art. 19, da Lei n.º 7.357/98, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.534/02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/01/2003, exige ICMS no valor de R\$55.632,50, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação de documentação fiscal e contábil, sob alegação de perda e destruição em consequência de inundação ocorrida no estabelecimento matriz, localizado em Ibicarai-Ba, impossibilitando determinação da base de cálculo do ICMS pelos meios normais, relativo aos exercícios de 1998 a 2001, sendo o referido arbitramento da base de cálculo estribado nas informações econômicas fiscais do contribuinte (DMAs e DMes) e notas fiscais capturadas pelo CFAMT, nos termos dos artigos 937, inciso I, e 938, inciso I, combinado com o artigo 408-R, todos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, conforme documentos às fls. 6 a 526 dos autos.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, às fls. 531 a 537, onde, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que houve cerceamento do seu direito de defesa pelo não fornecimento, quando do encerramento da ação fiscal, das notas fiscais de compras obtidas através do CFAMT, para que pudesse averiguar junto a seus fornecedores a veracidade das transações comerciais de sua autoria.

Ainda como segunda preliminar de nulidade, ressalta sua condição de microempresa ou empresa de pequeno porte enquadrada no regime SIMBAHIA, do que entende desobrigado a apresentar documentação fiscal e contábil, pois estava dispensado de tal escrituração, com exceção dos livros Registro de Inventário e do Caixa.

Também como preliminar de nulidade, defende que não caberia a utilização do arbitramento; que lhe foi podado o prazo para apresentação de defesa e que não lhe foi entregue toda a documentação. Assim, requer a nulidade do Auto de Infração ou que ao menos lhe seja devolvido o prazo para complementação da defesa.

No mérito, aduz que não se justifica o arbitramento da base de cálculo do imposto, motivado pela não apresentação da escrita fiscal e contábil, diante das razões preliminares expendidas, cujo procedimento extremo exige a certeza capitulada no artigo 937, incisos e seu parágrafo único, do que entende que não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais de arbitramento, donde conclui que o autuante deveria ter apurado a receita bruta ajustada para detectar o imposto devido, diante de toda documentação e dados necessários para proceder a apuração regular do imposto. Ao final, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, ou ainda revisão fiscal, caso se faça necessário, do que anexa documentos, às fls. 539 a 554 dos autos, como prova de suas alegações.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 558 e 559 dos autos, rechaça as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, ressaltando que, dentro do período reservado à defesa, o processo fiscal fica na repartição fiscal do domicílio do contribuinte à sua disposição para vistas, inclusive para, se assim o desejar, fotocopiar quaisquer das suas peças.

Em seguida, aduz que o fato de se tratar de contribuinte enquadrado no regime SIMBAHIA, não o exime da obrigação de apresentar ao fisco as notas fiscais de compras e de saídas de sua movimentação comercial, além dos documentos referentes as suas despesas operacionais, assim como das aquisições de bens do ativo e, ainda, escrituração do livro Registro de Inventário e do livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira e bancária, conforme prescreve o art. 408-C do citado RICMS.

Ressalta que os somatórios dos valores das notas fiscais capturadas pelo CFAMT são bem superiores aos informados pelo contribuinte em suas DMES, do que conclui ser o motivo da não exibição ao fisco de nenhum documento para averiguação pela fiscalização, sob a alegação de perda ou extravio. Aduz que o art. 408-R, do RICMS/97, prevê que se o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para a determinação da base de cálculo do imposto ou se recusar a fornecê-los ao fisco, a mesma poderá ser apurada mediante arbitramento.

Assim, conclui que como não foi apresentado quaisquer documentos fiscais ou até mesmo seu livro Caixa, além do fato das suas DMES conterem informações inidôneas, face a total discrepância entre os valores nelas informados e os documentos capturados através do sistema CFAMT, não restou outra alternativa além de proceder o arbitramento da base de cálculo do imposto.

Em pauta suplementar, a 3ª JJF converteu o PAF em diligência, à INFAZ de origem, no sentido de que fossem fornecidas cópias das notas fiscais obtidas no CFAMT ao autuado, com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias. À fl. 564 dos autos, foi consignado que o sujeito passivo já havia recebido as aludidas cópias, consoante recibo à fl. 529 dos autos.

Em seguida, o PAF foi submetido a julgamento pela eminente 3ª JJF, conforme Acórdão n.º 0359-03/03, o qual foi objeto de recurso voluntário pelo sujeito passivo à instância superior, consoante fls. 578 a 581 dos autos, sob a alegação de que faltou a importante e imprescindível reabertura do prazo de defesa, acarretando em preterição do direito de defesa. Requer a nulidade do Auto de Infração.

Às fls. 590 a 592 dos autos, foi apensado Parecer Profis no qual entende que ocorreu cerceamento de defesa, sugerindo a nulidade do julgamento da 1ª instância e a reabertura do prazo de defesa ao sujeito passivo, de forma a retomar o prosseguimento correto do processo administrativo fiscal.

Através do Acórdão CJF n.º 0673-11/03, às fls. 594 a 597, o recurso foi provido e a decisão da primeira instância foi anulada, por entender ser nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa, determinando a devolução dos autos à Junta de Julgamento para adotar as medidas cabíveis ao caso.

Em cumprimento à decisão do Acórdão n.º 0673-11/03 foi reaberto o prazo de defesa de trinta dias ao contribuinte, do que foi notificado e cientificado através de seu advogado, devidamente habilitado no processo, conforme fls. 608 e 609 dos autos.

Em consequência do sujeito passivo deixar transcorrer o prazo de trinta dias sem apresentar defesa ou efetuar o pagamento do débito, o PAF foi encaminhado ao CONSEF para novo julgamento pela primeira instância.

VOTO

De pronto, restabelecido o direito de defesa ao sujeito passivo, o qual não o exerceu, foi retomado o equilíbrio processual, devendo o PAF ser submetido a julgamento nesta primeira instância, conforme determinação da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF n.º 0673-11-03, o qual, por unanimidade, proveu o recurso voluntário e anulou a decisão proferida pela 3ª JJF.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração suscitadas, tendo em vista que o referido lançamento do crédito tributário, após os devidos saneamentos ocorridos, preenche todas as formalidades legais previstas, cujo ato foi praticado por servidor competente, contendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, proporcionado ao sujeito passivo amplo direito de defesa, o qual foi na primeira oportunidade exercido e abdicado na segunda. Assim, diante das provas documentais da acusação fiscal apensadas aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, conforme recibo à fl. 529, e da reabertura do prazo de defesa, restabelecendo o equilíbrio processual, tornam-se inócuas as alegações iniciais de nulidade do Auto de Infração.

Também rejeito o pedido de diligência por considerar os elementos constantes dos autos suficientes para formação de minha convicção, consoante o art. 147, I, “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99. Deve-se ressaltar que tal pleito deve ser fundamentado, nos termos do art. 145 do citado RPAF, o que não ocorreu pelo requerente, o qual nem sequer contestou os números apurados.

Quanto ao mérito, mesmo tratando-se de contribuinte inscrito no SIMBAHIA, estou convicto da impossibilidade da apuração da base de cálculo do imposto pelos métodos convencionais de auditoria fiscal, diante da não apresentação dos documentos fiscais de compras e de vendas das operações comerciais do contribuinte, assim como do livro Registro de Inventário, relativos aos exercícios fiscalizados, uma vez que o ICMS é um imposto de lançamento pelo próprio contribuinte, diante dos documentos fiscais, embaixadores dos referidos lançamentos, para uma posterior homologação pelo Fisco.

Assim, comungo inteiramente com a decisão prolatada pela eminente 3ª JJF, através do Acórdão de n.º 0359-03/03, após o restabelecimento do direito de defesa do sujeito passivo, por concordar com todos os termos aduzidos quando da avaliação do mérito, o qual reproduzo em seguida.

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 entradas e 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 lançadas nas DMEs, implicando em omissão de entradas de mercadorias;
3. 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;
4. É impossível a verificação da regularidade do pagamento do imposto, sem a apresentação das notas fiscais de saídas e entradas;
5. Especificamente na situação em exame, o art. 146, II, e §1º, do RICMS/97 preconizam que nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a 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. E que se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetua-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, 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;
6. 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;
7. 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;
8. O autuante adotou o método previsto no art. 938, I, “c”, do RICMS vigente, aplicando a MVA de 40%, relativa à móveis e eletrodomésticos, espécies preponderantes nas operações de circulação de mercadorias do estabelecimento autuado;
9. Portanto, entendendo justificada a aplicação do arbitramento para os exercícios em exame. 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, no caso de ser mais benéfico para o contribuinte. Deste modo, o valor a ser exigido, tomando por base os demonstrativos de fls. 08 a 13 dos autos, é o seguinte:

Ano	Omissão	Alíquota	Débito	Crédito	Valor do Crédito	Imposto Recolhido	Imposto Devido
1999	185.908,40	17%	31.604,43	8%	14.872,67	967,97	15.763,79
2000	234.686,86	17%	39.896,77	8%	18.774,95	900,00	20.221,82
2001	120.479,06	17%	20.481,44	10.578,48	10.578,48	1.000,00	8.902,96
Total							44.888,57

10. Ressalte-se, por fim, que se encontram 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.

Do exposto, voto o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, no valor de R\$44.888,57, conforme demonstrativo a seguir:

DATA OCORR.	DATA VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	VALOR DÉBITO
31/12/99	09/01/2000	92.728,18	17%	60%	15.763,79
31/12/00	09/01/2001	118.951,88	17%	60%	20.221,82
31/12/01	09/01/2002	52.370,35	17%	60%	8.902,96
TOTAL					44.888,57

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087015.0138/02-6**, lavrado contra **UDMAX ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.888,57**, sendo R\$15.763,79, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$29.124,78, acrescido da multa de 60%, prevista no citado art. 42, II, “f”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR