

A. I. N° - 206935.0023/04-0
AUTUADO - ATACADÃO ARAÚJO MARTINS LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 03/06/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0181-01.05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos em decorrência da comprovação do número de empregados. Infração parcialmente subsistente. 3. NULIDADE. 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. Inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto. Infração nula. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitas as preliminares de nulidades em relação as infrações 1, 2 e 4. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2004, para exigir imposto no valor total de R\$411.075,43, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS, no valor de R\$13.212,35, devido em razão de responsabilidade supletiva, referente às aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, tendo sido feita a retenção a menos, após esgotados todos os meios de cobrança do contribuinte substituto interestadual. Período relativo a janeiro 2002 a abril de 2004,

levantamento efetuado com base nas notas fiscais de compra de mercadorias tributáveis, comprados com os comprovantes de recolhimentos, DAE's.

2. Recolheu a menor o ICMS, no valor R\$ 2.649,79, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). Período relativo aos exercícios de janeiro de 2002 a abril de 2004, apurado através das notas fiscais de compras e vendas comparado com os comprovantes de recolhimentos – DAE's, conforme demonstrativo de débito, anexos.
3. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 65.673,50, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. Refere-se ao livro Registro de Inventário sem apresentar e/ou escriturar, referente ao exercício de 2003. Arbitramento aplicado na forma do art. 937, Inc. I, combinado com o art. 938, Inc. I, com base nas informações econômicas e fiscais apresentada através de DME's, fornecidas pelo contribuinte, previstas no § 6º, do art. 938, todos do RICMS/97.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, com imposto devido no valor de R\$ 329.539,79. Período de janeiro a dezembro de 2002, apurado através de levantamento no livro Caixa escriturado pela autuado com base nos demonstrativos e comprovantes de pagamento e recebimento.

O autuado, às fls. 1041/1072, impugnou o lançamento tributário alegando que foram muitos os equívocos lançados na ação fiscal, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, razão pela qual o mesmo deverá ser julgado nulo ou procedente em parte, pelos motivos que passou a expor.

INFRAÇÃO 1 – Diz que foram muitos os equívocos, a exemplo da equivocada aplicação da alíquota de 17% em produtos constantes da lista da cesta básica do governo; confusão entre o produto vinagre e bebida alcoólica, fazendo-se, por isso, incidir alíquota de 25% e, ainda, o fato do contribuinte já ter requerido o parcelamento do imposto devido por substituição objeto desta ação fiscal, inclusive com seu pagamento parcial.

INFRAÇÃO 2 – Reconheceu parcialmente a exigência fiscal, uma vez que o preposto fiscal procedeu como determina a legislação tributária, bem como vem decidindo este Órgão Julgador, posto que apurou a falta de recolhimento do ICMS em função da receita bruta, uma vez que se trata de contribuinte enquadrado no regime do SIMBAHIA. Aduz que em determinados meses recolheu a maior e em outros a menos, além do fato de não ter o autuante considerado o número correto de empregados, que são 18, com direito ao desconto de 25%.

INFRAÇÃO 3 – Aduz que é nula, pois a ação fiscal desenvolvida pelo ilustre autuante, utilizando-se da prática do arbitramento, em razão da falta de apresentação do livro de inventário, não se justifica, haja vista o autuado ter apresentado todos os demais documentos solicitados, como o próprio autuante confessa no corpo do Auto de Infração em apreço. Tal procedimento, autuando o contribuinte, através de medida tão gravosa, vale dizer, através do arbitramento, só é possível quando o contribuinte deixa de apresentar os citados documentos, por não possuí-los, por ter ocorrido sinistro, extravio ou qualquer dos casos previstos nos incisos do artigo 937 e seguintes do RICMS/BA, os quais transcreveu.

Argumenta que o arbitramento deverá revestir-se de todos os requisitos formais. Sendo o primeiro a necessidade de caracterizar, de forma inequívoca, a impossibilidade do uso da escrita fiscal ou de que ela apresenta vários vícios que comprometem sua credibilidade, o que não ocorreu, transcrevendo trechos das Resoluções Nº 0620/97 e 1847/97. O segundo requisito formal necessário é seguir os passos do arbitramento, o qual segue um rito legal e, para usa-lo, deverá ser cumprido esse rito, transcrevendo trechos das Resoluções Nºs. 4390/97, 1415/97, 1175/97 e Acórdãos CJF Nº 0019/00 e JJF Nº 0179-04/02.

Alegou duplicidade da exigência fiscal, devendo ser anulada, em razão de que já foi apurada na imputação na infração 02, uma vez que, o período objeto de tal imputação, o exercício de 2003, é o mesmo nas duas infrações.

Em relação ao mérito, frisa que é ilegal a aplicação de alíquota devida para os contribuintes normais, mesmo sabendo-se que estamos diante de empresa de pequeno porte regularmente enquadrada no Simbahia, à época do fato gerador do imposto. Assim, seria inevitável a aplicação da alíquota pertinente de 2,5%, transcrevendo trechos do ACÓRDÃO JJF Nº 0378-03/02.

INFRAÇÃO 4 – Como preliminar alegou a duplicidade da cobrança, vez que o autuante apura receita bruta ajustada com base nas compras e na receita bruta do mês para aplicar a alíquota de 2,5%, a qual já foi objeto de cobrança na infração 02, existindo duplicidade de cobrança. Alega que no PAF não existe nenhuma documentação que indique ou prove que essa análise foi feita de modo amplo, pois o autuante limitou-se tão somente a confrontar as compras com as vendas de cada período, citando doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Em relação ao mérito, diz que, se superada fosse a preliminar argüida, cometeu erro grosseiro o preposto fiscal quando, diante da suposta omissão de receita apurada, em uma operação matemática transformou-a em valor histórico do imposto, encontrando, por via de consequência, uma base de cálculo – que deveria esta sim representada pela suposta omissão de receita – de cerca de R\$2.000.000,00, tendo requerido revisão deste equívoco para fins de corrigir o demonstrativo do autuante, fazendo consignar no campo “base de cálculo” a suposta omissão de receita para daí então apurar-se o valor histórico do imposto.

Ressaltou que, no período da autuação, estava enquadrado no SimBahia, não podendo o autuante aplicar uma alíquota de 17%, uma vez que não é dado ao mesmo o direito de crédito, assegurado a todos os contribuintes enquadrados no regime normal de tributação.

Asseverou que não deixou de cumprir com a obrigação principal, pois, em seu entendimento, a omissão de saída de mercadorias resultou em descumprimento de obrigação acessória, ou seja, a declaração equivocada da DME, pois o imposto pago é calculado através da Receita Bruta ajustada, não sendo, desta forma, imprescindível a emissão de notas fiscais para que se faça a arrecadação do imposto.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração e, se assim não entender, no mérito, decida pela procedência parcial.

O autuante na informação fiscal, folhas 1159/1163, assim se manifestou:

Com relação às preliminares argüidas pelo autuado, fls. 1.046, impugnando a intimação fiscal para apresentação dos livros e documentos fiscais, ficou evidenciado o conhecimento do andamento da ação fiscal, tanto é que, o autuado apresentou a documentação fiscal constante daquele documento.

Quanto aos valores constantes da denúncia espontânea, fls. 1.105 a 1.109, integraram o débito tributário, porque esta, só foi apresentada pelo autuado, após a data do conhecimento da ação fiscal, isto é, depois do início dos procedimentos fiscais, conforme atesta o Termo de Intimação, fls. 10. Portanto, a condição de espontaneidade deflagrada no dia 13/04/2004, pois esta, não existia mais.

INFRAÇÃO 01 – Esclarece que a alíquota de 17% foi aplicada pois foi seguida a regra da aplicação da alíquota preponderante, quando seja impossível distinguir um produto do outro, isto é, um operação com alíquota de 7% e outra com 17%. No caso específico do macarrão, a alíquota de 17%, uma vez que o tipo do macarrão não é comum, e sim, macarrão temperado, semipronto ou pré-

cozido, o qual não integra a cesta básica, com alíquota de 7%. Este fato pode ser facilmente constatado a título de demonstração, às folhas 12 e 14, onde se vê mais de um tipo de macarrão.

INFRAÇÃO 02 – Diz que o levantamento fiscal, fls. 49/51, que detectou o recolhimento a menor por Empresa de Pequeno Porte – Simbahia, não merece correção. Aduz que não cabe ao fisco levantar e apurar os indébitos ou recolhimentos indevidos realizados pelo autuado, pois caberá requer a restituição na forma do art. 73, do RPAF/99. Com relação ao desconto que tem direito, considerou o número de empregados constantes da Guias Mensais de Recolhimento do FGTS e não do livro Registro de Empregados, uma vez que, este último não prova nada.

INFRAÇÃO 03 – Assevera que apesar do autuado ter apresentado quase todos os seus livros, no entanto, o livro fiscal Registro de Inventário tem um valor especial, uma vez que os dados e informações que o compõe, além de só ele possuir, são fundamentais para fiscalização e aplicação do roteiro de Auditoria de Estoque, principalmente, no caso de empresa que já tem o histórico, como da autuada, de não ter apresentado o livro caixa e o livro Registro de Inventário referentes aos períodos de 1999 a 2001. Sendo a legislação bastante clara no seu art. 937, do RICMS/97, o qual estabelece diversas situações para as quais deve-se aplicar o arbitramento.

Reitera que, no ramo de atividade do autuado, a auditoria de estoque é procedimento obrigatório, haja vista que, somente desta forma é possível levantar e apurar o seu movimento real.

Aduz que nada tem de semelhante em relação a infração 2, como sustenta o autuado. Os fatos geradores são inteiramente distintos, assim, como, o método de apuração, visto que a omissão de receita detectada através do arbitramento, mediante a ação fiscal, e que se caracteriza pela falta de emissão de documento fiscal no momento da operação. Enquanto que a infração 2, o documento fiscal é emitido na operação e esta, tem seus valores declarados através das Informações Econômico-Fiscais e é caracterizada pelo não recolhimento do imposto declarado.

Argumenta que não procede a aplicação do percentual de 2,5%, uma vez que detectada a infração desfigura e descaracteriza o regime do SimBahia, que é um benefício. Este regime dá tratamento mais simples e ameno ao contribuinte, o liberado de diversas obrigações acessórias. O sistema de apuração do imposto é diferenciado. Sendo assim, por isso, o montante do Crédito Reclamado deve ser tributado pela alíquota interna vigente que é 17%, para os fatos apurados pela ação fiscal, no forma da legislação SimBahia, incisos II, III e IV, do art. 406-A e art. 408-S, combinado com inciso V, do 408-L, RICMS/97.

INFRAÇÃO 04 – Esclareceu que a omissão de receita tributável decorrente de “Estouro de Caixa”, em nada tem de semelhante em relação a infração 2, como sustenta o autuado. Os fatos geradores são inteiramente distintos, assim, como, o método de apuração, visto que a omissão de receita detectada através do arbitramento, mediante a ação fiscal, e que se caracteriza pela falta de emissão de documento fiscal no momento da operação. Enquanto que a infração 2, o documento fiscal é emitido na operação e esta, tem seus valores declarados através das Informações Econômico-Fiscais e é caracterizada pelo não recolhimento do imposto declarado.

Assevera que as provas do cometimento desta infração são abundantes, como se vê dos “Demonstrativos do Fluxo de Caixa” e documentos juntados pelo autuante, folhas 55-A/66 e 70/115, evidenciando todos os saldos credores escriturados pelo autuado.

Ressalta que o autuado confessa o cometimento desta infração de Omissão de Saída com o seu próprio livro Caixa, produzido de maneira efetiva e patente, as provas necessárias e definitivas contra si mesma, com tamanha clareza, que não há meio possível de negar.

Reconheceu a existência de equívocos nos demonstrativos de débito do Auto de Infração, folhas 3 e 4, deve ser corrigido, pelo fato dos valores consignados equivocadamente, não representarem, nos meses correspondentes, os seus respectivos débitos reais. Na verdade os valores correspondem

por engano, aos somatórios dos saldos credores de caixa relativo às omissões apuradas, devendo ainda, ser aplicada sobre elas, a alíquota de 17% se extraído o valor do ICMS a ser pago, como se vê abaixo:

Data Venc.	Valor do Imposto
9/3/2002	2.296,23
9/4/2002	633,67
9/5/2002	7.302,42
9/6/2002	2.650,03
9/7/2002	7.590,49
9/8/2002	11.067,13
9/9/2002	6.970,38
9/10/2002	5.708,50
9/11/2002	7.102,58
9/12/2002	4.474,36
9/1/2003	2.930,52
Total	58.726,31

Ao finalizar, opina pela redução da infração 04 de R\$329.539,79 para R\$58.726,31, ratificando as demais infrações.

O autuado recebeu cópia da Informação Fiscal e seus anexos, conforme recibo acostado à folha 1.164.

Em nova manifestação, folhas 1.166/1.171, o autuado reitera que a intimação fiscal foi entregue a pessoal não representante da empresa, o que caracterizaria a espontaneidade do recolhimento do imposto exigido na infração 01.

Em seguida passou a aborda da infração separadamente.

INFRAÇÃO 01 – Aduz que, neste item encontrou de logo grave contradição, pois afirma o autuante que “a alíquota de 17% foi aplicada porque foi seguida a regra da aplicação da alíquota preponderante quando seja impossível distinguir um produto do outro, isto é, uma operação com alíquota de 7% e outra 17%”. Tendo questionado: se é impossível distinguir um produto do outro como concluir que a alíquota preponderante é 17%? Outrossim, onde se encontra a regra de que na dúvida deve-se optar pelo prejuízo ao contribuinte?

Diz não proceder a afirmação de que o tipo de macarrão comercializado pelo contribuinte não está incluso na cesta básica, haja vista que a legislação não faz esse tipo de distinção. Quanto a confusão entre o produto vinagre e vinho, o autuante na dúvida optou pelo caminho contra o contribuinte.

INFRAÇÃO 02 – Esclarece que, o que pediu, não é um pedido de compensação de valores já recolhidos, mas tão somente um levantamento do ICMS recolhido no exercício, apurando-se, caso devido, a diferença a recolher. Com relação ao desconto que tem direito, considerando o número de empregados, o autuado requer a posterior juntada das Guias Mensais de Recolhimento que atestam o efetivo número de empregados da empresa.

INFRAÇÃO 03 - Argumenta que, embora o livro de inventário de fato não tenha sido apresentado em nenhum dos exercícios, apenas no exercício em análise optou-se pelo arbitramento, o que de logo prova as sua impropriedade já que em exercícios outros foi possível valer-se de outros roteiros de auditoria.

Salienta que a jurisprudência do CONSEF é que a simples ausência do livro de Inventário não enseja a prática do arbitramento.

Reitera o argumento defensivo de que o imposto não poderia ser apurado pelo regime normal.

INFRAÇÃO 04 - Sustenta que melhor sorte não teve a ação fiscal que de logo reconheceu o equívoco lançado no Auto de Infração. Contudo, seus equívocos não param por aí, na medida que, como relatado na exordial, os roteiros de auditoria não encerram em si, indo mais longe ao proceder ao desenquadramento do contribuinte na ação fiscal, procedimento este já tantas vezes rechaçado pelo CONSEF.

Ao finalizar, ratifica os termos apresentados na peça defensiva, esperando que prevaleça a verdade dos fatos.

O autuante, folha 1.174, reiterou os argumentos apresentados na informação fiscal anterior.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à folha. 1.177.

Cumprida a diligência, a auditor fiscal designada, através do PARECER TÉCNICO N° 0004/2005 às fls. 1.180 e 1.181 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, assim concluiu:

Efetuadas as retificações relativas aos valores constantes na Denúncia espontânea anexada pelo autuado e do produto “vinagre” foi apurado o valor de R\$7.710,50, conforme demonstrativo de débito 1.185, que originalmente era de R\$13.212,35.

Em relação ao macarrão verificou que a empresa comercializa tanto a espécie enquadrada na cesta básica quanto o pré-cozido (alíquota de 17%). Embora o autuante tenha efetuado o levantamento das duas espécies, somente foi apurada diferença no macarrão pré-cozido.

A INFRAZ-Itabuna, através das intimações de fls. 1.188 e 1.192v, cientificou o autuado e o autuante, para se manifestarem com relação ao Parecer da ASTEC.

Em sua nova intervenção às fls 1190 a 1191 dos autos, o autuado requereu a retificação dos seguintes equívocos:

- 1- Como se vê da página 11 [14] do PAF, no papel e trabalho intitulado “Levantamento Fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas” referente ao mês de março de 2002, em que pese a diferença a recolher de R\$7,54, o autuante, por equívoco, lançou o valor de R\$972,02, valor este reproduzido no levantamento final da ASTEC;
- 2- Do mesmo modo, na folha 20 do PAF, equivocou-se o Autuante ao lançar como valor a recolher no mês de dezembro de 2002 o valor de R\$2.609,90, valor este equivalente ao acumulado do exercício de 2002, quando se vê dos próprios autos que o valor correto é o de R\$229,43.

O autuante à fl. 1.192 v, informa reitera os argumentos anteriores não tendo nada mais a acrescentar.

Às folhas 1195/1199, o autuado acosta cópia das Guias de recolhimento do FGTS referente aos meses de janeiro/04, fevereiro/04, março/04 e abri/04, onde constam as seguintes quantidades de empregados, respectivamente, 18, 18, 18 e 17.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente PAF, verifico que a autuante imputa ao sujeito passivo quatro irregularidades, as quais passo analisar.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que os equívocos existentes foram corrigidos, tendo sido, inclusive, realizada diligência pela ASTEC, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação de nulidades das infrações 01, 02 ou 04. Quando a infração 03, a mesma será tratada na seqüência das infrações.

INFRAÇÃO 1 – Acusa o recolhimento a menos da antecipação tributária, referente a aquisição de mercadorias em outra unidade da federação.

Em sua defesa argumenta o autuado que houve equívocos na aplicação da alíquota de 17% em produtos constantes da lista da cesta básica do governo; confusão entre o produto vinagre e bebida alcoólica, fazendo-se, por isso, incidir alíquota de 25% e, ainda, o fato do contribuinte já ter requerido o parcelamento do imposto devido por substituição objeto desta ação fiscal, inclusive com seu pagamento parcial.

O argumento defensivo em relação a alíquota do produto vinagre e ao parcelamento, foram acolhidos, tendo convertido o PAF em diligência à ASTEC para que fossem refeitos os cálculos. O pedido foi atendido, tendo a diligente efetuado as retificações relativas aos valores constantes na Denúncia espontânea anexada pelo autuado e do produto “vinagre”, tendo apurado o valor de R\$7.710,50, conforme demonstrativo de débito fl.1185, débito que originalmente era de R\$13.212,35.

Em relação ao macarrão, verificou o diligente que a empresa comercializa tanto a espécie enquadrada na cesta básica quanto o pré-cozido (alíquota de 17%). Embora o autuante tenha efetuado o levantamento das duas espécies, somente foi apurada diferença no macarrão pré-cozido. Portanto, sendo correto o procedimento do autuante.

Entretanto, no demonstrativo apresentado na diligência devem ser corrigidos os valores dos débitos referentes aos meses de março e dezembro de 2002, conforme abaixo:

- a) MARÇO/2002 - a diferença a recolher é de R\$7,54, o autuante, por equívoco, lançou o valor de R\$972,02, valor este reproduzido no levantamento final da ASTEC;
- b) DEZEMBRO/2002 - a diferença a recolher é de R\$229,43, o autuante, por equívoco, lançou o valor de R\$2.609,90, valor este reproduzido no levantamento final da ASTEC.

Assim, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$4.365,55, conforme demonstrativo abaixo.

Infrações	Mês de Ocorr.	Multa %	Imposto Devido
1	jan/02	60	107,57
1	fev/02	60	18,00
1	mar/02	60	7,54
1	abr/02	60	148,41
1	mai/02	60	157,80
1	jun/02	60	102,07
1	ago/02	60	260,18
1	set/02	60	316,68
1	dez/02	60	229,43
1	jan/03	60	83,26
1	fev/03	60	215,55

1	abr/03	60	181,05
1	mai/03	60	525,75
1	jun/03	60	222,56
1	jul/03	60	119,56
1	ago/03	60	416,72
1	set/03	60	110,57
1	out/03	60	185,02
1	nov/03	60	50,42
1	dez/03	60	85,74
1	jan/04	60	191,96
1	mar/04	60	629,71
TOTAL			4.365,55

INFRAÇÃO 2 – Indica o recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia.

Em sua defesa, aduz o autuado que em determinados meses recolheu a maior e em outros a menos. Alegação que não foi comprovada.

Em relação a alegação de não ter o autuante considerado o número correto de empregados, que são 18, com direito ao desconto de 25%, o mesmo deve ser acolhido, pois o autuado, em sua última manifestação, após diligência realizada, acostou guias de recolhimento do FGTS.

Assim, foram realizados os seguintes ajustes no levantamento:

Meses de Ocorr.	ICMS Calculado	Abatimento de incentivo ao Emprego	Valor do Abatimento	ICMS Devido	ICMS Recolhido	Diferença de ICMS a Recolher
jan/04	761,31	25%	190,33	570,98	557,48	13,50
fev/04	1158,62	25%	289,66	868,97	868,97	0,00
mar/04	1661,84	25%	415,46	1.246,38	1246,33	0,05
abr/04	2310,38	25%	577,60	1.732,79	1625,83	106,96
Total						120,51

Logo, a infração 02 restou parcialmente caracterizada em R\$1.353,52, conforme abaixo:

Infração	Mês de Ocorr.	Multa %	Imposto Devido
2	fev/02	50	102,73
2	abr/02	50	0,61
2	mai/02	50	1,85
2	jun/02	50	5,62
2	ago/02	50	1,54
2	out/02	50	0,94
2	nov/02	50	100,75
2	dez/02	50	60,51
2	dez/03	50	958,46
2	jan/04	50	13,5
2	fev/04	50	0
2	mar/04	50	0,05
2	abr/04	50	106,96
Total			1.353,52

INFRAÇÃO 03 - Exige ICMS em decorrência de omissão de saídas mercadorias tributáveis, apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco do livro Registro de Inventário.

Em sua defesa alega o autuado que, embora o livro de inventário de fato não tenha sido apresentado em nenhum dos exercícios, apenas no exercício em análise (2003) optou-se pelo arbitramento, o que de logo prova a sua impropriedade já que em outros exercícios foi possível aplicar outros roteiros de auditoria. Salienta que a jurisprudência do CONSEF é que a simples ausência do livro de Inventário não enseja a prática do arbitramento.

Efetivamente, o arbitramento da base de cálculo do ICMS fundamenta-se em prova indiciária, em substituição à prova documental, através de processo regular, nos termos da legislação aplicável.

A jurisprudência consubstanciada nas decisões reiteradas deste Conselho, através das Juntas de Julgamentos Fiscais, Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, nos julgamentos reiterados dos litígios decorrentes de lançamentos fiscais, sendo matéria objeto da SÚMULA CONSEF Nº 05, é no sentido de que o arbitramento constitui um procedimento excepcional.

O arbitramento da base de cálculo do ICMS é um método de apuração do imposto que pressupõe a impossibilidade da aplicação de qualquer outro método de auditoria, em virtude da falta de apresentação ao fisco da escrita fiscal ou contábil ou dos documentos comprobatórios dos registros, ou quando comprovada sua imprestabilidade em virtude de vícios, erros ou deficiências dos lançamentos fiscais ou contábeis.

O art. 22 da Lei nº 7.014/96, em consonância com o CTN e a Lei Complementar nº 87/96, estabelece quando e como deve ser feito o arbitramento. Os requisitos a serem observados para o arbitramento e os métodos a serem seguidos pelo fisco estão contidos nos art. 937 e 938 do RICMS/97.

Da análise do que consta nos autos do processo, ficou comprovado que o contribuinte entregou todos os elementos necessários para realização do procedimento de auditoria, fato comprovado no próprio autos do PAF, em especial na infração 04, na qual é exigido imposto decorrente de omissão de saída, apurada mediante a aplicação do roteiro da Auditoria de Caixa. Logo, existindo os livros e documentos que permitiam a aplicação de outro método de auditoria, como por exemplo, o roteiro de Auditoria de Caixa, não poderia ser utilizado o regime do arbitramento para a apuração da base de cálculo do imposto.

Assim, a infração 03 é nula, na forma do inciso III, do art. 18, do RPAF/97.

Recomendo, no entanto, a autoridade competente, no sentido de renovar o procedimento fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

INFRAÇÃO 04 – Imputa ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

O autuado apontou equívoco no levantamento, tendo o autuante acolhido o argumento defensivo e refeito o demonstrativo, reduzindo o débito original de R\$329.539,79 para R\$58.726,31.

Em relação ao argumento defensivo de que o imposto já teria sido cobrado na infração 02, o mesmo não pode ser acolhido. Na infração 02 é exigido o imposto decorrente das operações realizadas com emissão de notas fiscais, ou seja, valores declarados pelo autuado. Na infração

em tela, exige-se imposto decorrente de omissão de saídas, ou seja, vendas realizadas sem a emissão das notas fiscais.

Quanto a alíquota aplicada, 17%, agiu corretamente o autuante, uma vez que se trata de infração de natureza grave, para qual a legislação em vigor determina a aplicação da mesma.

Logo, a infração 04 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

Data Vencida	Valor do Imposto
9/3/2002	2.296,23
9/4/2002	633,67
9/5/2002	7.302,42
9/6/2002	2.650,03
9/7/2002	7.590,49
9/8/2002	11.067,13
9/9/2002	6.970,38
9/10/2002	5.708,50
9/11/2002	7.102,58
9/12/2002	4.474,36
9/1/2003	2.930,52
Total	58.726,31

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da autuação, conforme abaixo:

Infrações	Multa	Imposto devido	Julgamento
1	60%	4.365,55	Proc.Parte
2	50%	1.353,52	Proc.Parte
3	0	0	Nulo
4	70%	58.726,31	Proc.Parte
Total		64.445,38	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206935.0023/04-0, lavrado contra **ATACADÃO ARAÚJO MARTINS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$64.445,38, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.353,52, de 60% sobre R\$4.365,55 e de 70% sobre R\$58.726,31, previstas no art. 42, I, “b”, item 3, II, “f” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2005.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR