

A. I. N° - 117227.0028/04-7
AUTUADO - CHIPCIA INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21.09.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0248-01/06

EMENTA: ICMS. 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2004, exige do autuado ICMS no valor de R\$273.451,00, acrescido da multa de 100%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. Consta que o contribuinte, embora intimado, deixou de apresentar à fiscalização, os livros da contabilidade, documentos de caixa e diversas notas fiscais de entradas e saídas, conforme intimações anexadas.

O autuado apresenta peça de defesa (fls.192/203), dizendo que o valor exigido no presente Auto de Infração é inteiramente indevido, por ter a fiscalização lançado mão de meio ilegal e inaplicável para apuração da suposta base de cálculo. Reporta-se ao COTEB (Lei 3.956/81), citando e transcrevendo o seu artigo 26, incisos I, II, III, IV V, VI, §§ 1º, 2º e 3º, para rechaçar o arbitramento, afirmando que não foi observado o disposto no § 2º do artigo 26, acima transcrito, considerando que não consta nos autos a autorização do Inspetor Fazendário ou outra autoridade fiscal, para utilização do método do arbitramento.

Sustenta que o arbitramento somente é admissível quando o fisco não puder apurar o montante real do imposto devido, não sendo o caso da presente ação fiscal. Acrescenta que a imputação diz que o contribuinte deixou de apresentar os livros de contabilidade, documentos de caixa e diversas notas fiscais de entradas e saídas, valendo dizer que houve a apresentação de todos os livros e documentos fiscais, com exceção de “diversas notas”, assim sendo, a fiscalização somente ficou prejudicada para adotar alguns roteiros contábeis, se é que a OS n° 529083/04, previa essa possibilidade.

Afirma que diante da documentação apresentada o Fisco poderia efetivar, por exemplo, o roteiro de Auditoria de Estoques, permitindo dessa forma a apuração do montante real do imposto acaso devido, afastando, assim a possibilidade do arbitramento. Diz que as notas fiscais não apresentadas não têm representatividade e são em percentual irrisório diante da movimentação da empresa, sendo que as notas fiscais de saídas representam um percentual de cerca de 3%, implicando em dizer que 97% das notas foram apresentadas, permitindo a utilização do roteiro de auditoria de estoque, sendo que as notas fiscais não apresentadas trazem um prejuízo apenas para

o autuado na contagem das saídas, por não serem computadas, resultando daí a omissão, sobre a qual seria exigido o imposto.

Prossegue, afirmando que o autuante de posse da documentação apresentada começou a elaborar uma auditoria de estoques, sendo que após a seleção das mercadorias e apuração de alguns estoques, este desistiu da auditoria e utilizou o arbitramento, o que deixa transparecer que o levantamento quantitativo foi abandonado em razão da proximidade da decadência dos fatos relativos ao exercício de 1999, o que segundo diz restou caracterizado parcialmente.

Continuando, reporta-se à jurisprudência do CONSEF, citando e transcrevendo os Acórdãos nºs CS 0460/01, CJF Nº 3433/98, CJF 0032-12/02, CJF 2249-12/01, JJF 0671, JJF 0132-02/03, JJF 0216-03/03, bem como a Súmula nº 05, para reforçar o seu entendimento sobre a indevida utilização do arbitramento.

Argüi a ocorrência da decadência referente ao exercício de 1999, tendo em vista que foi intimada para pagamento do crédito tributário em 29/12/2004, razão pela qual entre a referida intimação e a ocorrência dos fatos geradores anteriores a esta data consumou-se o interstício superior a 5 anos, configurando a ocorrência da decadência do direito do sujeito ativo em constituir o crédito tributário, conforme artigo 150, § 4º, do CTN, que transcreve. Assevera que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como forçosamente vem entendendo o Fisco do Estado da Bahia. Cita e transcreve decisão do Superior Tribunal de Justiça, RE nº 101.407/SP, Relator Min. Ari Pargendler, para corroborar o seu entendimento.

Atacando o mérito da autuação, diz com relação ao exercício de 1999, que o autuante cometeu equívocos na contagem das entradas e dos pagamentos, apresentando demonstrativo e documentação anexa, que segundo diz, reduziria o valor devido para R\$55.528,61. Em 2000 os equívocos teriam ocorridos nas entradas e nos créditos, o que reduziria o débito no valor de R\$208.417,31. Afirma que a inconsistência mais grave está na determinação da MVA de 30%, pois, o seu lucro efetivo foi de 4,23% em 1999 e de 1,09% em 2000, percentuais que poderão ser conferidos mediante diligência fiscal. Alega que os índices presumidos no RICMS devem sucumbir aos verdadeiros percentuais, sob pena de se fazer incidir imposto sobre valor agregado inexistente.

Finaliza, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente, revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Na informação fiscal apresentada (fls. 225/227), o autuante afirma que somente após quatro intimações, para apresentação dos documentos fiscais, sem que o contribuinte atendesse é que foi efetivado o arbitramento, na forma prevista nos artigos 937 e 938 do RICMS/97. Diz, que a falta de entrega dos livros contábeis e documentos de caixa inviabilizou na sua totalidade aplicações de roteiros de auditoria do ativo e roteiros de auditoria do passivo, sendo que, a falta de entrega de várias notas fiscais de entradas e saídas inviabilizou a execução de outros roteiros, principalmente o de Auditoria de Estoque. Acrescenta que o seu objetivo inicial era executar o roteiro de Auditoria de Estoque, tanto que iniciou o procedimento com a documentação recebida, sem perder de vista as exigências dos documentos não apresentados através das sucessivas intimações, no entanto, esgotadas todas as possibilidades para que o autuado apresentasse os documentos pendentes, só restou a aplicação do roteiro de arbitramento.

Prossegue, dizendo que a proximidade de ocorrência da decadência não foi fator determinante para o arbitramento, mas, sim, a ocorrência de fatos previstos em lei para a sua aplicação. Sustenta que a questão da insignificância dos documentos não apresentados, não pode ter a sua manifestação, pois, as 43 notas fiscais não apresentadas referente ao exercício de 1999 e as 62 notas fiscais referente ao exercício de 2000, não lhe permite comprovar a idoneidade dos valores

lançados entre outras coisas. Reportando-se aos acórdãos citados pelo autuado, afirma que não se aplicam aos procedimentos adotado e relativamente a decadência o artigo 965, I, do RICMS, é bastante claro na sua disposição.

Quanto ao mérito, afirma que com base na planilha apresentada pelo autuado, efetuou novos levantamentos através dos livros fiscais de entradas, saídas, e apuração do ICMS, bem como com as notas fiscais do CFAMT não registradas, apurando uma pequena diferença entre a exigência original e o atual, contudo, sem chegar ao valor apurado pelo autuado. Relativamente ao exercício de 1999, diz que o contribuinte destacou valores de entradas que foram corrigidos, entretanto, no mês de dezembro, não adicionou as entradas não registradas apuradas através do CFAMT e anexadas ao processo, ficando o valor apurado inicialmente de R\$60.374,33 para R\$59.544,53 e não de R\$55.528,61, apurado equivocadamente pelo autuado. Assevera que o equívoco do contribuinte reside no fato de querer desconsiderar os valores contábeis, mas, se apropriar dos valores dos créditos. No que concerne ao exercício de 2000, diz que ajustou alguns valores apresentados pelo contribuinte, entretanto, o mesmo aplicou a mesma regra do ano de 1999, ou seja, se apropriou de créditos fiscais de operações não computadas no arbitramento. Diz que o valor inicialmente apurado de R\$213.076,67 passa a ser de R\$211.483,48 e não de R\$208.417,31, apurado equivocadamente pelo contribuinte.

Acrescenta que dessa forma o ICMS devido pelo autuado passa a ter a seguinte conformação:

Exercício de 1999 - R\$59.544,53

Exercício de 2000 – R\$211.483,48.

Conclui, mantendo integralmente a autuação.

Intimado o autuado para dar ciência sobre a informação fiscal e manifestação, em querendo, este às fls. 233/242, se manifesta reiterando os argumentos da defesa, afirmando que na informação fiscal o autuante não se manifestou sobre todos os pontos abordados, especialmente, sobre a representatividade das notas fiscais apresentadas que corresponde a 97%, o que por si só descaracteriza a base legal e técnica para o arbitramento. Acrescenta que apresentou os livros fiscais de entradas e saídas, livro registro de inventário, faltando apenas a documentação da última intimação, sendo que o autuante iniciou a auditoria de estoques e logo após selecionar as mercadorias e apurar alguns estoques desistiu para arbitrar a base de cálculo. No mérito, reitera também os demonstrativos apresentados na peça de defesa, requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante ao contestar a manifestação do autuado (fls.244/245), diz ser inconsistente o argumento do autuado de que a informação fiscal não se manifestou sobre os pontos abordados, especialmente sobre a representatividade das notas apresentadas 97%, pois, isso foi feito conforme pode ser verificado na informação fiscal. Quanto ao artigo 26 da Lei 3.956/81, ratifica a validade do procedimento adotado, considerando que o contribuinte deixou de apresentar diversas notas fiscais, sendo irrelevante a sua representatividade em termos percentuais que nem sempre corresponde a representatividade em termos de valor. Reporta-se à decadência argüida pelo autuado, afirmando que a pretensão é descabida, e relativamente aos demonstrativos às fls. 228/229, afirma que a impugnação não tem nenhuma razão de ser, tendo em vista que os mesmos decorreram do arbitramento da base de cálculo e foram levantados, corrigindo-se o levantamento anterior, ante a argüição do próprio autuado.

Finaliza, mantendo autuação com os valores apresentados na planilha às fls. 228/229.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração de falta de recolhimento do ICMS nos exercícios de 1999 e 2000, cujos valores foram apurados por meio de arbitramento da base de cálculo, com fulcro no

artigo 937, caput e inciso I c/c com o § 1º do artigo 146, e na forma prevista no inciso I, alínea “g” c/c com o § 3º do artigo 938, todos do RICMS/97. O arbitramento foi realizado em função da falta de apresentação ao fisco de livros contábeis, documentos de caixa e diversas notas fiscais de entradas e saídas, conforme intimações anexadas.

Inicialmente, no que diz respeito à ocorrência da decadência suscitada pelo autuado, registro que o artigo 965, inciso I, do RICMS/97, estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, portanto, diversamente do entendimento esposado pelo contribuinte, não ocorreu a decadência relativa ao exercício de 1999. Quanto à falta de autorização para realização do arbitramento prevista no artigo 26, § 2º, da Lei 3.956/81, com o advento da Lei 7.014/96, que tratou integralmente da mesma matéria, contudo, sem trazer a necessidade de autorização do Inspetor Fazendário, tal autorização não é mais necessária, inclusive, não constando também no RICMS/97, conforme remetia a Lei 3.956/81.

Adentrando no mérito da autuação, observo que o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através das Juntas de Julgamentos, Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, já pacificou o entendimento de se tratar o arbitramento da base de cálculo, de 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. A Súmula 5 do CONSEF, determina que, em existindo os livros e documentos que permitam a utilização de outro método de fiscalização, portanto, sem prova da impossibilidade de se apurar o montante real do imposto devido, não está autorizada a utilização do regime do arbitramento para a apuração da base de cálculo do imposto.

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.

Analisando as peças processuais, verifico que o contribuinte entregou os livros fiscais de entradas, saídas, e apuração do ICMS, bem como as notas fiscais, elementos necessários para realização do procedimento de roteiro normal de auditoria, a exemplo do levantamento quantitativo de estoque. Assim, existindo os livros e documentos fiscais que permitiam a aplicação de outro método de auditoria, não poderia ser utilizado o regime do arbitramento para a apuração da base de cálculo do imposto.

Entendo assistir razão ao autuado, ao afirmar que apresentou em torno de 97% das notas fiscais, que foram devidamente registradas nos livros fiscais próprios, fato que não impossibilita ao Fisco determinar o montante da base de cálculo, não se justificando com a apresentação da quase totalidade das notas fiscais para exame, o arbitramento realizado pelo autuante.

Vale registrar, que se efetuado levantamento quantitativo de estoque, as repercussões do resultado em termos de tributação, poderiam majorar a omissão ou a presunção detectada, inclusive, as notas fiscais de entradas registradas e não apresentadas, poderiam ser objeto de ação fiscal com a conseqüente glosa dos créditos fiscais.

Por outro lado, a alegação do autuante quanto à impossibilidade de mensurar a representatividade de 3% das notas fiscais não apresentadas, não pode prosperar, considerando que não restou comprovado que estas tivessem uma representatividade que justificasse a não adoção do roteiro de Auditoria de Estoque, permitindo a medida extrema do arbitramento.

Na verdade o que está evidenciado nos autos é que a motivação para o arbitramento da base de cálculo foi a falta de apresentação de diversas notas fiscais (entradas/saídas) solicitadas. A simples ausência de tais elementos, por si só, não justifica a adoção da medida extrema adotada.

Para isso, deveria o autuante fundamentar porque a ausência de tais elementos inviabilizaria a adoção de outros roteiros normais de fiscalização, o que não consta dos autos. Ademais, consta dos autos que o contribuinte apresentou os livros fiscais e em média 97% da totalidade das notas fiscais de saídas.

Diante do exposto, considerando que os autos não provam a prática da sonegação fiscal juntamente com a impossibilidade de apurar o montante real da base de cálculo do imposto, entendo que a infração é nula, a teor do inciso IV, alínea “a”, do art. 18, do RPAF/99.

No entanto, recomendo a autoridade competente, no sentido de analisar a possibilidade de renovar o procedimento fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 117227.0028/04-7, lavrado contra **CHIPCIA INFORMÁTICA LTDA.**

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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR