

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0008/06-8
RECORRENTE - AMOEDO MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LIMITADA. (AMOEDO MARTINS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0104-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0396-12/07

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento do montante das operações realizadas pelo contribuinte uma vez, que em razão da comunicação do contribuinte de extravio, não foram apresentados os livros e documentos fiscais necessários à comprovação dos lançamentos nos livros fiscais, impedindo a realização da fiscalização. Infração caracterizada. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a arguição de decadência. Indeferido o pedido de revisão fiscal e de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, sendo objeto do presente Recurso a infração 1, a qual trata da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$283.241,33, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, relativa aos exercícios de 2001 a 2004.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade da infração 1, por falta fundamentação legal e técnica para o arbitramento. Afirmou que não houve autorização para o arbitramento realizado e que não restou caracterizada a impossibilidade de apuração do imposto pelos roteiros normais. Aduziu que, para a realização do arbitramento, deveria ter sido desenhado do regime do SimBahia. Alegou que, em parte do período arbitrado, os produtos comercializados estavam enquadrados no regime de substituição tributária. Ressaltou que havia erros na aplicação da alíquota, que os cálculos do arbitramento não refletiam a realidade comercial da empresa e que os fatos geradores ocorridos até o mês de setembro de 2001 já estavam decaídos.

Na informação fiscal, o autuante rebateu as preliminares de nulidade e de decadência. Explicou que a ação fiscal foi decorrente do Processo nº 579.142/2003-6, onde foi denunciada a utilização de local não inscrito como depósito de mercadorias. Aduziu que em 2003, embora o CFAMT apontasse compras no valor de R\$1.171.869,14, os recolhimentos efetuados pelo autuado totalizaram R\$5.090,60. Manteve a ação fiscal.

O processo foi convertido em diligência, para que o autuante acostasse aos autos cópia do Processo nº 579.142/2003-6, que teria dado início ao procedimento de fiscalização. Em atendimento à diligência, foi acostada ao processo cópia de denúncia fiscal, onde consta que o autuado utilizava estabelecimentos sem inscrição estadual, para armazenar mercadorias. Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado reiterou os argumentos já apresentados.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator afastou as preliminares de nulidade e de decadência, bem como indeferiu a solicitação de diligência. Prosseguindo em seu voto, o relator discorreu sobre o arbitramento da base de cálculo e, em seguida, afirmou que o autuado protocolou uma “CERTIDÃO DE PERDA/EXTRAVIDO DE DOCUMENTOS”, deixando de apresentar documentos necessários à comprovação de registros efetuados.

Não foi acolhida a alegação defensiva pertinente à falta de autorização para o arbitramento, pois considerou o relator que “os requisitos que devem ser observados pelo atuante antes da lavratura do Auto de Infração, encontram-se no artigo 939 do RICMS/97, e todos foram observados”.

Quanto ao fato de o autuado estar enquadrado no regime do SimBahia, o ilustre relator explicou que, ao praticarem infrações de natureza grave, os contribuintes do SimBahia ficam sujeitos ao pagamento do ICMS pelo regime normal de apuração. Destacou que o crédito equivalente a 8% foi considerado no cálculo do imposto devido. Ressaltou que não se pode confundir a perda do tratamento previsto no regime do SimBahia com o desenquadramento do referido regime.

Quanto aos produtos enquadrados no regime de substituição tributária, o relator afirmou que a alegação defensiva não era capaz de elidir a autuação, pois o encerramento da fase de tributação só ocorre quando o adquirente realiza o efetivo recolhimento do imposto devido por antecipação, situação que só se comprova mediante apresentação das notas fiscais de aquisições e dos correspondentes DAE's. Salientou que, caso o ICMS devido por antecipação tivesse sido recolhido, não existiria ICMS a pagar no arbitramento, pois o atuante considerou os recolhimentos e o crédito de 8%.

Ao finalizar o seu voto, o ilustre relator votou pela procedência do Auto de Infração, sendo acompanhado pelos demais pares.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JF Nº 0104-04/07 merece ser reformado, conforme passo a relatar.

Após reiterar os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, alegando que não foram apreciados os fundamentos contidos nos itens 15 a 20 da defesa inicial, nos quais foi questionada a utilização da alíquota de 17% em vez dos percentuais do SimBahia.

O recorrente argúi a nulidade do lançamento, por ausência de fundamentação legal e técnica para o arbitramento da base de cálculo, especialmente por se tratar de empresa inscrita no SimBahia. Frisa que não foi obedecido ao disposto no § 2º do artigo 26 do COTEB, já que não existe no processo a autorização para o arbitramento, o que diz causar a nulidade do procedimento.

Alega o recorrente que o disposto no artigo 26 do COTEB só autoriza o arbitramento, quando o fisco não puder apurar o montante real do imposto devido, o que diz não ter ficado caracterizado. Menciona que a fiscalização arrecadou o contrato social, parte das notas fiscais de entradas e saídas e o livro Registro de Ocorrências e, em relação ao exercício de 2005, foram arrecadados os livros Registro de Saídas, Registro de Entradas, Registro de Inventário, Registro de Apuração de ICMS e DAEs. Assevera que, com a entrega desses livros e documentos, a empresa poderia ter sido fiscalizada pelos roteiros normais de auditoria. Aduz que, no período de 2001 a 2004, estava enquadrado no regime do SimBahia e, portanto, desobrigado de escriturar livros fiscais e de manter escrita contábil.

Destaca o recorrente que o RICMS-BA condiciona a perda ao direito do tratamento previsto no regime do SimBahia a expresso ato do inspetor fazendário e, no caso presente, o regime só foi revogado por essa autoridade em 31/05/05. Sustenta que “perda do direito” e o “desenquadramento” do tratamento do SimBahia são as mesmas coisas, pois os efeitos são iguais. Diz que a Decisão recorrida inverteu o sentido da norma e se mostrou contraditória.

O recorrente diz que as decisões citadas pelo relator da primeira instância são inócuas, pois as circunstâncias e os fatos são incompatíveis com os pensamentos ali esposados. Enfatiza que a

jurisprudência firmada neste CONSEF deixa claro que só se admite o arbitramento quando for impossível a utilização de qualquer outro roteiro de auditoria, especialmente quando se tratar de empresa do SimBahia. Cita ementas de diversas decisões proferidas neste Conselho e transcreve a Súmula nº 05 deste CONSEF.

Assinala o recorrente que o disposto no artigo 408-S, do RICMS-BA, prevê a necessidade do desenquadramento do contribuinte, para que se possa efetuar o arbitramento. Frisa que em 2005 foi realizado um levantamento quantitativo de estoque, o qual apurou um débito de R\$ 880,24, fato que diz demonstrar a regularidade da empresa. Afirma que, de 2001 a 2004, esteve enquadrado no regime do SimBahia, gozando legalmente desse regime e estando protegido pelo direito adquirido. Sustenta que é ilegal e inconstitucional o desenquadramento feito através do Auto de Infração. Destaca que sempre apresentou suas DMEs nos prazos regulamentares, nas quais lançava os dados relativos aos estoques e os saldos de caixa.

O recorrente diz que, caso se acolhesse o arbitramento, a autuação esbarraria no preceito regulamentar que somente o admite de forma restrita aos fatos que lhe deram causa, inclusive quanto ao lapso temporal. Sustenta que o lançamento afronta a declaração de que uma parte dos documentos foi apresentada, bem como desconsidera o período em que esteve em vigor o regime de substituição tributária para as rações animais. Diz que, no período em que as rações para animais domésticos foram inseridas na substituição tributária, por força do Decreto nº 9.152/04 foi obrigado a recolher o imposto sobre seus estoques por antecipação tributária e, portanto, esse fato vicia todo o arbitramento referente ao exercício de 2004. Frisa que a 4ª JF incidiu em erro ao desconsiderar o fator “substituição”, pois a primeira instância não percebeu que a tributação dos estoques deveria seguir os padrões do SimBahia. Transcreve dispositivos do Decreto nº 9.152/04.

Adentrando no mérito, o recorrente repete que a apuração do imposto encontra-se viciada pela aplicação da alíquota relativa ao regime normal de apuração, uma vez que no período estava enquadrado no regime SimBahia e, além disso, inexistiu ato da autoridade competente determinando o seu “desenquadramento” ou a “perda do direito ao regime”.

Salienta que o art. 408-S, do RICMS-BA, só permite a apuração do imposto com base nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos causadores do desenquadramento, o que diz só ter ocorrido a partir de junho 2005. Enfatiza que, entre 2001 e 2004, se encontrava sob a égide do SimBahia, o que induz a aplicação das condições e alíquotas previstas no RICMS para cada período de apuração. Diz ter acostou ao processo (fls. 314 a 324) cópia do Acórdão CJF nº 0066-11/03, proferido em julgamento de Auto de Infração lavrado pela via do arbitramento e pelo mesmo autuante, onde o CONSEF decidiu que era “*Cabível a aplicação da alíquota de 5% sobre a base de cálculo apurada, em face do sujeito passivo recolher o imposto com base na receita bruta*”.

Após afirmar que o desenquadramento não pode se dar por meio do próprio Auto de Infração, o recorrente faz alusão ao despacho da PGE/PROFIS acostado às fls. 447 a 450, onde o senhor procurador chefe da PGE/PROFIS externa o entendimento de que o regime concedido ao contribuinte possuía garantias constitucionais, não podendo ser alterado mediante lançamento de ofício. Diz o recorrente que, no presente caso, a situação é agravada pelo desenquadramento posterior e pelo desrespeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

O recorrente repisa que os cálculos realizados no arbitramento estão viciados, pois não refletem a sua realidade comercial. Diz que, diante da falta de razoabilidade na aplicação do arbitramento, não pode sequer apresentar números em contraposição. Referindo-se ao exercício de 2004, diz que em outubro os estoques encontravam-se adstritos à norma específica da substituição. Quanto aos demais exercícios, afirma que em razão do regime ao qual estava submetido a autuação não procede. Destaca que, em relação ao exercício de 2003, se imposto fosse devido, seria pelas alíquotas definidas no Decreto nº 9.152/04.

Alega o recorrente a decadência dos fatos geradores ocorridos até o mês de setembro de 2001, pois fora notificado acerca da autuação em 29/09/06 e, portanto, nos termos do art. 150, § 4º, do

CTN, os fatos ocorridos até o mês de setembro de 2001 já estavam decaídos, uma vez que os valores devidos foram recolhidos. Para embasar sua alegação, transcreve jurisprudência.

Ao finalizar, o recorrente protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela juntada posterior de documentos e revisão por fiscal estranho ao feito para apurar o imposto pela alíquota do SimBahia. Requer, sucessivamente, a nulidade da Decisão recorrida, a nulidade, a improcedência ou a procedência em parte do Auto de Infração.

Ao exarar o Parecer de fls. 454 a 462, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não vislumbra nos autos a ocorrência de supressão de instância que enseje a nulidade da Decisão recorrida, pois consta na Decisão de primeira instância a motivação para a apuração do imposto pelo regime normal.

A Parecerista afirma que alegação de decadência feita pelo recorrente é destituída de qualquer lógica jurídica, pois o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública constituir seu crédito, como direito protestativo indelével, será:

- a) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, se o tributo sujeitar-se a lançamento direto ou por declaração;
- b) de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador no caso do lançamento por homologação em que há o pagamento antecipado completo do imposto corretamente liquidado pelo contribuinte;
- c) de dez anos a contar do fato gerador nos casos de lançamento por homologação sem que haja pagamento antecipado ou exista pagamento parcial, ou, mais ainda, caso o imposto tenha sido liquidado de forma ilegal e incorreta, hipóteses em que surgirá a figura do lançamento direto substitutivo do lançamento por homologação. Para embasar seu entendimento, a ilustre Parecerista cita doutrina.

No mérito, afirma que o arbitramento da base de cálculo é um regime de apuração do imposto que está respaldado na legislação deste Estado. Sustenta que, no caso em tela, o extravio dos livros e documentos fiscais do contribuinte, por ele mesmo declarado, impossibilitou a aplicação de outro método de apuração do imposto nos exercícios de 2001 a 2004, já que relativamente ao exercício de 2005 a apuração foi feita por meio de levantamento quantitativo de estoques, em razão da existência dos livros e documentos.

Afirma que não merece guarida a alegação recursal referente à autorização para a adoção do arbitramento, pois a lavratura de Auto de Infração é da competência de auditores fiscais. Aduz que, nos termos dos artigos 408-R e 408-S, do RICMS, o imposto deve ser apurado por meio de arbitramento, com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, sempre que o contribuinte não dispuser de elementos necessários à determinação da base de cálculo. Diz que o recorrente não juntou documentos que comprovassem o efetivo pagamento do imposto referente aos produtos enquadrados no regime de substituição tributária.

Ao finalizar, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, pois considera que os argumentos recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida.

VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário o primeiro item do lançamento (infração 1), no qual foi cobrado ICMS *“apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil”*.

O recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida, alegando que a Primeira Instância deixou de apreciar alegações expendidas nos itens 15 a 20 da defesa. Todavia, a primeira instância expressamente apreciou as referidas alegações defensivas, conforme se pode depreender da leitura do último parágrafo da fl. 416 dos autos, onde o ilustre relator assim se pronunciou:

[...] Assim, ao praticarem infrações de natureza grave, os contribuintes do SimBahia ficam sujeitos ao pagamento do ICMS pelo regime normal de apuração [...]. Destaco que o autuante concedeu o crédito de 8% previsto para os contribuintes do SimBahia, não podendo ser questionada a apuração pelo regime normal de fiscal (sic), uma vez que a infração é considerada de natureza grave, estando já autorizado por lei que o ICMS seja apurado pelo regime normal [...]

Dessa forma, considero que a alegação defensiva pertinente à aplicação da alíquota de 17% (alíquota prevista para o regime normal) em vez dos percentuais do SimBahia foi abordada e afastada, não havendo, assim, como prosperar a alegação recursal de que a Decisão recorrida teria sido omissa em relação a essa matéria. Afasto, portanto, essa preliminar.

Também afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração – por ausência de fundamentação legal e técnica –, uma vez que a autorização do inspetor fazendário para que fosse efetuado o arbitramento não era necessária, tendo em vista que o arbitramento em tela foi decorrente da falta de apresentação ao fisco de livros e documentos. Mesmo que essa autorização prévia fosse necessária, considero que o inspetor fazendário, ao visar o Auto de Infração (fl. 1), estava concordando com o arbitramento realizado pelo autuante. Assim, ficou suprida a ausência de dessa referida autorização – a qual, reitero, não era necessária para o caso em tela.

As intimações acostadas ao processo comprovam que o recorrente deixou de apresentar ao fisco livros e documentos fiscais e contábeis, os quais eram necessários à aplicação de roteiros normais de fiscalização. Além disso, a certidão de fl. 14, apresentado pelo próprio recorrente, onde ele comunica o extravio de notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias referentes ao período de janeiro de 1999 a maio de 2005, de livros Registro de Inventário de 1999 a 2004; de DME de 1999 a 2004; de DAEs de 1999 a maio de 2005; e, de documentos diversos de contabilidade e de folha de pagamento. A falta de apresentação à fiscalização desses livros e documentos fiscais e contábeis justifica o arbitramento da base de cálculo do imposto, uma vez que o fisco ficou impedido de, mediante roteiros normais de fiscalização, apurar o real valor das operações realizadas pelo recorrente no período de 2001 a 2004.

Os documentos pertinentes aos exercícios de 2001 a 2004 que foram entregues ao autuante (contrato social, parte das notas fiscais de entradas e de saídas e livro Registro de Ocorrência) não são suficientes para a fiscalização da empresa. O contrato social e o livro Registro de Ocorrência não permitem o desenvolvimento de qualquer roteiro de auditoria fiscal ou contábil. Por seu turno as notas fiscais de entradas e de saídas (que poderiam permitir a realização de alguns roteiros de auditoria fiscal) só foram apresentadas em parte. Dessa forma, não havia como se fiscalizar o recorrente, relativamente aos exercícios de 2001 a 2004, pelos roteiros normais de fiscalização. Justificava-se, portanto, o arbitramento realizado.

Os contribuintes enquadrados no regime do SimBahia estão dispensados de algumas obrigações acessórias, porém essa dispensa não é total, como tenta fazer crer o recorrente. O RICMS-BA, ao tratar das obrigações acessórias das empresas enquadradas no citado regime, relaciona diversas obrigações acessórias que devem ser observadas por essas empresas. O disposto no artigo 408-C, do RICMS-BA, prevê que, além do arquivamento das notas fiscais de entrada e de saída e de outros documentos, as empresas enquadradas no regime do SimBahia estão obrigadas a escriturar o “livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do Livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária”.

Dessa forma, vê-se que o recorrente, mesmo enquadrado no regime do SimBahia, estava obrigado a escriturar o livro Registro de Inventário e a manter escrituração contábil e, caso decidisse não manter a escrituração contábil, deveria, em substituição, escriturar o livro Caixa. Esses livros, além dos documentos fiscais, são elementos essenciais à aferição da regularidade tributária das empresas optantes pelo regime do SimBahia. Sem esses livros não há como se realizar, por exemplo, auditoria de estoques, auditoria da conta Caixa, auditoria da substituição tributária, aferir

se os valores das compras estão compatíveis com a condição do contribuinte, se há necessidade de reenquadramento ou desenquadramento.

A conferência das notas fiscais coletadas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFATM) é um roteiro de fiscalização muito limitado, que se presta para verificações pontuais, servindo mais como um indicador para o fisco do que como um roteiro suficiente para que sejam homologados exercícios. Saliento que, mesmo com essas limitações, o CFATM conseguiu provar que, no exercício de 2003, o recorrente realizou compras interestaduais no valor de R\$1.171.869,14 e, no entanto, só efetuou recolhimento de ICMS no valor de R\$5.090,60 – o que, convenhamos, não é muito compatível com as aquisições realizadas.

Também merece ser ressaltado que os livros e documentos apresentados referentes ao exercício de 2005 (Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração de ICMS e DAES) não elidem a acusação, pois em relação ao exercício de 2005 não houve qualquer arbitramento.

Conforme já foi bem ressaltado na Decisão recorrida, nos termos do art. 408-L, V, do RICMS-BA, a empresa que incorrer na prática de infração de natureza grave de que trata o inciso IV do artigo 915 do RIMCS-BA perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime do SimBahia. No caso em tela, o procedimento irregular do recorrente (falta de apresentação ao fisco de livros e documentos) justificou o arbitramento da base de cálculo do imposto, o que acarretou a aplicação da multa prevista no art. 915, IV, “i”, do RICMS-BA. Desse modo, o fato de estar o recorrente enquadrado no regime do SimBahia não era impedimento para que se realizasse o arbitramento da base de cálculo e para que se apurasse o imposto pelos critérios aplicáveis às operações normais.

Relativamente à necessidade de que o inspetor fazendário efetuasse o desenquadramento da empresa para que fosse realizado o arbitramento, discordo dessa tese defendida pelo recorrente. Considero que não há a necessidade de tal procedimento, uma vez que o art. 408-L, V, do RICMS-BA, autoriza a apuração do imposto em tela pelos critérios e alíquotas cabíveis às operações normais. Comungando com o posicionamento externado pelo relator da Decisão recorrida, considero que apenas nos casos de “desenquadramento” há a necessidade de ato do inspetor fazendário, porém tal ato não é necessário quando a legislação determina que o imposto seja apurado com a “perda do direito” ao tratamento previsto no regime do SimBahia.

Quanto às decisões citadas pelo recorrente, acompanho o opinativo da PGE/PROFIS, uma vez que nelas a falta de apresentação de documentos não era suficiente para impedir a apuração do montante da base de cálculo. As decisões referentes a arbitramento de base de cálculo de empresas que apuravam o imposto pelo regime de receita bruta (a exemplo do Acórdão CJP nº 0066-11/03) não servem como paradigmas, pois aquelas decisões tratam de situações diversas da que se encontra em lide.

O despacho do procurador chefe da PGE/PROFIS, acostado pelo recorrente, não trata da mesma situação em comento, pois, naquele despacho, é dito que: *“No caso em exame, o autuante, quando da lavratura do Auto de Infração, procedeu ao desenquadramento do contribuinte do regime simplificado e, ato contínuo, cobrou o valor do imposto pelo regime normal.”*

No caso em tela, o recorrente não foi desenquadrado do regime simplificado pelo autuante. Conforme foi dito no Recurso Voluntário, o recorrente esteve enquadrado no SimBahia até 31/05/05, quando foi desenquadrado pela inspetoria fazendária. Assim, vê-se que o direito do recorrente de permanecer no regime do SimBahia foi respeitado, apesar de o imposto arbitrado ter sido apurado pelo regime normal, já que a legislação assim determina.

Como já dito acima, os documentos apresentados relativamente aos exercícios de 2001 a 2004 são insuficientes para se apurar o imposto devido, mesmo que o arbitramento fosse realizado para determinados lapsos temporais. Considerando a condição de SimBahia, a falta de apresentação

dos livros Registro de Inventário e Caixa impede que se apure o imposto com base em outro intervalo de tempo.

Quanto às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em 30/09/2004, considero que foi correto o posicionamento da primeira instância, pois todos os recolhimentos efetuados pelo recorrente foram considerados no arbitramento realizado e, além disso, é necessária a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária para que se possa considerar encerrada a fase de tributação. O critério empregado para a apuração do imposto devido sobre o estoque existente no estabelecimento em 30/09/04, previsto no Decreto nº 9.152/04 – caso tenha sido apurado e recolhido pelo recorrente, uma vez que não há provas nos autos – não pode ser estendido à apuração do imposto devido apurado mediante arbitramento, uma vez que o critério previsto no citado decreto é específico para aquela situação.

O recorrente também suscita a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até o mês de setembro de 2001, por entender que, em relação a esses fatos geradores, deveria ter sido aplicado o previsto no artigo 150, § 4º, do CTN.

Com o devido respeito, discordo do posicionamento do recorrente, uma vez que o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O artigo 150, § 4º, do CTN, prevê que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”*. Dessa forma, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar *“do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”* (artigo 107-A, inciso I, do COTEB, e artigo 965, inciso I, do RICMS-BA).

Quanto à homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN, saliento que a mesma só ocorreria se o imposto devido tivesse sido lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária estadual. Porém, no caso em tela, o imposto que está sendo cobrado não foi lançado pelo recorrente e, exatamente por esse motivo, está sendo exigido mediante lançamento de ofício, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 173, I, do CTN, como pleiteia o recorrente.

A jurisprudência citada pelo recorrente relativamente à questão da decadência, além de não tratar da exata situação que se encontra em lide, não possui o condão de modificar o entendimento pacificado neste CONSEF acerca da matéria. Ademais, essa jurisprudência não vincula a presente Decisão, a qual está respaldada na legislação tributária estadual citada acima.

O fato de ser a exigência fiscal considerada como ocorrida no dia 31/12/01, decorreu da impossibilidade de se determinar com precisão a data da ocorrência do fato gerador do imposto arbitrado. Antevendo a possibilidade da ocorrência dessa situação, o RICMS-BA, no § 3º do artigo 938, determinou que se considerasse ocorrido o fato gerador *“no último dia do período fiscalizado”*. Desse modo, o procedimento adotado pelo autuante está em estrita conformidade com a legislação tributária estadual vigente.

Para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2001, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/06 para constituir o crédito tributário. Considerando que o crédito foi constituído em 28/09/06, quando foi lavrado do Auto de Infração, não houve a alegada decadência.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

Adentrando no mérito, observo que as alegações recursais são as mesmas já apresentadas nas preliminares e que foram rebatidas e afastadas, uma a uma, neste voto. Quanto aos valores consignados no arbitramento, o recorrente se limitou a alegar que não podia contrapor números. Considerando que restou comprovada a falta de apresentação ao fisco de livros e documentos fiscais e contábeis, se justifica o arbitramento realizado.

Pelo exposto e em consonância com o Parecer da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206825.0008/06-8**, lavrado contra **AMOEDO MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LIMITADA (AMOEDO MARTINS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$284.121,57**, acrescido das multas de 70% sobre R\$880,24 e 100% sobre R\$283.241,33, previstas no art. 42, III, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antônio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco,

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. DA PGE/PROFIS