

A. I. Nº - 206825.0008/06-8
AUTUADO - AMOEDO MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LIMITADA.
AUTUANTES - ANTONIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08. 05. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-04/07

EMENTA: ICMS. 1. 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 de outros roteiros de fiscalização. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a arguição de decadência. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de revisão fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2006, para exigir ICMS no valor de R\$284.121,57, acrescido da multas de 100% e 70%, decorrente das seguintes irregularidades:

- 1- 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, 2002, 2003 e 2004.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$880,24, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2005), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas.

No campo do Auto de Infração denominado de Descrição dos Fatos, o autuante, além de outras informações, acrescenta que o levantamento dos valores e a descrição dos fatos geradores da obrigação tributária principal encontram-se devidamente detalhados no termo de fiscalização, fls.216 a 224. Informa ainda que juntou cópias das intimações, cópia de certidão de Perda/Extravio de documentos, 222 notas fiscais do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT.

O autuado, às fls. 290 a 304, impugnou o lançamento tributário, inicialmente requerendo a nulidade da infração 01, por entender que falta fundamentação legal e técnica para a apuração do arbitramento, em se tratando de contribuinte inscrito no SimBahia, “na condição de microempresa ou EPP”.

Em seguida transcreveu os artigos 26 e 27 da Lei 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia:
ACÓRDÃO JJF Nº 0104-04/07

“Art. 26. A base de cálculo será arbitrada quando o Fisco não puder apurar o montante real do imposto devido, em razão de:

I - serem negados, extraviados ou desaparecidos os livros e documentos fiscais e contábeis, isolada ou conjuntamente;

II - ser comprovada sonegação do imposto e o Fisco não puder conhecer o montante sonegado;

III - omissão de registro fiscal ou contábil;

IV - registro fiscal ou contábil fictício ou inexato;

V - falta de extração de documento fiscal ou sua extração em desconformidade com a operação realizada;

VI - utilização do regime especial em desobediência às normas que o regem.

§ 1º As ações ou omissões descritas nos incisos III, IV, V e VI só autorizam o arbitramento, quando a escrita se tornar impréstável para determinar as entradas, ou as saídas, ou o estoque de mercadorias.

§ 2º Exceto em caso de mercadorias apreendidas no trânsito, desacompanhadas de documento fiscal ou acobertadas por documento fiscal inidôneo, far-se-á necessária a autorização do Inspetor Fiscal ou outra autoridade fiscal indicada pelo regulamento para que se proceda o arbitramento.

§ 3º A base de cálculo do arbitramento será o valor da operação, considerado como tal o custo real e estimado das mercadorias acrescido de percentual, estabelecido em regulamento, para o ramo de negócio preponderante da atividade do contribuinte.

Art. 27. O regulamento estabelecerá normas complementares aos regimes de estimativa e de arbitramento previstos nos artigos anteriores.”

Salienta que no presente caso o arbitramento não obedeceu ao disposto no § 2º, do art. 26, acima transcrito, pois não existe no PAF (pelo menos não foi exibido ao contribuinte) a autorização para a utilização do método do arbitramento, o que, por si só, impõe nulidade ao procedimento.

Ressalta que o mesmo artigo somente autoriza o arbitramento quando o fisco não puder apurar o montante real do imposto devido, o que não teria sido caracterizado na ação fiscal, pois, conforme termo de encerramento de fiscalização, foram arrecadados os seguintes documentos: contrato social, parte de notas fiscais de entradas e saídas, livro de Ocorrências e, “para o exercício de 2005, LRS, LRE e LRI, LRAICMS e DAE’S”. Por outro lado, se a empresa estava enquadrada no Simbahia, no período de 2001 a 2004, não estaria obrigada a escriturar livros fiscais, nem a manter contabilidade.

Salienta que a jurisprudência firmada no CONSEF, traduzida nas ementas que transcreveu, somente admite o arbitramento quando for impossível a utilização de qualquer outro roteiro de auditoria, o que não se configurou no caso em lide, ainda mais tratando-se de contribuinte do SimBahia. Destaca que o próprio Auto de Infração demonstra a possibilidade de se fazer outros roteiros de auditoria, a exemplo das notas levantadas no sistema CFAMT, que poderiam servir de base para eventual cobrança.

Em seguida transcreveu as Ementas dos Acórdãos nºs. CJF Nº 0401-11/02; CJF Nº 3433/98; CJF Nº 0032-12/02; CJF Nº 2249-12/01; JJF Nº 0671/01; JJF Nº 0132-02/03; JJF Nº 0216-03/03; JJF Nº 0470-03/05 e Súmula CONSEF 05.

Aduz que o art. 408-S, do RICMS/97, impõe a necessidade de desenquadramento, a partir da ocorrência dos fatos que lhe derem causa, o que somente ocorreu em 2005, período em que o autuante encontrou um débito no valor de R\$ 880,24.

Argumenta que, em parte do período objeto da autuação, os produtos comercializados (ração para animais domésticos) estavam enquadrado na substituição tributária, conforme Decreto 9.152/2004, de 01/10/2004, sendo a fase de tributação encerrada nas entradas, tendo ainda a legislação obrigado a antecipação dos estoques, o que atinge por vício insanável toda a apuração do exercício de 2004.

Destaca que, tratando do lapso temporal do arbitramento, o CONSEF também já firmou sua posição no acórdão CS nº 0460/01, o qual transcreveu:

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0460/01

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso. O procedimento de apuração do imposto pelo método do arbitramento, aplicável a todo o exercício fiscal, em razão do extravio de parte dos documentos fiscais, resultou em exigência tributária que contraria as disposições do art. 91, § 7º do RICMS/89. Não demonstrada a necessidade de aplicação do método extremo de apuração do imposto a todo período fiscal, deve o arbitramento ser declarado nulo. **2. (...). Recurso PROVIDO. Decisão unânime.**

No mérito, assevera que a apuração encontra-se viciada pela indevida e ilegal aplicação da alíquota relativa ao regime normal de apuração, posto que, entre 2001 e 2004 encontrava-se sob o regime do Simbahia. O art. 408-S só permite a apuração com base nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, o que somente ocorreu em 01/06/2005, transcrevendo os Acórdãos CJF Nº 0066-11/03, CJF Nº 0397-01/02, JJF Nº 0378-01/02, JJF Nº 0286-03/03, JJF Nº 0377-03/02 e CJF Nº 0434-12/02.

Aduz que a PGE, consoante despacho do coordenador da PROFIS, também entende que o Regime concedido ao contribuinte possui garantias constitucionais, não podendo ser alterado mediante lançamento de ofício, no presente caso a situação encontra-se agravada pelo desenquadramento posterior, ou, melhor ainda, pelo desrespeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Assevera que os cálculos apresentados no Termo de Encerramento de Fiscalização se encontram totalmente viciados, pois não refletem a realizada comercial do autuado, no que concerne às compras, vendas e estoques, dizendo impossibilitada de apresenta números em contraposição, alegando decadência em relação ao exercício de 2001.

Ao finalizar, requer a nulidade da autuação, revisão por fiscal estranho ao feito, improcedência ou a procedência em parte, sendo mantida a infração 02 e improcedência da infração 01.

O auditor autuante, às fl. 338 a 343, contesta a defesa apresentada pelo autuado, ressaltando que o procedimento de auditoria teve origem com o Processo nº 579.142/2003-6 onde registra-se, entre outros, que a empresa utilizou de local sem inscrição estadual como depósito de mercadorias e, embora, o Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, para o exercício de 2003, totalizasse também, R\$ 1.171.869,14, a arrecadação, no mesmo período, foi apenas de R\$ 5.090,60, motivo pelo qual tal processo fez surgir a referida fiscalização.

Informa que o autuado foi intimado em 15/08/2006 para entrega de livros e documentos e em 18/08/2006 apresenta certidão de perda/extravio de documentos que apresenta o seguinte teor:

“DATA: 15/8/2006; HORA: 17H00MIN; LOCAL: ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE AMADEU SOUZA GALVÃO; BAIRRO: AV. SAN MARTIN (2º CIRCUNSCRIÇÃO)

ALEGA O COMUNICANTE QUE É PROPRIETÁRIO DA EMPRESA AMOEDO MARTINS COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. E QUE NO DIA E HORA MENCIONADA. DEU POR FALTA DOS SEGUINTE DOCUMENTOS: NOTA FISCAL DE ENTRADA E SAÍDA DE ENTRADA E SAÍDAS DE MERCADORIAS, DE JANEIRO DE 1999 A MAIO DE 2005, LIVRO DE INVENTÁRIO DE 1999 A 2004, DME DE 1999 A 2004, DAE DE 1999 A MAIO DE 2005 E DOCUMENTOS DIVERSOS DE CONTABILIDADE E FOLHA DE PAGAMENTOS, QUE FORAM EXTRAVIADOS NA EMPRESA DE CONTABILIDADE AMADEU SOUZA GALVÃO. FATO REGISTRADO PARA AS DEVIDAS PROVIDÊNCIAS.”

Ressalta que, segundo o alegado, a empresa perdeu os documentos justamente no dia que recebeu a intimação para apresentação dos mesmos.

Salienta que, embora o autuado tenha comunicado à polícia a perda dos seus livros e documentos, apresentou pequena parte das notas fiscais de entradas e de saídas e cópia do contrato social sendo, no mesmo dia 18/08/2006, intimado para apresentação dos livros fiscais e contábeis, livro registro de empregados, DMA's, DAE's e comprovantes de despesas.

Destaca que, em 23/08/06, apresentou parte dos livros relativo ao exercício de 2005. No dia 28/08/06, por intermédio do seu contador, a empresa perpetra a seguinte declaração: “Declaro para fins de fiscalização perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que a empresa Amoedo Martins Comércio e Representações Ltda., I.E. nº 46.501.626, não mais dispõe de qualquer livro ou documento fiscal/contábil, haja vista, extravio dos mesmos.”

Frisa que, na tentativa de possibilitar a confecção de levantamentos quantitativos, em 05/09/06 a empresa foi intimada a apresentar os registros das quantidades dos estoques finais de mercadorias, de acordo com o texto a seguir:

“Considerando a declaração da empresa, de extravio de livros e documentos fiscais e contábeis pertinentes às suas transações mercantis, fica a mesma intimada para apresentar, se existirem (no dia 11/09/2006 às 14h30, na INFAZ Atacado, Rua Cristiano Buys, 177, Barros Reis), os registros das quantidades dos estoques finais de mercadorias em cada exercício (de 2000 a 2004), sob pena de, para fins de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, quando não for possível outro registro, os mesmo serem considerados como “zerados”. Contato através do ...”

Diz que, de forma gradativa, foram entregues as declarações de estoques por espécies de mercadorias, contudo, mesmo assim, ficaram registradas as seguintes ocorrências:

- 1- Inutilização, extravio, perda ou guarda fora do estabelecimento de 3650 notas fiscais e o livro registro de Inventário de 1999 a 2004;
- 2- Não apresentação das notas fiscais de entradas de mercadorias tributáveis, para o período de 2003, registradas pelo Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, conforme relação constante das páginas 278 a 280 deste processo.
- 3- Registro de saldo inicial em caixa, para o exercício de 2003, no valor de R\$ 5.575,57, compras no valor de R\$ 1.729.726,43 e vendas de apenas R\$ 435.542,82 no período.
- 4- Registro na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – DME de 2003 com estoque final no valor de R\$ 1.328.240,70 e com estoque inicial do exercício de 2004 no valor de R\$ 144.563,70.
- 5- Ainda, os estoques declarados pelo contribuinte, apresentaram as seguintes divergências em relação aos valores constantes das DME's:

EXERCÍCIOS	ESTOQUES DECLARADOS PARA AUDITORIA	ESTOQUES DECLARADOS NAS DME'S
------------	---	-------------------------------------

2001		
INICIAL	409.334,00	123.840,50
FINAL	483.143,00	151.403,90

2002		
INICIAL	483.143,00	151.403,90
FINAL	749.145,80	42.315,27

2003		
INICIAL	749.145,80	42.315,24
FINAL	1.273.016,00	1.328.240,70

2004		
INICIAL	1.273.016,00	144.563,70
FINAL	162.161,50	162.161,95

Concluindo, diz que não merecem fé as declarações de estoques perpetradas pelo contribuinte durante a auditoria fiscal, tendo sido extraviado livros e documentos fiscais e contábeis, como também, grande quantidade de notas fiscais, ficando constada a total impossibilidade do levantamento real da base de cálculo das transações legal da base de cálculo.

Assevera que o método do arbitramento foi utilizado com fulcro no artigo 937, inciso I, combinado com os artigos 408-R; 408-S; 146, incisos I e II, e § 1º e 938, inciso I, “g”, § 2º do RICMS/97.

Quanto ao questionamento defensivo relativo ao desenquadramento do SimBahia, esclarece que, na realidade, apenas aplicou o que diz o artigo 408-L, inciso V do RICMS/97. Destaca que o artigo 408-S do mesmo regulamento, estabelece que quando se constatar qualquer das situações previstas nos artigos 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquasramento, sendo concedido o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, previsto no § 1º do artigo retrocitado. Assim, como visto, o tratamento no tocante à definição do método para a cobrança do tributo, em razão do arbitramento da base de cálculo, não fica na dependência da oficialização do desenquadramento por parte da Repartição Estadual.

Quanto a alegação de decadência do exercício de 2001, aduz que a defesa deveria ter colocado em negrito a expressão “**Se a lei não fixar prazo à homologação...**” constante do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, pois, sendo assim, no caos do ICMS, pelo menos no Estado da Bahia, o prazo de 05 (cinco) anos para se registrar o efeito da decadência não deverá ser contado a partir da ocorrência do fato gerador e sim, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme artigo 28 e §1º do Código Tributário do Estado da Bahia e artigo 965, inciso I, do RICMS/97.

Finaliza opinando pela manutenção do Auto de Infração.

A 4ª JJF resolveu converter o PAF em diligência à INFAZ/ATACADO para que o autuante acostasse aos autos o Processo nº 579.142/2003-6, que segundo o autuante teria dado início ao procedimento de fiscalização, devendo fornecer cópia ao autuado para se manifestar no prazo de lei.

O auditor autuante cumpriu o solicitado, apresentando cópia da Denúncia Fiscal, datada de 04/11/2003, onde consta que o autuado utilizava dois estabelecimentos, sem inscrição estadual, para

armazenar suas mercadorias, localizados à Rua Luis Anselmo nº 180 e nº 9-B, denúncia que foi comprovada pela fiscalização, sendo lavrado o Auto de Infração 929814-2

Às folhas 388/389, o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal, reitera os argumentos apresentados na defesa inicial e diz que o artigo 408-L, inciso V do RICMS/97 atribui ao Inspetor fazendário a competência para o ato do desenquadramento, aduzindo que os Acórdão CJF 0144-12/05 e 0145-11/05 tratam da impossibilidade do desenquadramento retroativo e mediante Auto de Infração.

Às folhas 396/397, o autuado recebeu cópia do resultado da diligência e foi intimado para a se manifestar.

Às folhas 399/400, o autuado ao se manifestar sobre a diligência e os documentos acostados, mais uma vez, reitera todos os termos de sua defesa, acrescentando que a diligência nada acrescenta que possa ser de sustentáculo para a autuação, não servindo, por via conexa, de suporte ao arbitramento levado a efeito, uma vez que o autuado já foi punido pela utilização de depósito sem inscrição. Quanto ao despacho à folha 382, salienta que apenas sugeriu a fiscalização da empresa, não o desenquadramento ou o arbitramento.

À folha 403, o autuante reitera as informações fiscais anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 02 (duas) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência da infração 02, no final de sua peça defensiva. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, estando caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita à acusação 01, consignadas no Auto de Infração, a qual passo a analisar.

Na infração 01 é imputado ao autuado a 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, relativa aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004.

Inicialmente, em relação a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram durante o exercício de 2001 e o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme legislação tributária em vigor, inclusive o artigo 107-A, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia.

Afasto as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração encontra-se revestidos das formalidades legais e o procedimento do arbitramento da base de cálculo está previsto no art. 22 da Lei n.º 7.014/96, em consonância com o art. 148, do CTN e a Lei Complementar n.º 87/96, que estabelece quando e como deve ser feito o arbitramento. Os requisitos a serem observados para o arbitramento e os métodos a serem seguidos, previstos nos arts. 937 e 938 do RICMS/97, foi observado pelo auditor, logo não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Não acato o pedido de diligência ou de perícia, haja vista que já tinha sido realizada uma diligência e, no entanto, o autuado não apresentou, naquela oportunidade, os documentos cuja falta ensejou o arbitramento. Ademais, os elementos existentes nos autos são suficientes para o deslinde da questão.

O arbitramento é na verdade um Regime de Apuração do Imposto, estando previsto no Regulamento do ICMS no artigo 119, in verbis:

“Do Regime de Arbitramento

Art. 119. A apuração do imposto pelo regime de arbitramento será feita nas hipóteses e segundo os critérios e formalidades previstos nos arts. 937 a 939.”

Entretanto, não se trata de uma criação do RICMS/Ba, o referido regime encontra-se previsto Código Tributário Nacional, ao cuidar do lançamento tributário, prevê, no art. 148, que:

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

No mesmo sentido, a matéria é tratada no artigo 26 do Código Tributário do Estado da Bahia, no artigo 18 Lei Complementar n.º 87/96 e no artigo 22 da Lei n.º 7.014/96, estabelecendo quando e como deve ser feito o arbitramento, os quais transcrevo:

Código Tributário do Estado da Bahia

“Art. 26. A base de cálculo será arbitrada quando o Fisco não puder apurar o montante real do imposto devido, em razão de:

I - serem negados, extraviados ou desaparecidos os livros e documentos fiscais e contábeis, isolada ou conjuntamente;”

Lei Complementar n.º 97/96

“Art. 18. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

Lei 7014/96

“Art. 22. Quando o cálculo do tributo tiver por base ou tomar em consideração o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que:

I – forem omissos ou não merecerem fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado;”

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.

Por sua vez, este órgão julgador, mediante decisões prolatadas, em especial, pelas Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, nos julgamentos reiterados dos litígios decorrentes de lançamentos fiscais, tem firmado o entendimento de que 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.

Dentre os fatos motivadores do arbitramento, encontra-se a falta de exibição, ao fisco, dos documentos necessários à comprovação dos registros fiscais e contábeis, a falta de apresentação de livros fiscais ou contábeis, ou a sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados. Nesta situação, a jurisprudência consubstanciada nas decisões reiteradas deste Conselho é no sentido de que o arbitramento constitui um procedimento legítimo para determinação da base de cálculo do ICMS quando o contribuinte não mantiver escrituração ou quando esta não for apresentada durante o processo de auditoria ou contiver erros, vícios ou deficiências. Somente a títulos de exemplo, transcrevo algumas Ementas:

“2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. O procedimento fiscal tem fundamento na legislação. O RICMS/97, no art. 937, prevê a possibilidade de se calcular o imposto mediante arbitramento quando o contribuinte não entrega os livros e documentos da empresa, inclusive em caso de alegação de extravio. Sem o exame dos livros e documentos, não há como se saber se o contribuinte deixou ou não de pagar imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade. Está correto o lançamento. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0006-11/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DE LIVROS E DOCUMENTOS. Justifica-se o arbitramento. Foram atendidos os requisitos legais, pois sem o exame dos livros e documentos fiscais não há como se saber se o autuado deixou ou não de efetuar o pagamento do imposto. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.”

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0025-12/04

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 de sinistro não foram apresentados os livros e documentos fiscais necessários à comprovação dos lançamentos nos livros fiscais, impedindo a realização de outros roteiros de fiscalização. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.”

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-12/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA E SAÍDA SOB A ALEGAÇÃO DE SINISTRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Confirmada a não apresentação dos documentos fiscais em razão de incêndio. Os pré-requisitos para o arbitramento estão caracterizados. Um dos motivos para o arbitramento é precisamente a ausência de livros e documentos fiscais, não importando a causa. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE

INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Restou comprovada a falta de apresentação da DME, por se tratar de empresa enquadrada no SIMBAHIA. Retificação da penalidade aplicada. RECURSO NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-11/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBIL. *Decisão Modificada. Justificada a adoção do arbitramento. Preliminares de nulidade não acatadas. Efetuada a adequação às normas do art. 408-R, do RICMS-BA, e § 1º, art. 19, da Lei nº 7.357/98, com a nova redação dada pela Lei nº 8.534/02. Recurso de Ofício PROVIDO. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0120-11/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. SINISTRO. PEDIDO DE BAIXA DE INSCRIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Confirmada a não apresentação dos livros e documentos fiscais em razão de sinistro. Os pré-requisitos para o arbitramento estão caracterizados. Um dos motivos para o arbitramento é precisamente a ausência de livros e documentos fiscais, não importando a causa. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA.* *Infração não elidida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

‘2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0142-12/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Procedimento embasado na impossibilidade de desenvolver procedimento normal de fiscalização do estabelecimento. Justifica-se o arbitramento. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS SOB ALEGAÇÃO DE EXTRAVIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO EM VIRTUDE DA CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. *Modificada a decisão. Atendidos os requisitos legais. Justificada a adoção do arbitramento. Promovidas correções no cálculo do imposto devido. Afastada a nulidade suscitada. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.”*

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-11/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. *Justifica-se o arbitramento. Foram atendidos os requisitos legais. Infração caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0230-12/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. *Justifica-se o arbitramento. Negado o pedido de perícia contábil. Correção da multa aplicada, pois expressamente prevista na Lei do ICMS. Afastadas as preliminares de nulidade argüidas. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0255-12/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. EXTRAVIO DE LIVROS E DOCUMENTOS. *Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Refazimento dos cálculos reduz valor do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Afastada as preliminares de nulidade. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.”*

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0267-11/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DOS LIVROS E DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, existe motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0309-11/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS E SAÍDAS SOB A ALEGAÇÃO DE ROUBO E EXTRAVIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Confirmada a não apresentação dos documentos fiscais em razão de extravio. Os pré-requisitos para o arbitramento estão caracterizados. Um dos motivos para o arbitramento é precisamente a ausência de livros e documentos fiscais, não importando a causa....”*

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0344-12/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Refeitos os cálculos para a exclusão de despesas incluídas indevidamente na apuração da base de cálculo do arbitramento. Infração parcialmente subsistente. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0345-12/04

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0411-12/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Procedimento embasado na impossibilidade de desenvolver procedimento normal de fiscalização do estabelecimento. Justifica-se o arbitramento. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a arguição de decadência. Indeferido o pedido de revisão fiscal e perícia. Mantida a Decisão. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

Como podemos observa da legislação acima transcrita e das decisões deste órgão julgado, dentre os fatos motivadores do arbitramento, encontra-se a falta de exibição, ao fisco, dos documentos necessários à comprovação dos registros fiscais e contábeis, a falta de apresentação de livros fiscais ou contábeis, ou a sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, fato que

ocorreu na presente lide, conforme declaração constante da “CERTIDÃO DE PERDA/EXTRAVIO DE DOCUMENTOS” declarada pelo autuado junto ao Departamento de Crimes Contra o Patrimônio, folha 09, onde consta que:

“DATA: 15/8/2006; HORA: 17H00MIN; LOCLA: ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE AMADEU SOUZA GALVÃO; BAIRRO: AV. SAN MARTIN (2º CIRCUNSCRIÇÃO)

ALEGA O COMUNICANTE QUE É PROPRIETÁRIO DA EMPRESA AMOEDO MARTINS COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. E QUE NO DIA E HORA MENCIONADA. DEU POR FALTA DOS SEGUINTE DOCUMENTOS: NOTA FISCAL DE ENTRADA E SAÍDA DE ENTRADA E SAÍDAS DE MERCADORIAS, DE JANEIRO DE 1999 A MAIO DE 2005, LIVRO DE INVENTÁRIO DE 1999 A 2004, DME DE 1999 A 2004, DAE DE 1999 A MAIO DE 2005 E DOCUMENTOS DIVERSOS DE CONTABILIDADE E FOLHA DE PAGAMENTOS, QUE FORAM EXTRAVIADOS NA EMPRESA DE CONTABILIDADE AMADEU SOUZA GALVÃO. FATO REGISTRADO PARA AS DEVIDAS PROVIDÊNCIAS.”

Vale ressaltar que como destacou o autuante em sua informação fiscal, a ocorrência registrada pelo autuado somente aconteceu após o recebimento do Termo de Intimação, folha 07.

Por outro lado, ressalto, ainda, que a fiscalização decorrem de Denúncia Fiscal, folha 353 e seguintes, sobre a existência de 02 (dois) depósitos clandestinos, sem inscrição estadual, a qual foi comprovada mediante ação realizada pela Inspetoria de Fiscalização de Mercadoria em Trânsito da DAT/METRO, que lavrou o Auto de Infração da penalidade formal e encaminhou o processo para fiscalização do comércio, para que fosse procedida uma fiscalização mais aprofundada devido ao fato comprovado e a distorções no volume de compra do autuado em relação ao ICMS recolhido.

Observo que o autuante, antes de aplicar o roteiro do arbitramento, método legítimo que se encontra previsto não só na Legislação Estadual, mais no próprio CTN e na Lei Complementar n.º 87/96, tentou obter outros elementos para aplicar outro roteiro, objetivando certificar a regularidade do ICMS recolhido pelo autuado, porém, somente foi possível em relação ao exercício de 2005, o qual não foi incluído no arbitramento.

O argumento defensivo de que o autuante deveria requerer autorização específica para aplicar o arbitramento, não se aplica ao caso em tela, uma vez que não existe tal exigência, pois 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, para um melhor entendimento transcrevo o citado dispositivo:

“Art. 939. Para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o Auditor Fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá:

I - Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual será transcrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências; ou

II - Termo de Apreensão, quando se tratar de irregularidade constatada no trânsito de mercadorias.

Parágrafo único. O Termo de Fiscalização a que alude o inciso I conterá, entre outras, as seguintes indicações:

I - a infração cometida;

II - o dispositivo regulamentar em que se apóie o arbitramento;

III - o elemento que serviu de base à apuração;

IV - o valor das saídas ou dos serviços apurados;

V - o valor do ICMS;

VI - a importância recolhida;

VII - o valor dos créditos;

VIII - o total a recolher.”

A legislação prevê a necessidade de prévia autorização para realização do arbitramento, quando o mesmo for realizado pelo método previsto no inciso I-A do artigo 938 do RICMS. Entretanto, este método não foi aplicado na presente lide. O método utilizado na ação fiscal foi o previsto no inciso 1, do mesmo artigo, os quais transcrevo:

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

I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior, atualizado monetariamente, serão adicionados os valores, também atualizados, das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA):

I-A - dividindo-se o valor total das saídas apuradas em levantamento fiscal do movimento diário das operações em pelo menos três dias, consecutivos ou não, pela quantidade de dias do levantamento, e multiplicado-se esse resultado pela quantidade de dias de funcionamento do estabelecimento no mês considerado (Lei n.º 7.438/99);

...

§ 8º Mediante prévia autorização do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do contribuinte, com base na média mensal obtida a partir da aplicação do método previsto no inciso I-A deste artigo em pelo menos três meses, consecutivos ou não, poderá ser efetuado arbitramento relativo a período igual ou superior a um mês, desde que compreendido entre o décimo segundo mês anterior e o décimo segundo mês posterior, respectivamente, ao primeiro e ao último mês dos levantamentos fiscais utilizados para o arbitramento (Lei nº 7981/01).”

O argumento defensivo de que o autuado encontra-se enquadrado no SimBahia e não poderia ser aplicado do arbitramento, não retrata verdade das normas aplicadas aos contribuintes enquadrados no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), em especial o artigo 408-P combinado com o artigo 408-R, do RICMS/97, os quais determinam, expressamente, que:

*“Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido **sem** o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).” (grifo nosso)*

*“Art. 408-R. Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser **apurado o imposto mediante arbitramento.**” (grifo nosso)*

Ressalto que os dispositivos acima tratam especificamente dos contribuintes do SimBahia. Assim, ao praticarem infrações de natureza grave, os contribuintes do SimBahia, ficam sujeitos ao pagamento do ICMS pelo regime normal de apuração, inclusive, podem ser apurado mediante o roteiro do arbitramento, uma vez que o artigo 408-R estabelece que, nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento. Destaco que o autuante concedeu o crédito de 8% previsto para os contribuintes do

SimBahia, não podendo ser questionado a apuração pelo regime normal de fiscal, uma vez que a infração é considerada de natureza grave, estando já autorizado por lei que o ICMS seja apurado pelo regime normal, dispensada qualquer autorização previa do Inspetor Fazenda como quer o defendente.

Não podemos confundir a perda do benefício fiscal do tratamento prevista ao SimBahia, estabelecido nos artigos acima transcritos, com o desenquadramento do Regime do SimBahia. No caso objeto da presente lide, em relação aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, o contribuinte perdeu o direito de apurar o imposto, sobre as operações praticadas com infrações de natureza grave, pelo regime simplificado, continuando enquadrado no SimBahia, não necessitando de autorização, uma vez que a autorização já foi concedida pelo art. 408-L, a partir de 01/11/2000. Já, o desenquadramento, é condicionado a autorização do Inspetor, uma vez que trata-se de uma medida que exclui o contribuinte do SimBahia, sendo todas as suas operações, mesmo regulares serão apuradas com base no regime normal de tributação.

Quanto aos Acórdãos citados pela defesa, observo que tratam de fatos geradores anteriores à 01/11/2000, ou seja, antes da alteração nº 20 do RICMS, o qual deu nova redação ao art. 408-L do RICMS/97, Decreto nº 7.867/00.

No tocante ao argumenta que, em parte do período objeto da autuação, os produtos comercializados (ração para animais domésticos) estavam enquadrados na substituição tributária, conforme Decreto 9.152/2004, de 01/10/2004, sendo a fase de tributação encerrada nas entradas, também, não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, não basta que os produtos estejam listado no regime de antecipação para que, automaticamente, esteja encerrada a fase de tributação. O encerramento da fase de tributação, no caso em lide em que o autuado estava obrigado a realização a antecipação, somente ocorre quanto o adquirente realiza o efetivo recolhimento, situação que somente é comprovada mediante apresentação das notas fiscais de aquisições e os DAE's, documentos que não foram apresentados pelo autuado.

Sem a apresentação das notas fiscais com os respectivos comprovantes de recolhimentos do ICMS devido por Antecipação Tributária, não se pode falar em encerramento da fase de tributação, uma vez que não restou comprovado o efetivo pagamento.

Por outro lado, se o autuando tivesse realizado o recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativo aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004, e o ICMS normal relativo aos meses de janeiro a setembro do mesmo ano, não existiria ICMS a recolher constante do resultado do roteiro do arbitramento, pois, conforme consta do demonstrativo do arbitramento, folha 283, o autuante considerou os recolhimentos ("PAGAMENTOS CORRIGIDOS"), além do crédito de 8%. Assim, se o recolhimento do exercício fossem nos valores devidos, não restaria ICMS a ser exigido.

Destaco que, em 23/08/06, o autuado apresentou parte dos livros relativo ao exercício de 2005. No dia 28/08/06, por intermédio do seu contador, a empresa perpetra a seguinte declaração: "Declaro para fins de fiscalização perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que a empresa Amoedo Martins Comércio e Representações Ltda., I.E. nº 46.501.626, não mais dispõe de qualquer livro ou documento fiscal/contábil, haja vista, extravio dos mesmos."

Assim, entendo que o procedimento do autuante atendeu os procedimentos previstos na legislação, na jurisprudência do CONSEF e a própria Súmula nº 05, estando caracterizada a infração.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206825.0008/06-8**, lavrado contra **AMOEDO MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$284.121,57**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 880,24 e de 100% sobre R\$283.241,33, previstas no art. 42, III, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR