

PROCESSO - A. I. Nº 279804.0117/06-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MARCÃO CEREAIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - MARCÃO CEREAIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO e RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0078-01/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30/06/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. O procedimento fiscal tem fundamento na legislação, especificamente no art. 937 do RICMS/97, que prevê a possibilidade de se calcular o imposto mediante arbitramento, quando o contribuinte não entrega os livros e documentos da empresa. Sem o exame dos livros e documentos, não há como saber se o contribuinte deixou ou não de pagar imposto. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Exclusão do índice de correção aplicados nos valores apurados reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. Retificada, de ofício, a multa indicada na autuação. 2. LIVROS FISCAIS. LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, DE SAÍDAS, DE INVENTÁRIO, RAICMS e RUDFTO. EXTRAVIO. MULTA. Penalidade absorvida pela multa aplicada por descumprimento da obrigação principal referente à infração 1. Infração descabida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$616.226,30, e aplicar multa, no valor de R\$4.600,00, por descumprimento de obrigação acessória, em razão de:

1. ter deixado de recolher ICMS, no valor de R\$616.226,30, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, após devidamente intimado, em relação ao exercício de 2001;
2. ter extraviado livros fiscais relativos ao exercício de 2001, tendo sido aplicada multa no valor de R\$4.600,00.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa e por vício nas intimações realizadas. No mérito, alegou a ausência dos requisitos necessários ao arbitramento, pois não incorreu em sonegação fiscal e era possível apurar o real montante da base de cálculo do imposto. Disse que não apresentou os livros e documentos em razão de um incêndio ocorrido no escritório de contabilidade.

Na informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal.

Na sessão de julgamento, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fosse intimado o autuado a apresentar o inventário referente ao estoque final existente em 31/12/01.

Conforme o Parecer ASTEC Nº 047/2007, o autuado, apesar de regulamente intimado, não apresentou a documentação solicitada, o que prejudicou o cumprimento da diligência.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 1ª JJF converter o processo em nova diligência à ASTEC, para que o arbitramento fosse refeito com base nos valores históricos, bem como fossem excluídas as operações referentes a devoluções e a anulações de compras.

A diligência foi atendida, consoante o Parecer ASTEC Nº 158/2007. Informou o diligenciador que, após as devidas correções, o valor do débito referente à infração 1 passou de R\$616.226,30 para R\$ 537.325,26, segundo os demonstrativos de fls. 126 e 127.

Notificados sobre o resultado da última diligência, o autuado e o autuante não se pronunciaram.

Na Decisão recorrida, as preliminares de nulidade foram afastadas. O ilustre relator explicou que os Termos de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos suprem a ausência do Termo de Fiscalização, ao passo que a intimação acostada à fl. 9 comprova a concessão do prazo de quarenta e oito horas para a apresentação dos livros e documentos.

No mérito, a infração 1 foi julgada procedente em parte. Considerou a primeira instância que o arbitramento se justificava, uma vez que a falta de apresentação de livros e documentos fiscais referentes ao exercício de 2001 impossibilitara a apuração do imposto devido. As retificações efetuadas na última diligência foram acatadas, tendo em vista que o arbitramento deveria ser realizado com base nos valores históricos, bem como era necessário expurgar do arbitramento as aquisições que foram devolvidas ou canceladas.

A infração 2 foi julgada improcedente. Decidiu a primeira instância que, apesar de caracterizada a infração, a multa em tela deveria ficar absorvida pela pena indicada na infração anterior, nos termos do disposto no § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a primeira instância laborou em equívoco ao não considerar que os livros e documentos não foram entregues porque foram queimados em um incêndio ocorrido no escritório de contabilidade. Diz que esse fato foi comunicado à Secretaria da Fazenda em 12 de agosto de 2002. Para comprovar essas alegações, o recorrente acosta ao processo fotocópia da página 9 do jornal A Tarde que circulou no dia 24/06/02 (fl. 159), de Alvará de Funcionamento (fl. 160) de comunicação endereçada à SEFAZ (fls. 161 e 162) e de Registro de Ocorrência da Secretaria de Segurança Pública (fls. 163 a 166).

O recorrente sustenta que a lavratura do Auto de Infração chegou a ser um ato de má-fé, já que a fiscalização estava ciente da impossibilidade de apresentação dos livros e documentos solicitados. Diz que lhe foi exigido o cumprimento de uma condição impossível de ser atendida.

Aduz que, relativamente aos exercícios anteriores e posteriores ao fiscalizado, nunca fora acusado de sonegação, o que diz ser suficiente para desconstituir a autuação. Menciona que “os livros e as DMAs eram enviadas mensalmente, no prazo certo, através dos sistemas da SEFAZ, como o recolhimento de impostos devidos.”

Afirma que, tendo em vista a ocorrência do incêndio, competia à SEFAZ, órgão que detém o controle dos recolhimentos efetuados pelos contribuintes, diligenciar e acostar ao processo os comprovantes do pagamento dos valores cobrados na autuação. Após afirmar que a prescrição é matéria de ordem pública, diz que os documentos atinentes ao Auto de Infração em epígrafe devem ser examinados, para que seja decretada a prescrição.

Ao finalizar o seu arrazoado, o recorrente solicita que o acórdão recorrido seja anulado em razão da impossibilidade jurídica de se exigir documentos que se sabia serem inexistentes. Requer que, caso assim não entenda este CONSEF, seja realizada diligência para verificar nos arquivos da SEFAZ que os recolhimentos em questão foram efetuados e, em consequência, decretar a improcedência da autuação.

Ao exarar o Parecer de fls. 180 a 182, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o disposto no art. 937, inc. I, do RICMS-BA, autoriza o arbitramento da base de cálculo do imposto, mesmo quando a falta de apresentação dos livros e documentos decorre de extravio ou incêndio. Diz que a alegação de boa-fé não interfere no cabimento do método utilizado na apuração do imposto. Menciona que seria inaceitável que o fisco não dispusesse de elementos para a apuração da base de cálculo do imposto devido em caso de perda, extravio ou sinistro dos livros e documentos. Frisa que a apuração da base de cálculo por arbitramento partiu de elementos constantes nas declarações eletrônicas do próprio contribuinte, portanto, próxima da realidade que não pôde ser verificada por fato alheio à vontade do fisco. Transcreve ementas de decisões referentes a arbitramento da base de cálculo, proferidas neste CONSEF e no Conselho Federal de Contribuintes. Ao finalizar, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

As preliminares de nulidade suscitadas na defesa já foram, acertadamente, afastadas pela primeira instância com a devida fundamentação. Quanto à arguição de nulidade da Decisão recorrida – por considerar o recorrente que se estava exigindo prova impossível –, também não há como acolher o pleito recursal. O disposto no inc. II do art. 146 do RICMS-BA, determina que, nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, o contribuinte fica obrigado a comprovar o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas. Por seu turno, o § 1º do citado dispositivo regulamentar prevê que se o contribuinte, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuá-la, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco.

Com amparo no previsto 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 do convencimento dos julgadores e para o deslinde da questão.

No mérito, observo que as peças processuais comprovam a ocorrência do incêndio citado pelo recorrente e a consequente perda ou desaparecimento dos livros e documentos solicitados pelo autuante. Todavia, por força do previsto na legislação tributária estadual, esses fatos não desoneram o contribuinte de comprovar o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, sob pena de que o valor das operações seja arbitrado, conforme já dito no início deste voto. Nesses casos, portanto, o arbitramento não fica condicionado à ocorrência de sonegação fiscal, bastando apenas que não seja possível a apuração do imposto pelos roteiros normais de fiscalização.

Não há como prosperar a alegação recursal de que o lançamento tributário foi um ato de má-fé. Observo que, ao contrário do alegado, a autuação foi realizada de forma totalmente vinculada às determinações da legislação tributária estadual que a respaldou. A existência do incêndio foi considerada pelo autuante e pela primeira instância, sendo que os documentos acostados na defesa e na fase recursal não são capazes de elidir a acusação e nem de invalidar o arbitramento que foi realizado.

No que tange aos pagamentos efetuados pelo recorrente, saliento que todos os recolhimentos que constam nos controles da Secretaria da Fazenda, no montante de R\$ 191.147,38, foram computados pelo autuante na apuração do valor a recolher, conforme comprovam os demonstrativos de fls. 12 e 126 dos autos. Não há, assim, como acolher a alegação recursal pertinente à prescrição arguida.

Uma vez que o recorrente foi intimado a apresentar os livros e documentos que comprovariam a

regularidade das operações realizadas e, no entanto, não os apresentou, não restou ao fisco outro meio para aferir a regularidade tributária das operações e dos recolhimentos efetuados pelo recorrente no período em questão. Dessa forma, com amparo nos artigos 146, inc. II, § 1º, e 937, inc. I, do RICMS-BA, justifica-se o arbitramento realizado.

Observo, no entanto, que a multa indicada na autuação, no percentual de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, merece ser modificada, pois, nos casos de sinistro, a multa a ser aplicada é a prevista no inciso II do mesmo artigo e lei. Dessa forma, fica retificada a multa aplicada para o percentual de 60%.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com adequação da multa aplicada na infração 1.

São objetos do Recurso de Ofício as infrações 1 e 2, as quais foram julgadas, respectivamente, procedente em parte e improcedente.

Quanto à infração 1, a parte sucumbente da Fazenda Pública Estadual decorreu de duas retificações: o cálculo do arbitramento com base nos valores históricos das operações; e, a exclusão dos montantes pertinentes às aquisições devolvidas ou canceladas.

No que tange à apuração do arbitramento com base no valor histórico das operações, foi correta a Decisão da primeira instância, pois, a partir de 1º de janeiro de 2001, com o advento da Lei nº 7753/00, foi extinto o mecanismo da correção monetária. No arbitramento realizado, não havia respaldo legal para se corrigir monetariamente as operações realizadas pelo recorrente.

Relativamente à exclusão da apuração da base de cálculo das devoluções e anulações de compras, não há reparo a fazer na Decisão da primeira instância, uma vez que, no arbitramento da base de cálculo, apenas as entradas efetivas devem ser consideradas. Assim, as devoluções e as anulações de compras devem ser deduzidas do total das entradas apuradas.

Quanto à infração 2, também foi correta a Decisão da 1ª JJE, pois a multa decorrente do descumprimento de obrigação principal (infração 1) foi uma consequência direta da inadimplência da obrigação acessória (infração 2). Desse modo, nos termos do disposto no § 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa indicada na infração 2 fica absorvida pela multa aplicada na infração 1, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, modificar a multa aplicada, mantendo a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279804.0117/06-1, lavrado contra **MARCÃO CEREALIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$537.325,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS