

. I. Nº - 207158.0926/06-0
AUTUADO - INFANTIL MODAS LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA MARIA COSTA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08.04.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-02/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. RENOVAÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL JULGADO NULO (ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/05). Justificasse o arbitramento, tendo em vista que não foi apresentada a totalidade das notas fiscais de entradas e de saídas, livros Registro de Inventário e Caixa dos exercícios fiscalizados, impossibilitando a realização de outros roteiros de fiscalização. Na apuração do débito pelo regime normal foi concedido o crédito presumido de previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2006, reclama o ICMS no valor de R\$6.248,25, sob acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de arbitramento da base de cálculo do imposto, relativa aos exercícios de 1997 e 1998, em virtude da falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, conforme demonstrativos e documentos às fls. 04 a 47.

Consta na descrição do fato: “A Ordem de Serviço para fiscalização desta empresa foi gerada em cumprimento a determinação do CONSEF que através do Acórdão CJF nº 0295-11/05 na sua Resolução determina a renovação do procedimento fiscal para os exercícios de 1997 e 1998. A presente empresa teve lavrado anteriormente o Auto nº 207158.0011/02-0 que foi julgado NULO, por entender os senhores julgadores não ser o roteiro de estoque, à época aplicado, o mais adequado para o período fiscalizado. No relatório foi sugerido a renovação da ação fiscal com a realização do arbitramento da base de cálculo caso a documentação a ser novamente apresentada não viesse a ser suficiente para apuração do imposto devido. Iniciamos nova ação fiscal e após intimação o contribuinte apresentou apenas os livros fiscais, menos de 50% das notas fiscais de saídas (cupons fiscais) e nenhuma nota fiscal de entrada. Desta forma, ficamos impedidos de validar os valores escriturados nos livros fiscais apresentados não nos restando outra alternativa a não ser a aplicação do arbitramento da base de cálculo para apuração do imposto devido conforme recomendação da PGE/PROFIS contida no relatório do CONSEF. Anexamos ao PAF toda a documentação necessária para consubstanciar o procedimento adotado.”

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua impugnação às fls. 49 a 54, em preliminar, suscita a nulidade da autuação, com base na alegação de que faltam ao lançamento fiscal fundamentação legal e técnica para a adoção do arbitramento.

Transcreveu o artigo 26, incisos I a VI, e os parágrafos 1º, 2º e 3º, e art. 27, da Lei nº 3.056/81 (COTEB), para argumentar que a ação fiscal não obedeceu ao disposto no § 2º do art.26, pois não existe nos autos a autorização para a utilização do método do arbitramento.

Discordou da conclusão fiscal de que não houve a apresentação dos documentos suficientes, dizendo que pela documentação arrecadada pela fiscalização poderiam ser desenvolvidos outros roteiros de auditoria.

Citou a jurisprudência do CONSEF transcrevendo os Acórdãos nº CJF nº 3433/98; 0032-12/02; 2249-12/01; JJF nº 0671/01; 0132-02/03; 0216-03/03 e 0470-03/05, em casos em que os arbitramentos perpetrados não se justificaram por restar comprovada a possibilidade de apuração do montante real da base de cálculo pelos meios convencionais de fiscalização. Além disso, citou diversas Resoluções fundamentadas na Súmula nº 05 do CONSEF.

Por fim, protestando por todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente diligência à ASTEC/CONSEF, para apurar se os documentos apresentados permitiam a adoção de outro meio convencional de apuração, requer a nulidade ou a improcedência da autuação.

A autuante presta sua informação fiscal às fls.58 a 60, justificando, inicialmente, que sua ação fiscal decorre da renovação da fiscalização por ter sido julgado NULO o AI nº 207158.0926/06-0.

Em seguida, rebateu a preliminar de nulidade dizendo que a fundamentação legal e técnica para a adoção do arbitramento encontram amparo nos artigos 937 e 938 do RICMS/97 (transcritos).

Quanto a alegação de inobservância do § 2º do art.26 da Lei nº 3.056/81 (COTEB), a autuante chamou a atenção de que a obrigatoriedade de autorização para realizar o arbitramento não mais existe há mais de dez anos.

Por último, no que diz respeito a documentação apresentada pela empresa, sustenta que esta não foi suficiente para a apuração da base de cálculo do imposto devido, uma vez que não foram apresentadas as notas fiscais de entrada; as notas fiscais de saídas série D-1 referentes aos meses de março, abril, maio, setembro e dezembro, e os cupons fiscais do exercício de 1997; NFs série D-1 e cupons fiscais de todo o exercício de 1998, tudo conforme protocolo de entrega de documentos anexo ao processo, no qual, observa que existe uma declaração de falta de entrega dos citados documentos, devidamente assinada pela contabilidade da empresa.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal, salientando que está evidenciada nos autos a falta de apresentação ao fisco dos documentos fiscais e contábeis.

Diante da controvérsia entre a autuação para os argumentos defensivos, por proposição do então Relator, foi decidido pelos membros da Junta, na pauta suplementar do dia 30/04/2007, converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (doc. fl. 65), no sentido de que fosse reintimado o autuado para a apresentação de toda a documentação fiscal relativa ao período fiscalizado, e após o atendimento por parte do contribuinte, fosse examinada a referida documentação e informado: 1) se existia possibilidade do Fisco adotar os procedimentos normais de fiscalização inerentes ao regime a que está submetido o contribuinte, ao invés de aplicar o arbitramento; 2) se na falta de apresentação dos supra citados documentos fiscais era possível determinar o montante da base de cálculo do período de 1997 e 1998, por qualquer outro roteiro de fiscalização.

A diligência foi devidamente cumprida por funcionário fiscal da ASTEC/CONSEF, conforme Parecer nº 119/2007, sendo informado que o autuado foi intimado a apresentar a documentação fiscal relativa ao período fiscalizado (doc.fl.69), e que após o exame da citada documentação, respondeu ao questionamento objeto da diligência nos seguintes termos.

Quanto a primeira questão, foi esclarecido que o autuado apresentou os livros REM, RSM, RI, RAICMS e RUDFTO; algumas notas fiscais e bobinas de saídas de mercadorias, sem contudo

apresentar as notas fiscais de entradas de mercadorias. Conclui o informante que a falta de apresentação das notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias, na sua totalidade, impossibilita a execução do levantamento quantitativo de estoques, bem como a conferência dos créditos e débitos do ICMS (conta corrente fiscal).

Sobre a segunda questão, informa que na falta dos documentos acima citados, não é possível se determinar o montante da base de cálculo do período de 1997 e 1998, por qualquer outro meio de fiscalização.

Conforme intimação e AR dos Correios (docs. fls. 90 a 81), o autuado, na pessoa de seu sócio, foi cientificado do resultado da revisão fiscal, tendo o patrono do autuado se manifestado às fls. 83 a 86, renovando todos os termos da defesa inicial, e aduzindo que a revisão fiscal, apesar de concluir pela pertinência do arbitramento, demonstrou que houve ofensa ao disposto no art. 91, § 7º, do RICMS/97, pois o “termo de arrecadação”, no seu entendimento, demonstra a exibição de documentos suficientes para a adoção de outros roteiros de fiscalização.

Diz que o revisor fiscal não observou a jurisprudência do CONSEF, que cita (CS nº 0460/01; CJF nº 3433/98; nº 0032-12/02; nº 2249-12/01; e JJF nº1116/01; 0671/01; e 0132-02/03).

Ao final, pede a nulidade ou a improcedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada na defesa, relativamente a falta de fundamentação legal e técnica para a adoção do arbitramento, tendo em vista que o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois o fato gerador do crédito tributário está constituído nos levantamentos efetuados pelo autuante, cujos procedimentos fiscais encontram amparo na legislação, notadamente nos artigos 408-R e 408-S do RICMS/97, uma vez que restou evidenciado que não foram apresentados os documentos, a que está obrigado, imprescindíveis para a realização dos roteiros de fiscalização atinentes ao regime a que estava submetido o estabelecimento (SIMBAHIA).

No que tange a preliminar de que a ação fiscal não obedeceu ao disposto no § 2º do art. 26, da Lei nº 3.056/81, sob a alegação de que não existe nos autos a autorização para a utilização do método do arbitramento, observo que essa regra em que o defendente se baseia era aplicada ao extinto ICM, e conforme art. 22 da Lei nº 7014/96, essa medida deixou de existir.

Desta forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade da autuação argüida pelo autuado, uma vez que não se configura quaisquer das causas ensejadoras desta, conforme disposto no art. 18, do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração concerne à falta de recolhimento do ICMS nos exercícios de 1997 e 1998, 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, inciso II, e na forma prevista no inciso I, alínea “c” c/c com o § 3º do artigo 938, todos do RICMS/97, tomando por base o CMV (custo das mercadorias vendidas), a partir dos valores declarados no Registro de Inventário e no Registro de Apuração do ICMS (fls. 13 a 42).

A motivação para a adoção do arbitramento encontra-se devidamente especificada na descrição da infração, qual seja, pela apresentação parcial dos documentos fiscais de saídas, e pela total falta de apresentação das notas fiscais de entradas do período fiscalizado, conforme comprova o Protocolo de Entrega de Documentos (fl. 07), no qual, consta que o Contador declarou que realmente deixou de apresentar os seguintes documentos relativos ao período fiscalizado:

a) notas fiscais de entradas;

- b) notas fiscais de saídas série D-1 dos meses de março, abril, maio, setembro e dezembro;
- c) cupons fiscais referentes aos meses de janeiro a dezembro do ano de 1997;
- d) todas as notas fiscais de saída série D-1 e cupons fiscais referente aos meses de janeiro a dezembro de 1998.

Portanto, o processo encontra-se instruído com os esclarecimentos necessários e a motivação para o arbitramento; demonstrativo do arbitramento da base de cálculo com base no CMV, levantamentos das entradas, dos créditos fiscais e do ICMS recolhido, termos de arrecadação de livros e documentos fiscais, protocolo de entrega de documentos, e cópias do Registro de Inventário e do Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 07 a 47).

O arbitramento da base de cálculo encontra-se demonstrado às fls.09 a 10, cujos valores dos estoques inicial e final foram declarados pelo autuado; as compras correspondem aos valores declarados pelo contribuinte no RAICMS; sendo considerado sobre o Custo das Mercadorias Vendidas a Margem de Valor Adicionado de 60%, obtendo a base de cálculo arbitrada, e sobre esta aplicada a alíquota de 17%, e deduzido o imposto recolhido nos períodos e os respectivos créditos fiscais.

O arbitramento por ser uma medida extrema, somente deve ser aplicado quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação ou quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo por outro meio de fiscalização.

O CONSEF tem decidido reiteradas vezes no sentido de que quando a fiscalização adota o arbitramento da base de cálculo em virtude da falta de apresentação de documentos fiscais, o processo deve ser baixado em diligência para que outro preposto fiscal informe se havia outro meio de fiscalização sem a adoção do arbitramento.

Neste processo, na fase de instrução, foi determinado por este Órgão de julgamento que se tornava necessária tal providência, tendo em vista que o autuado alegou que pela documentação arrecadada pela fiscalização poderiam ser desenvolvidos outros roteiros de auditoria.

A diligência foi devidamente cumprida conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 0119/2007 (docs.fls.66 a 68).

Analisando o referido parecer observo que foi esclarecido que, após intimado, o autuado apresentou os livros REM, RSM, RI, RAICMS e RUDFTO; algumas notas fiscais e bobinas de saídas de mercadorias, sem contudo apresentar as notas fiscais de entradas de mercadorias, expressando o seu entendimento de que a falta de apresentação das notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias, na sua totalidade, impossibilita a execução do levantamento quantitativo de estoques, bem com a conferência dos créditos e débitos do ICMS (conta corrente fiscal), concluindo pela impossibilidade de determinar o montante da base de cálculo do período de 1997 e 1998, pelos roteiros convencionais de fiscalização.

Desta forma, diante de tais informações a adoção do arbitramento se justificou plenamente, na medida em que, o autuado deixou de apresentar os documentos necessários para a realização dos roteiros de fiscalização, notadamente, o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Portanto, concluo, que a fiscalização não teve outra alternativa a não ser adotar a medida extrema do arbitramento, pois os documentos não apresentados (notas fiscais de entradas e parte das notas fiscais de saídas) são imprescindíveis para qualquer roteiro de auditoria fiscal, notadamente auditoria de estoques; auditoria da Conta Caixa, auditoria da Substituição Tributária, Diferença de Alíquota, além de apurar se os valores das compras estão compatíveis com a condição do contribuinte; se o volume das entradas ultrapassou o limite para a condição da empresa; se há

necessidade de reenquadramento ou desenquadramento; se os valores declarados na DME estão de acordo com o constatado; e se o contribuinte prestou declaração falsa ou inexata em relação às operações realizadas. Além do mais, considerando que o estabelecimento estava enquadrado no SimBahia, a não apresentação do Livro Caixa e Registro de Inventários, a que estava obrigado, impossibilitou a fiscalização de apurar o montante da base de cálculo do ICMS nos exercícios de 1997 e 1998.

Observo que, na medida que neste processo restou evidenciada a impossibilidade de apuração do montante da base de cálculo pela falta de documentos imprescindíveis a qualquer roteiro de fiscalização, a jurisprudência citada na defesa não aplica ao caso em comento.

Observo ainda que no plano formal, o procedimento fiscal atendeu ao devido processo legal, não ocorrendo em momento algum a alegada falta de pressupostos materiais e essenciais ao presente lançamento, eis que, foi dada, mediante diligência fiscal, outra oportunidade ao contribuinte, na pessoa do seu advogado, de apresentar a documentação necessária para o deslinde da questão discutida nos autos, porém, sem o atendimento de sua parte, o arbitramento se justificou plenamente.

Assim, restando provada a impossibilidade de determinação da base de cálculo do ICMS através do conjunto de documentos fiscais obrigatórios a sua condição de EPP inscrita no SimBahia, nos termos do artigo 315, II, 408-C, do RICMS/97, subsiste a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207158.0926/06-0**, lavrado contra **INFANTIL MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.248,25**, acrescido da multa de 100% prevista no artigo 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR