

A.I. Nº - 279804.0117/06-1
AUTUADO - MARCÃO CEREAIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO JORGE LIMA MOREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 20. 03. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-01/08

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 dos valores apurados reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, DE SAÍDAS, DE INVENTÁRIO, RAICMS e RUDFTO. EXTRAVIO. MULTA. Penalidade absorvida pela multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória principal referente à infração 01. Infração descabida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 616.226,30 e aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 4.600,00, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher ICMS, que foi 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, sendo exigido imposto no valor de R\$ 616.226,30, acrescido da multa de 100%. Consta estar anexada ao PAF a declaração do contribuinte relativa ao sinistro da documentação fiscal, o que impossibilitou a apuração do imposto pelos meios normais de fiscalização;

02 – extraviou livros fiscais relativos ao exercício de 2001, sendo aplicada a multa de R\$ 4.600,00.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 91 a 95, arguindo a nulidade do lançamento, com base no transcrito art. 18, inciso II do RPAF/99, que se refere à preterição do direito de defesa.

Salienta que a autuação apresenta irregularidade formal, considerando que não cumpriu o quanto determina o transcrito art. 939, do RICMS/97, pois ao deixar de lavrar o Termo de Fiscalização, não disponibilizou ao impugnante a descrição detalhada da ocorrência, dificultando o exercício do direito de defesa, implicando na nulidade do Auto de Infração.

Acrescenta que não foi atendido, além disso, o disposto no art. 915, inciso XX, alíneas “a” a “c”, do RICMS/97, que prevê as penalidades de R\$ 90,00, R\$ 180,00 e R\$ 370,00, pela falta de atendimento às intimações para apresentação de livros e documentos, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Observa não ter sido esta a prática adotada pela fiscalização, considerando que a primeira intimação foi entregue no dia 21/12/2006; a segunda nesse mesmo dia, para um indivíduo que se identificou como porteiro do prédio, ressaltando, entretanto, que essa intimação nunca chegou aos sócios; já a terceira intimação, que foi recebida pelo sócio responsável, foi entregue em 22/12/2006, portanto no dia seguinte. Em vista disso, conclui que tendo o Auto de Infração sido lavrado no dia 27/12/2006, não foi respeitado sequer o prazo de 48 horas previsto na intimação fiscal, considerando que o dia 22/12/2006 foi uma sexta-feira, véspera do final de semana do Natal e o primeiro dia útil depois da intimação foi o dia 26 de dezembro, enquanto que a autuação ocorreu no dia 27/12/2006, resultando num intervalo de apenas 24 horas úteis.

Deste modo, contrapõe que deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que a ausência de descrição detalhada da ocorrência e a irregularidade da intimação dificultaram o pleno exercício do direito de defesa.

No mérito, alega que a autoridade fazendária incorreu em equívoco, desde quando o art. 937, inciso I do RICMS/97 exige a presença de três requisitos cumulativos, para que seja realizado o arbitramento da base de cálculo: a prática de sonegação fiscal, a impossibilidade de apurar o montante real da base de cálculo e a falta de escrituração dos livros e documentos fiscais. Assevera que no caso em exame inexisteram dois requisitos, desde quando o contribuinte não incorreu em sonegação fiscal e seria possível apurar o montante real da base de cálculo.

Aduz que sequer há indícios de prática de sonegação do imposto, pois os livros foram devidamente escriturados e as DMA's foram enviadas mensalmente no prazo, através dos sistemas da SEFAZ. Acrescenta que as listagens das notas fiscais capturadas através do Sistema CFAMT possibilitam a apuração da base de cálculo real e, inclusive, revelam valores muito inferiores àqueles resultantes do arbitramento, conforme se verifica dos dados constantes às fls. 52 a 83, de acordo com o comparativo estabelecido no exercício de 2001, mês a mês, entre as informações capturadas através do CFAMT e aquelas repassadas através das DMA's.

Afirma que a falta de apresentação dos livros e documentos fiscais foi absolutamente involuntária, tendo anexado aos autos o Laudo da Secretaria da Segurança Pública – Polícia Civil da Bahia, registro nº 000657-02 de 23/06/2002 (fls. 99 a 103), onde consta a descrição, incluindo fotos, do incêndio ocorrido no prédio onde se encontravam os documentos fiscais da empresa.

Realça não ser razoável imaginar que a ocorrência de um incêndio, com destruição de documentos fiscais, bastaria para autorizar o arbitramento da base de cálculo fictícia, para que o contribuinte, além dos prejuízos decorrentes do incêndio, pagasse novos impostos, segundo a conveniência da autoridade fazendária. Salienta que o arbitramento somente poderia ser autorizado, ao menos, quando houvesse indícios da prática de sonegação fiscal, o que não ocorreu neste caso.

Tendo sido constatado que na hipótese em exame somente um dos requisitos da lei foi atendido, não há, portanto, base legal para amparar a aplicação do arbitramento da base de cálculo. Pugna pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração ou, alternativamente, pela sua improcedência.

Na informação fiscal produzida às fls. 107 a 109, o autuante rebate, inicialmente, as alegações defensivas contrárias à utilização do arbitramento para apuração da base de cálculo, transcrevendo e avaliando o teor do art. 937 e o seu inciso I do RICMS/97, asseverando que a metodologia empregada está perfeitamente em consonância com esse dispositivo, onde consta a previsão de que o arbitramento poderá ser utilizado quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo, por se comprovar, dentre outras situações, a falta de apresentação dos livros fiscais e da contabilidade geral, inclusive sob a alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos.

Como não fora apresentada a documentação fiscal exigida através da intimação anexada ao PAF e tendo em vista que o contribuinte em 13/08/2002 houvera declarado à SEFAZ que os seus livros e documentos fiscais de 1997 a 2001 tinham sido objeto de sinistro, fato que, inclusive reafirmou agora

em sua defesa, a legislação, através do art. 937, do RICMS/97, impõe a realização de arbitramento para apuração da base de cálculo do imposto, o que o obrigou a utilizar o referido método para apuração do ICMS devido, não se justificando, dessa maneira, as alegações defensivas contrárias à realização do arbitramento.

Esclarece que a base de cálculo utilizada e o valor do imposto apurado no Demonstrativo de Arbitramento (fl. 12) estão de acordo com a determinação contida no art. 938, inciso I e §§ 1º e 2º do RICMS/97, que transcreveu.

Afirma que, deste modo, não há o que se discutir quanto ao mérito, a oportunidade e a metodologia utilizada no arbitramento realizado, considerando, ademais, que os dados usados se originaram das DMA's, cujas informações foram repassadas para o Banco de Dados da SEFAZ pelo próprio sujeito passivo.

Quanto ao pedido de nulidade da autuação, sob a alegação de falta de lavratura do Termo de Fiscalização e seu registro no livro RUDFTO, observa não ter fundamento, uma vez que o Demonstrativo de Arbitramento da Base de Cálculo está formalmente perfeito, contendo todos os requisitos exigidos pelo parágrafo único do art. 939 do RICMS/97. Quanto ao registro, não foi possível tendo em vista a sua falta de apresentação, sob a alegação de sinistro.

Salienta que no processo tributário toda argumentação deve ser evidenciada através de provas documentais, entretanto o autuado não apresentou nenhum documento que contradissesse o valor do ICMS exigido. De forma contrária, o trabalho está todo documentado com planilhas e notas fiscais. Enfatiza que, além disso, o contribuinte se recusou, em diversas oportunidades, a assinar o Termo de Intimação e o Auto de Infração.

O autuante frisa que, na verdade, o valor do ICMS que deveria ter sido recolhido no exercício de 2001 era bem superior àquele que de fato foi realizado, conforme demonstrado no arbitramento, fato que conduziu o impugnante a criar alegações diversas, evitando a discussão a respeito dos fatos que realmente têm relevância. Ressalta que foram comercializadas mercadorias no valor de R\$ 8.421.618,69, avaliados pelo CMV – Custo das Mercadorias Vendidas (valor das compras + estoque inicial), acrescido da MVA de 20%, enquanto o contribuinte recolheu apenas R\$ 206.359,79, o que representa apenas 2,5% dos valores das vendas, quando a alíquota média do ICMS no Estado da Bahia é de 17%.

Confirma a ação fiscal e sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente, por estar plenamente fundamentado na legislação em vigor.

Considerando que na sustentação oral efetuada pelo sujeito passivo, foi alegada a inobservância pelo autuante do estoque final existente no exercício de 2001; considerando que no levantamento efetuado pelo autuante foi consignada a correção dos valores das mercadorias do exercício de 2001 através de taxa SELIC; considerando que consta no Demonstrativo de Arbitramento da Base de Cálculo que o autuante considerou os valores relativos às operações de devolução/anulação de compras, na assentada do julgamento (fl. 113), esta 1ª JJF deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que diligente revisor adotasse as seguintes providências:

- 1) intimasse o autuado a apresentar o estoque final de 2001;
- 2) no caso do autuado atender a intimação, refizesse o Demonstrativo de Arbitramento da Base de Cálculo, pelos valores históricos, excluindo os valores “base de cálculo” relativos às operações de devolução/anulação de compras, com base nas informações constantes nos quadros 10 e 11 das DMA's anexadas aos autos, incluindo no referido demonstrativo o estoque final em relação às mercadorias tributáveis, apontando, se houvesse, o valor do débito remanescente.

Em seguida o processo deveria ser encaminhado à Repartição Fazendária para que fosse entregue ao autuado cópia dos novos demonstrativos anexados pelo diligente, bem como do termo de diligência. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado quanto ao prazo de 10 (dez) dias, para,

querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

À fl. 115 a ASTEC informa que ao intimar o autuado para fim de realização de diligência foi cientificado quanto à existência de dificuldades para realizar o levantamento da documentação solicitada. Afirma que não tendo sido atendido, efetuou nova intimação, porém novamente sem sucesso (fls. 116/117). Desse modo, não tendo recebido a documentação que demonstrasse a existência do estoque final de 2001, ficou impossibilitado de atender a solicitação.

Considerando que apesar de intimado em duas oportunidades para apresentar os livros e documentos fiscais que demonstrassem a existência de estoque final no exercício de 2001, o autuado não atendeu às intimações, esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 124), deliberou pela conversão do processo em nova diligência à ASTEC/CONSEF, para que diligente revisor adotasse a seguinte providência: refizesse o Demonstrativo de Arbitramento da Base de Cálculo, pelos valores históricos, isto é, desconsiderando os índices de correção adotados pelo autuante e excluindo os valores “base de cálculo” relativos às operações de devolução/anulação de compras, com base nas informações constantes nos quadros 10 e 11 das DMA's, apontando, caso houvesse, o valor do débito remanescente.

Em seguida o processo deveria ser encaminhado à Repartição Fazendária para que fosse entregue ao autuado cópia do novo demonstrativo anexado pelo diligente, bem como do termo de diligência. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado quanto ao prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Em atendimento ao pedido de diligência, o ilustre revisor Jorge Inácio de Aquino informa, através do Parecer ASTEC nº. 158/2007 (fl. 125), ter realizado a revisão do Demonstrativo de Arbitramento da Base de Cálculo, conforme solicitado, anexando um demonstrativo dos valores excluídos. Esclarece que com base no novo demonstrativo o valor do ICMS devido passou de R\$ 616.226,30 para o montante de R\$ 537.325,26. Os mencionados demonstrativos foram anexados às fls. 126/127.

Tendo em vista que o contribuinte não foi localizado, através do Termo de Intimação e do AR – aviso de recebimento (fls. 135/136), o sócio Marcos César Ribeiro Souza foi cientificado quanto ao teor do Parecer ASTEC nº 158/2007 e de seus anexos, porém não consta dos autos que tenha se manifestado a respeito.

VOTO

O Auto de Infração trata da exigência do ICMS, cuja base de cálculo foi arbitrada, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, tendo sido aplicada, além disso, uma multa devido ao extravio de livros fiscais.

O autuado, em sua peça defensiva, suscitou preliminar de nulidade, sob a argumentação de que não tendo a fiscalização emitido o Termo de Fiscalização, circunstanciando a ocorrência de forma detalhada, teria dificultado o pleno exercício do seu direito de defesa. Ressalto que da leitura dos artigos 26, incisos II e III e 28, incisos I e II, do RPAF/99, bem como do art. 939, inciso I do RICMS/97, os quais transcrevo abaixo, fica comprovada que a assertiva defensiva está destituída de fundamentação, haja vista que às fls. 09 a 11 dos autos constam os Termos de Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documentos, os quais suprem o termo anteriormente referido. Acrescento, ainda, que à fl. 08 está inserido o Termo de Início de Fiscalização, referente à Ordem de Serviço (fls. 06/07), a qual apresenta os roteiros de fiscalização sugeridos, assim como os critérios de seleção aplicados. Observo, ademais, que o Demonstrativo do Arbitramento da Base de Cálculo (fl. 12), contém todos os dados concernentes ao procedimento adotado pelo autuante no levantamento realizado. Ressalto que todos esses documentos foram entregues ao sujeito passivo.

RPAF/99: “Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;”

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;”

RICMS/97: “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;”

Não acolho, de igual modo, a alegação de cerceamento ao direito de defesa do autuado, baseada na suposição de que teria ocorrido irregularidade na apresentação da intimação, haja vista que as provas acostadas ao PAF mostram que ele foi cientificado da Intimação Fiscal de fl. 09 em 21/12/2006, quando lhe foi concedido o prazo de 48 horas para atendimento do quanto solicitado, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2006, portanto sendo obedecido o prazo da citada intimação.

Realço que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 39 do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada em levantamentos e demonstrativos, extraídos da documentação fiscal colhida através do Sistema CFAMT, bem como dos dados constantes das DMA's, cujas informações foram repassadas pelo próprio sujeito passivo, tendo sido anexados aos autos cópias dos documentos que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator. Além do que, o autuado, tendo recebido cópias dos correspondentes demonstrativos, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto ao mérito da lide, constatei que o autuado deixou de apresentar talões de nota fiscal de saída, notas de entrada, diversos livros fiscais, sendo essa documentação fiscal referente ao exercício fiscalizado, sob a alegação de sinistro, “*incêndio ocorrido no escritório de contabilidade*”, conforme comprova a declaração acostada ao autos. Esse fato impossibilita a apuração do imposto devido no período, uma vez que não se tem como verificar os valores lançados nos livros fiscais.

À luz do art. 937, inciso I, do RICMS/97, a falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, é razão bastante para o arbitramento da base de cálculo. Deste modo, não concordo com o entendimento do sujeito passivo de que para a adoção do procedimento utilizado pela fiscalização se faça necessária a presença de outros requisitos. Assim, entendo que a aplicação do arbitramento em lide está plenamente justificada.

Saliento, entretanto, que tendo o processo sido pautado para julgamento, na sustentação oral efetuada pelo sujeito passivo, foi alegada a inobservância pelo autuante do estoque final existente no exercício de 2001. Tendo sido observado, ademais, que no levantamento efetuado os valores das mercadorias haviam sido corrigidos através da taxa SELIC, assim como que no Demonstrativo de Arbitramento não tinham sido deduzidos os valores relativos às operações de devolução/anulação de compras, o processo foi diligenciado à ASTEC/CONSEF, para que o revisor adotasse as providências pertinentes.

Tendo em vista que não foi possível ao revisor concluir a diligência, por falta de atendimento da intimação por parte do contribuinte, novamente o processo foi encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que fosse refeito o Demonstrativo de Arbitramento da Base de Cálculo, pelos valores históricos, isto é, desconsiderando os índices de correção adotados pelo autuante e excluindo os valores relativos às operações de devolução/anulação de compras, com base nas informações constantes nos quadros 10 e 11 das DMA's anexadas aos autos.

Observo que a tarefa requerida na diligência foi cumprida perfeitamente, pois de acordo com os demonstrativos anexados às fls. 126/127, o diligente revisor eliminou a correção dos valores inicialmente praticada pelo autuante, bem como excluiu da planilha de cálculos os dados concernentes às operações de devoluções/anulações de compras, o que gerou um novo montante de débito, que passou para o valor de R\$ 537.325,26, significando que a infração 01 fica mantida parcialmente.

Em relação à infração 02, verifico que foi indicada pelo autuante multa pelo extravio de livros fiscais. Considerando estar comprovado nos autos que os referidos livros foram sinistrados, o que inclusive motivou a adoção do arbitramento da base de cálculo, que resultou no lançamento concernente à infração 01, concluo que apesar da infração estar comprovada, seguindo a previsão contida no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, a mesma fica absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal, correspondente à primeira infração. Deste modo, esta infração é descabida.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 279804.0117/06-1, lavrado contra **MARCÃO CEREAIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 537.325,26**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, incisos IV, alínea "i" da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR