

PROCESSO - A. I. Nº 207096.0309/07-3
RECORRENTE - CYNTHIA WITKOSKI (SUPERMERCADO POUCO REAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0010-01/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0219-12/09

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Restou comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, justificando o arbitramento da base de cálculo do imposto. Infração subsistente. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JF nº 0010-01/09, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir do contribuinte ICMS no valor de R\$97.729,87, em decorrência do suposto cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, nos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$30.445,36, acrescido da multa de 100%. Constatou-se da “*Descrição dos Fatos*” que foi feito o arbitramento da base de cálculo, com base no CMV, em virtude da falta de entrega da documentação e dos livros fiscais, apesar de regularmente intimado;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$67.284,51, acrescido da multa de 70%.

Em sua peça defensiva de fls. 24/25, argumentou o autuado, inicialmente, que a demora pela entrega da documentação decorreu do extravio de comprovantes de despesas (água, luz, telefone e aluguel). Disse que diversas vezes esteve com o autuante para solicitar um prazo maior para apresentação do livro Caixa e Inventário, bem como a entrega de documentação por exercício, isto é, primeiro 2004, depois 2005 e, por fim, 2006, o que não foi aceito pelo autuante.

Prosseguindo, disse que a falta de entrega da documentação foi parcial, pois só faltava o exercício de 2006. Afirmou que jamais pretendeu não apresentar documentação fiscal e que um dos principais motivos da não apresentação da documentação foi o período de abril a junho, quando é muito difícil para os contadores atenderem, em decorrência do IRPF, RAIS, DME, IRPJ, Balanço, etc.

Sustentou que as diferenças de 2004 e de 2005 decorreram de variações de enquadramento que a empresa sofreu durante esse período, sem que tivesse conhecimento. Alegou que houve uma variação de micro I, para III, de III para V, e de V para I, e que está fazendo um levantamento dos valores devidos para fazer o pagamento desses, quando do deferimento do pedido de baixa.

Esclareceu que o pedido de baixa da empresa decorreu de problemas de saúde da genitora da sócia, deixando com o contador a documentação para solucionar as pendências. Quanto aos valores apurados pelo fisco, foi apurado o imposto com a alíquota de 17%, foi colocado uma MVA de 20% sobre o total do custo das mercadorias e do estoque. Questionou se o estoque de 2004 não poderia ser abatido no de 2005, bem como a MVA de 20% e alíquota de 17%, alegou que, por se tratar de micro empresa, se fosse conservado a tributação os valores aproximados seriam de R\$12.000,00.

Concluiu pedindo uma avaliação dos débitos para que pudesse quitar o valor devido.

Em sede de informação fiscal, o autuante contestou a alegação defensiva, afirmando que manteve diversos contatos telefônicos com o autuado e que a resposta que sempre recebia é que a área contábil se encontrava assoberbada de serviços. Frisou que, em nenhum momento, se recusou a receber a documentação, não tendo o autuado comparecido à inspetoria com a documentação requerida.

Continuando, asseverou que a solicitação do autuado é tecnicamente inviável. Quanto a infração 2, disse que não houve manifestação do autuado, certamente por reconhecer o acerto da ação fiscal.

Finalizou mantendo integralmente a autuação.

A 1ª JJE, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência para a ASTEC/ CONSEF (fls. 39/40), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para verificar e informar se procedia a alegação defensiva de existência de toda documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2004 e 2005, bem como, com relação à infração 2, que fosse fornecido ao autuado, mediante recibo específico, os Relatórios de Informações TEF Diário – Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007, e que fosse informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 dias (trinta dias).

Cumprindo a diligência, o ilustre revisor da ASTEC/CONSEF, Raimundo Oliveira dos Santos, através do Parecer nº 041/2008 às fls. 42/43, esclareceu que a alegação defensiva da existência de toda documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2004 e 2005 não foi confirmada. Manifestou o entendimento de que um levantamento de estoque ou uma auditoria de caixa, nestas circunstâncias, ficariam incompletos, salvo melhor juízo.

Intimado o contribuinte para tomar ciência sobre o resultado da diligência (fls. 106/107), este se manifestou à fl. 110, solicitando um prazo de 30 dias (trinta dias) para regularização das pendências da documentação.

À fl. 115 o autuante consignou a ciência do Parecer ASTEC nº 041/2008.

A 1ª JJF, considerando que a solicitação referente à infração 2 de entrega dos relatórios TEF – Diário operações, e que fosse informado o autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 dias (trinta dias) não fora cumprida, converteu o processo em diligência a fim de que a repartição fazendária atendesse o solicitado.

O autuante, cumprindo a diligência, informou à fl. 120 que procedeu a juntada dos relatórios TEF (fl. 121) e do termo de intimação para entrega dos relatórios e reabertura do prazo de defesa, concluindo pela manutenção da autuação.

Intimado o autuado às fls. 124/125, este acusou o recebimento, quedando-se, porém, silente.

Através do Acórdão JJF nº 0010/01/09, a 1ª Junta de Julgamento decidiu pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

“(…)

No que concerne à infração 01, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando que o arbitramento é uma medida extrema de apuração da base de cálculo do imposto, converteu o processo em diligência, a fim de que a ASTEC/CONSEF verificasse e informasse se procedia a alegação defensiva de existência de toda documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2004 e 2005 que, caso confirmado, afastaria este item da autuação.

Ocorre que dando cumprimento a diligência, o ilustre revisor da ASTEC/CONSEF, Raimundo Oliveira dos Santos, através do Parecer 041/2008, esclareceu que a alegação defensiva da existência de toda documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2004 e 2005 não fora confirmada, valendo dizer que o autuado não dispunha, efetivamente, dos documentos fiscais e contábeis.

Assim, restou comprovado que a falta de apresentação da escrita fiscal ou contábil e dos documentos comprobatórios dos registros, no caso em exame, justificam plenamente o arbitramento levado a efeito pelo autuante.

Importante consignar que este tem sido o entendimento deste CONSEF sobre a matéria em tela em reiteradas decisões, inclusive, culminando com a edição da Súmula 05.

Não paira nenhuma sombra de dúvida sobre a o acerto do arbitramento realizado pelo autuante, valendo observar que descabe no caso, o atendimento das solicitações do contribuinte constantes na peça de defesa, referentes ao estoque de 2004, a aplicação de alíquotas, e o seu enquadramento como microempresa no exercício de 2004 e como empresa de pequeno porte nos exercícios de 2005 e 2006. Registre-se que o exercício de 2006 não foi objeto da autuação. Mantida a infração.

Quanto à infração 02, observo que o autuado em nenhum momento da defesa se reporta sobre este item da autuação. Contudo, esta 1ª JJF, no intuito de preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório, converteu o processo em diligência, a fim de que lhe fosse fornecido, mediante recibo específico, cópia dos Relatórios de Informações TEF Diário – Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007, assim como, lhe fosse da reabertura do prazo de defesa de 30 dias (trinta dias).

Observo que, apesar de ter recebido os Relatórios de Informações TEF Diário – Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007, e ter sido cientificado da reabertura do prazo de defesa de 30 dias (trinta dias), o autuado permaneceu silente.

No levantamento realizado pelo autuante que aponta as diferenças apuradas nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007, conforme demonstrativo às fls. 14/15, este comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, ...

Cumpra registrar que, por ser o autuado contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte

comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº. 7.357/98).

Verifico que no cálculo do imposto o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, portanto, agindo conforme manda a legislação do ICMS.

Noto, contudo, que o demonstrativo de débito do Auto de Infração apresenta a data de ocorrência como sendo do último mês de cada exercício, quando deveria apresentar por mês de ocorrência, conforme consta nos demonstrativos às fls. 14/15 dos autos.
(...)”

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário através do qual repisa os argumentos pelo mesmo expendidos em sua peça defensiva.

Suscita preliminar de nulidade em razão do descumprimento do princípio do contraditório, visto que não teve conhecimento do inteiro teor do processo, mormente porque *“a representante possui sede lugar distante do fisco baiano devendo as intimações, bem como o Auto de Infração constar toda a documentação existente nos autos (sic).”* Afirma que foi violado o quanto disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, cujo teor transcreve, ressaltando que sem as peças colacionadas ao processo é impossível se ter a ampla defesa e o consequente contraditório, *“não se podendo penalizar a pequena Empresa que sem condições financeiras não pode mandar aluem se deslocar para outra cidade afim de que somente se faça reproduções de documentos juntados ao processo (sic)”*.

No mérito, reitera que se trata de humilde empresa individual, que tentou se estabelecer no município de Lauro de Freitas com o objetivo de atender à população de baixa renda com gêneros alimentícios e produtos de primeira necessidade. Alega que as infrações indicadas no Auto de Infração foram aplicadas equivocadamente e em completa desatenção dos Auditores Fiscais, apesar das diversas diligências. Ressalta que, por se tratar de empresa falida e sem o mínimo de recursos que pudessem desconstituir tais multas absurdas e impostos que estão lhe impondo, pois se apresenta inimaginável que tais penalidades coloquem o recorrente no rol dos devedores do Fisco, visto que por certo não terão condições de arcar com tal penalidade.

Salienta que o próprio julgamento do processo demonstra quem efetivamente estava *“desatento e sem os cuidados necessários”*, quando reconhece que o ICMS foi apurado por meio de arbitramento, o que já é um absurdo sem precedentes, posto que com o aparato de informações do fisco não se pode sob pena de exagero arbitrar impostos, por simples falta de documentação, aqui no caso poderia culminar em outra infração, no entanto para o julgamento de falta de recolhimento de ICMS, não presta pois tal teoria desastrosa de *“arbitramento”*, o que já anula o referido processo, devendo ser apurado com segurança e presteza do órgão fazendário, pois este é o seu papel.

Ressalta que em momento algum houve determinação do Fisco para uma maior amostragem dos livros contábeis do recorrente.

Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que o Auto de Infração seja julgado inconsistente e improcedente com a consequente extinção das sanções ali previstas, protestando por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, *“especialmente pelo depoimento pessoal do policial signatário do auto impugnado, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, inspeção e perícia, juntada de documentos e todos os demais que porventura se façam necessários.”*

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico acerca do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual, inicialmente, entende que inexistente qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Isso porque inexistente nos autos qualquer espécie de conduta capaz de ser enquadrada no art. 18, do RPAF, tendo o Auto de Infração sido convertido em diligência justamente para fornecer ao autuado todos os documentos que robusteceram as infrações, com a reabertura do prazo de defesa, a despeito do mesmo não ter

colacionado aos autos qualquer documento ou planilha necessários para desconstituir o trabalho elaborado pelo autuante.

Quanto ao mérito, assinala que a irresignação do recorrente está circunscrita ao arbitramento da base de cálculo adotado na infração 1. Transcreveu os arts. 26, I, da Lei nº 3956/81 e o art. 22, I, da Lei nº 7.014/96 c/c os arts. 937, I, e 408-R, do RICMS/97 aduzindo que o arbitramento da base de cálculo é um regime de apuração do imposto previsto no Código Tributário da Bahia, na Lei do ICMS e disposto no regulamento do ICMS, portanto respaldado na legislação deste Estado. *In casu*, o ilustre revisor fiscal da ASTEC confirmou que o autuado não dispunha dos documentos fiscais e contábeis, restando impossível a aplicação de outro método de apuração do imposto, relativamente aos exercícios de 2004 a 2005.

No tocante à infração 2, asseverou que a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias encontra guarida na Lei do ICMS, como expressamente preceitua o artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, constituindo-se em fato gerador do tributo, não tendo o contribuinte trazido aos autos qualquer prova capaz de elidir a infração.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Inicialmente, no que se refere à preliminar de nulidade por ofensa ao princípio do contraditório, suscitada pelo sujeito passivo, entendo que razão alguma assiste ao recorrente.

Isso porque inexistente qualquer vício insanável nos fólios processuais, passível de enquadramento em qualquer das hipóteses elencadas no art. 18, do RPAF.

Impende observar, no particular, que o Auto de Infração foi convertido em diligência por duas vezes justamente para que ficasse comprovada: a) a necessidade de realização do arbitramento da infração 1 e; b) fosse entregue ao autuado todos os Relatórios TEF diários para que o mesmo, querendo, pudesse se contrapor à infração 2.

Além disso, a tese recursal de que a cópia da Decisão deve estar acompanhada da cópia de todo o processo não merece qualquer guarida, tendo em vista a sua absoluta falta de amparo legal ou até mesmo normativo.

Rejeito, portanto, a referida preliminar de nulidade.

Passo agora a enfrentar as questões atinentes ao *meritum causae*.

No tocante à infração 1, é de corriqueira sabença que o arbitramento é uma medida extrema de apuração da base de cálculo do imposto. Por tal razão, o processo foi convertido em diligência pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para que a ASTEC/CONSEF pudesse confirmar se era pertinente a alegação defensiva de que existia toda documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2004 e 2005, fato que, se viesse a ser confirmado, poderia afastar a aludida infração.

Todavia, aquele órgão técnico atestou que não procedia a alegação defensiva quanto à existência de toda documentação fiscal e contábil referente aos exercícios de 2004 e 2005, visto que o recorrente não dispunha, efetivamente, dos documentos fiscais e contábeis.

Logo, como corretamente assinalou o *a quo* “restou comprovado que a falta de apresentação da escrita fiscal ou contábil e dos documentos comprobatórios dos registros, no caso em exame, justificam plenamente o arbitramento levado a efeito pelo autuante”.

Outrossim, a despeito da infração 2 não ter sido expressamente impugnada, tendo em vista que o recorrente, ao final de sua peça de insurgência, pede a improcedência do Auto de Infração, entendo ser pertinente o seu enfrentamento.

Verifico que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, a fim de que fosse fornecido ao autuado, mediante recibo específico, a cópia dos Relatórios de Informações TEF Diário – Operações “*contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007, assim como, lhe fosse da reabertura do prazo de defesa de 30 dias (trinta dias)*”.

Ora, apesar de ter recebido os referidos documentos e ter sido cientificado da reabertura do prazo de defesa de 30 dias (trinta dias), o recorrente quedou-se silente, aplicando-se, pois, a presunção legal insculpida no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Dest'arte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207096.0309/07-3, lavrado contra **CYNTIA WITKOSKI (SUPERMERCADO POUCO REAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$97.729,87**, acrescido da multa de 100% sobre R\$30.445,36 e 70% sobre R\$67.284,51, previstas no art. 42, IV, “a” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS