

A. I. Nº - 102148.0023/07-5
AUTUADO - FOGUE ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19. 03. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033-01/09

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$167.185,17, acrescido da multa de 100% decorrente da 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, no exercício de 2002.

Além das “Intimações para Apresentação de livros e Documentos”, fls. 10 a 16, e dos “Termos de Arrecadação de livros e Documentos”, fls. 17 a 23, constam dos autos: comunicado do autuado informando o extravio de diversos documentos solicitados pela fiscalização, fls. 24 e 25, planilhas dos “Levantamento de Estoque (mercadorias tributáveis) arbitrado...” dos exercícios de 2002, fl. 43, e 2003, fl. 51, cópias das DMA e DME dos exercícios de 2002 e 2003, fls. 44 a 55, planilhas do ICMS recolhido e de novos cálculos do Arbitramento da primeira informação fiscal, fls. 87 a 88, e da segunda informação fiscal, fls. 125 e 126, extratos do INC – Informações do Contribuinte “DMA – Apuração e Informações Complementares”, fls. 95 a 103, “Arrecadação por Receita” fls. 89 a 95, e “Relação de DAES Anos 2002 e 2003.

O autuado, às fls. 58 a 72, impugnou o lançamento tributário, através de seu advogado devidamente habilitado nos autos, fl. 73, apresentando as seguintes ponderações:

Em relação às preliminares o autuado apontou como motivação para nulidade do Auto de Infração a discrepância entre o histórico da autuação e dos seus anexos e ainda entre este e artigos do RICMS apontados como infringidos. Afirma que, na apuração do ICMS a recolher por arbitramento da base de cálculo pela falta de apresentação de seus documentos fiscais, a fiscalização, a despeito de ter ele entregue a documentação solicitada, não procedeu a exame algum da escrita fiscal ou contábil, bem como não verificou os recolhimentos do imposto efetuados no período fiscalizado que, no seu entendimento perfazem o montante de R\$174.427,07, valor superior à exigência fiscal. Aduz ainda que a autuação também é nula pelo fato de está fundada em meros indícios, por não terem sido demonstrados os fatos em que se apóia, e para corroborar seu argumento transcreve trecho da obra do Prof. Moisés Arselrad, no qual é enfatizado que os meios de convicção do fato gerador e da infração fiscal são os determinados ou permitidos em Lei;

Quanto ao mérito, diz inicialmente que o seu ínfimo movimento, não suportaria, sem sua ruína, arcar com o ônus da autuação. Afirma que o arbitramento fiscal não prova circulação de mercadorias, tendo em vista que, para isso, se faz necessário que o Fisco efetue um levantamento de estoques com embasamento nos livros Registros de Entradas, de Saídas e de Inventários e nas notas fiscais de aquisição e de vendas, ou ainda comprovem a existência de passivo fictício, estouro de caixa ou depósitos bancários sem origem lícita, e partindo desses elementos comprovados material e documentalmente sejam vinculados a operações de circulação de mercadorias. Acrescenta que no

presente caso nada foi provado, pois se presumiu criando a ficção de existirem diferenças de vendas, mas não foi demonstrado pela fiscalização quais as datas precisas em que ocorreram, quais as mercadorias vendidas sem nota fiscal ou sem registro. Diz que sem a prova da ocorrência de uma circulação econômica ou jurídica não se presumir, mas depende de prova de sua materialidade concreta e efetiva, não existindo, sequer, o fato gerador da obrigação tributária principal, ou contrariamente cobra ICMS sobre fato gerador inexistente, o que fere os artigos 114, 141 142 seu parágrafo único, e 144 do CTN e 150, I da CF, tornando assim, nulo o Auto de Infração. Insiste ainda que a autuação não deve prevalecer tendo em vista que os valores exigidos no exercício de 2002, ou seja, R\$167.185,17, é inferior ao total de R\$174.427,07, por ele recolhido, conforme pode ser constatados nos DAES existentes nos arquivos na SEFAZ. Observa que o autuante não procedeu, mesmo sendo por ele alertado, à verificação de seus recolhimentos constantes nos registros da repartição fazendária. Ressalta também que no arbitramento, não fora observada a determinação contida no art. 938 do RICMS-BA/97, isto é, não considerou a atualização monetária e a dedução do imposto apurado no arbitramento, o saldo do crédito fiscal do período anterior, os créditos destacados em documentos fiscais e do imposto pago correspondente às operações e prestações, tudo isso, expressamente previsto no aludido dispositivo regulamentar;

Argüi que, por não existir dívida alguma dele para com o erário da Bahia, é indevido o índice de correção monetária aplicado no Auto de Infração, asseverando que a exigência é inconstitucional porque está em descompasso com o § 1º do art. 24 e dos incisos VI e VII do art. 22 da CF/88;

Diz que a multa aplicada de 100% assume caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória repellido pelo inciso IV do art. 150 da CF/88. Acrescenta que o montante da multa exigido, conduz ao confisco tributário, e que o citado dispositivo constitucional veda, e tal vedação consagrada pela norma maior, não pode ser desconhecida pela Administração Pública, nem ofendido pela legislação ordinária, ora invocada, nomeadamente porque o servidor público não é obrigado a cumprir normas ilegais ou lei inconstitucionais a teor do art. 116, I, II do Estatuto dos Funcionário, Lei nº 8.112/90.

Conclui requerendo a insubsistência do Auto de Infração, ensejando, por conseguinte, a extinção do lançamento, uma vez que houve pagamento dos montantes apontados, na quantia de R\$174.427,07.

O autuante às fls. 83 a 86, informa inicialmente que, de acordo com o art. 18 do RPAF-BA/99, nenhuma das condições elencadas como motivadoras de nulidade fora infringida pela fiscalização.

Observa que, em relação aos elementos qualitativos, para constituir o crédito fiscal através do arbitramento utilizou os documentos fiscais do contribuinte disponíveis na SEFAZ, ou seja, as DMES no período de janeiro a março de 2002 e as DMAS de abril a dezembro de 2002, conforme previsão constante nos artigos 331 e 335 do RICMS-BA/97. Acrescenta, afirmando que, do ponto de vista qualitativo, descabe qualquer discussão sobre a validade e a autenticidade das informações utilizadas no arbitramento;

Esclarece que, que tendo em vista que o sujeito passivo não apresentou os livros fiscais e contábeis, sob a alegação de extravio, fls. 25 e 25, os elementos quantitativos do arbitramento contestado pelo autuado foram, consoante memória de cálculo, fls. 87 a 88, apurados com base no inciso I do art. 937 e da alínea “b” do inciso I do art. 938 do RICMS-BA/97, os quais, ele considera suficientes para determinar com segurança a infração. Enfatiza ainda que em relação ao exercício de 2002 somente fora apresentado o livro Diário, fl. 25.

Ressalta que descabe a alegação defensiva acerca da falta de demonstração das espécies, quantidade, qualidade e preço de vendas, ante a não apresentação pelo autuado dos livros e documentos fiscais e contábeis, ficou o fisco impossibilitado de determinar o montante devido no exercício fiscalizado, por isso, foi aplicado o previsto na alínea “b” do inciso I do art. 938 com o § 1º do art. 146 do RICMS-BA/97, ou seja, aplicada a MVA de 60 % sobre as saídas arbitradas como base

para a determinação do imposto debitado, sendo deduzido o ICMS relativo às aquisições e o ICMS recolhido em relação às operações declaradas.

Informa também que assiste razão ao autuado quando invoca as deduções expressas no § 1º do art. 146 e no § 2º do art. 938, ambos do RICMS-BA/97, por isso, revela que, efetivamente, não procedera as deduções previstas nesses dispositivos regulamentares. Esclarece que no valor de R\$174.427,07 apontado pelo autuado como tendo sido recolhido no exercício de 2002 estão incluídos pagamentos de parcelamentos atinentes a débitos de períodos anteriores. Entretanto, com base nos extratos do DARC – INC – Informações do Contribuinte, somente referem-se ao ICMS recolhido relativo às operações o total de R\$111.159,52, sendo R\$79.687,35 de ICMS normal recolhido e R\$31.472,17 ao ICMS recolhido na condição de EPP. Com base na dedução de R\$111.159,53 do ICMS e não mais incluindo o valor de R\$1.674.509,35 das saídas informadas nas DMES e DMAs, como fizera no levantamento à fl. 43, o autuante elaborou nova planilha do arbitramento com a apuração do imposto a recolher, fl. 88, que resultou no valor de R\$213.390,32, montante superior ao apurado na planilha inicial, fl. 43, R\$167.185,17.

Conclui a informação mantendo o lançamento inicial do Auto de Infração, observando que a diferença somente poderá ser exigida mediante um novo lançamento.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal, fls. 112 a 118, o autuado alegou inicialmente que a fiscalização não procedera como deveria, pois, não foram verificados que os pagamentos por ele realizados guardam correspondência lógica com as operações praticadas de acordo com os documentos “Arrecadação por Receita”, fls. 89 e 90, acostados na informação, observando que ocorrera *bis in idem* já que não fora considerado o imposto pago.

Ressalta que somente deve ser aplicado o arbitramento quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação e não seja possível, através dos roteiros normais de auditoria, a determinação da base cálculo real do tributo. Aduz ainda que o arbitramento deve atentar para a motivação, o método a ser aplicado e o resultado, pois, ao serem examinados os requisitos que autorizam o arbitramento, se concluir não haver motivos jurídicos, ou se havendo motivo, o método adotado não for condizente com aqueles definidos pela legislação, o procedimento é nulo.

Diz que, segundo o regulamento ICMS devem ser computados os valores das entradas de mercadorias efetuadas durante o período de apuração, e que o procedimento deve ser realizado nos estritos termos da lei e do regulamento. Afirma que embora o motivo do arbitramento tenha sido a falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, caberia ser analisada a possibilidade de aplicação de outros meios para a fiscalização da empresa.

Informa que apresentou o “Relatório da DMA Consolidada – 2002”, como se verifica às fls. 95 a 103, e por isso, há meios de fazer o arbitramento conforme prevêm os artigos 937 e 938 do RICMS-BA/97, asseverando que não é admissível fazer adaptações das regras regulamentares, como fora feito pela fiscalização no presente caso.

Ressalta que o autuante considerou à fl. 88 o valor das compras no valor de R\$1.378.130,22, quando na verdade o valor correto é de R\$1.091.364,36, conforme demonstrado à fl. 48. Acrescenta que também não fora considerado o valor das saídas no valor de R\$1.206.205,60, como consta no “Relatório da DMA Consolidada-2002”, fl. 48. Revela que o autuante desconsiderou a sua condição de enquadrada no regime simplificado de apuração SimBahia no período de janeiro a março de 2002, e acrescentou ao valor das compras neste período em R\$718.156,36, quando deveria abater do valor total das compras do período este valor.

Conclui a manifestação ratificando os termos de sua peça de defesa e reitera que seja reconhecida a insubsistência do Auto de Infração.

O autuante ao proceder à nova informação, fls. 121 a 126, depois de rebater todas as ponderações alinhadas na manifestação apresentada pelo sujeito passivo, reconhece que cometera um equívoco

em sua planilha de apuração colacionada à fl. 88, tendo em vista que o valor das aquisições de janeiro a março de 2002, de acordo com a DME, fl. 46, é de R\$287.361,63, e não, R\$718.156,36, como considerara, assim, o valor do ICMS creditado fica reduzido de R\$50.270,95, para R\$20.115,31. Com a majoração do ICMS a recolher de R\$213.390,32, para R\$243.545,95, consoante teor da planilha à fl. 125, conclui mantendo o valor inicialmente lançado.

Manifesta-se o autuado mais vez, fls. 132 a 135, refutando inicialmente a afirmação do autuante, ao proceder à informação fiscal de que afirmara a impossibilidade de se efetuar qualquer outro roteiro normal de fiscalização, aduzindo que, pelo contrário, foram infrutíferas suas tentativas de que se procedesse a verificação perante os registros da SEFAZ para que se pudesse apurar a correspondência lógica entre os valores recolhidos descritos no Auto de Infração e as operações por ele praticadas no período fiscalizado. Conclui, mantendo o seu pedido para que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

Informa o autuante, fls. 139 a 141, depois de descrever as ponderações reiteradas pelo autuado, conclusivamente que, ante a falta de apresentação de qualquer elemento novo, mantém o arbitramento da ação fiscal consoante lançamento inicial.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS acrescido da multa de 100% decorrente da 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, no exercício de 2002.

Inicialmente deixo de acatar as preliminares de nulidades alinhadas pela defesa pelas razões a seguir enunciadas.

A discrepância entre o histórico da autuação e o dos anexos e entre a capitulação dos artigos do RICMS-BA/97, pelo fato de se tratar de arbitramento por falta de apresentação à fiscalização de documentos fiscais e contábeis, alegada não deve prosperar, haja vista que o autuado somente apresentou, consoante seu próprio comunicado, o livro contábil Diário e as guias de recolhimento FGTS atinentes ao exercício de 2002, fl. 24/25, portanto, não há que se falar em discrepância que resultaria em inadequação da acusação fiscal. Tendo o próprio autuado reconhecido que não logrou êxito na localização da quase totalidade de sua documentação fiscal e contábil, imprescindível para aplicação dos roteiros normais de auditoria.

Quanto à alegação de que não foram verificados os pagamentos efetuados e que guardam correspondência lógica com suas operações no período fiscalizado, constato que este óbice fora superado pelo autuante ao proceder a informação fiscal, fl. 88, portanto, não mais remanesce nos autos a falha apontada pelo autuado.

No que diz respeito a preliminar de nulidade suscitada pelo fato da autuação ter sido embasada por meros indícios não provados, do mesmo modo, também, não tem sustentação lógica alguma, senão vejamos. O extravio da quase totalidade da documentação fiscal, concomitantemente, com a previsão legal para a adoção do arbitramento da base cálculo estatuída pela art. 22 da Lei nº 7.014/96. Frise-se ainda que o roteiro aplicado pela fiscalização fora embasado nas informações econômico fiscais, DME e DMA, que o sujeito passivo fornecera à repartição fazendária, constantes dos autos e devidamente acompanhado de demonstrativos de apuração. Assim, o meu entendimento é de que a autuação não fora lastreada em meros princípios e sim em critérios preconizado pela legislação pertinente e com base em informações fornecidas pelo autuado e considerados os recolhimentos efetuados e corresponde às operações do período.

Entretanto, apesar de afastadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, ao compulsar os autos verifico que nos levantamentos de estoques arbitrado elaborado pelo autuante, para o exercício de 2002, fl. 43, e para o exercício de 2003, fl. 51, foram incluídas indevidamente as saídas informadas nas DME e DMA e não foram considerados nem os créditos fiscais e nem o ICMS recolhido pelo autuado nos exercícios fiscalizados, descumprindo a determinação expressa no art.

398 do RICMS-BA/97. Esse equívoco foi corrigido pelo autuante ao proceder à informação fiscal somente em relação ao exercício de 2002, fl. 88. Em sua segunda informação o autuante reconheceu também que cometera equívoco na atribuição dos créditos fiscais atinentes ao período de janeiro a março de 2002 e alterou este valor de R\$50.270,97 para R\$20.115,31, fl. 125. Com estes ajustes e correções procedidos pelo autuante resultaram no agravamento do lançamento original que fora de R\$167.185,17, para R\$213.390,32 na primeira informação prestada, e, na segunda, para R\$243.545,95. Como não fora apurado ICMS a recolher no exercício de 2003, embora com o levantamento do estoque arbitrado também calculado de forma distinta da expressa na legislação, o autuante não promoveu os ajustes cabíveis.

Assim, mesmo considerando que o arbitramento da base de cálculo do ICMS fundamenta-se em prova indiciária, em substituição à prova documental, através de processo regular, nos termos da legislação aplicável, e tendo o autuante buscado suprir as falhas procedimentais no transcurso do processo, entendo que restou evidenciado no presente caso que, além do agravamento do lançamento original, as sucessivas intervenções promovidas pelo autuante resultando na apuração de distintos valores do imposto devido, mesmo tendo sido dada ciência ao sujeito passivo, criou-se nos autos, uma incerteza quanto ao real dimensionamento da base de cálculo.

Assim, ao afetar o lançamento em sua liquidez, entendo que o Auto de Infração não deve prosperar, por ter sido constituído sem elementos suficientes e inequívocos para se determinar com segurança o *quantum debeatur* atribuído a infração cometida.

Consoante teor exposto do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

No caso em exame, os “levantamentos dos estoques arbitrados” elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, e por isso, consoante o art. 21, do RPAF/99, recomendo a repartição fazendária repetição do procedimento fiscal nos exercícios de 2002 e 2003, a salvo de equívocos, e na forma expressamente preconizados no inciso I do art. 938 do RICMS-BA/97, para que seja apurado se, efetivamente, existe imposto a ser recolhido pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 102148.0023/07-5, lavrado contra **FOGUE ROUPAS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

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, 13 de março de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR