

A. I. Nº - 206825.0036/08-8
AUTUADO - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 14.09.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0266-05/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. Comprovada, através de diligência, a efetiva possibilidade de apuração do imposto por outros meios, o que enseja a nulidade do lançamento, consoante a Súmula nº 5 do CONSEF. Infração nula. Negado o pedido de diligência. Preliminar de decadência rejeitada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 44.647,92 por ter deixado 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.

O autuado, por meio de seu advogado, ingressa com defesa, fls. 84 a 94, e tece os seguintes argumentos:

Separando as ocorrências por exercício, a fim de que seja observado o disposto no art. 937, § 5º do RICMS, temos a seguinte situação: 2003 – falta de entrega das reduções Z de novembro e dezembro, das notas fiscais D-1 de março a abril e do livro caixa; 2004 – exclusivamente, falta de apresentação do livro caixa.

Alega que, de acordo com a norma vigente e com a jurisprudência firmada pelo CONSEF, ainda mais tratando-se, nas épocas, de EPP, não existe base para a adoção do regime extremo do arbitramento.

Preliminarmente suscita a nulidade da autuação, por ausência de fundamentação legal e técnica para a apuração do ICMS pela via extrema do arbitramento da base de cálculo, notadamente em se tratando de contribuinte inscrito no SimBahia, na condição de microempresa ou EPP, consoante registro de fls. 01 do Auto de Infração, e na própria apuração da base arbitrada.

Transcreve os arts. 26 e 27 da Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia – e afirma que com base no art. 937 do RICMS, a legislação impõe que o arbitramento somente fica autorizado quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação e o fisco não puder apurar o montante real do imposto devido, o que não se caracterizou na presente ação fiscal. Alega que a sonegação deve ser comprovada de forma antecedente ao arbitramento e deve ficar provado que a sonegação “comprovada” ainda assim impediu a apuração do ICMS pelos meios normais de apuração.

Aponta que a presente ação fiscal seguiu caminho inverso, ou seja, o arbitramento foi utilizado como “meio de prova da sonegação”, e que, em momento algum, o autuante apresentou provas de efetiva sonegação e da impossibilidade de se apurar o valor sonegado.

Ressalta que a empresa era regida pelo SimBahia, na qualidade de EPP e que a documentação apresentada, que consta dos anexos termos de arrecadação, foi suficiente para o exercício regular da fiscalização.

Afirma que para o período de 2003, restaria somente a ausência das “reduções Z” de novembro e dezembro e as notas D-1, de março e abril, o que, coloca o arbitramento em “rota de colisão” com

o art. 938, § 5º do RICMS. Alega que, embora desobrigada, devido ao regime SimBahia, fazia controle de suas entradas e saídas, conforme livros e documentos anexos.

Transcreve jurisprudências do CONSEF e Súmula nº 5, no sentido de que só se deve admitir o arbitramento quando a sonegação for comprovada de forma antecedente e não for possível a utilização de qualquer outro roteiro de auditoria.

Aponta o art. 408-S do RICMS/97 para comprovar a inaplicabilidade do arbitramento, o qual só permite a apuração com base nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, ou seja, a partir do próprio desenquadramento, o que não aconteceu no presente caso, já que o autuado só foi desenquadrado após 2004.

Transcreve ainda jurisprudência administrativa e posicionamento da PROFIS da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

Aduz que o fiscal cometeu erros quanto aos cálculos e que em relação a 2004 apurou errado o montante recolhido e não considerou os pagamentos das “antecipações parciais”. Que tais pagamentos (anexados) totalizam R\$35.987,88 e fariam a importância concernente a 2004, se o arbitramento tivesse base técnica e legal, seria reduzido para R\$10.524,57.

Alega que ocorreu a decadência dos fatos geradores ocorridos até a data da lavratura da intimação do contribuinte, ou seja, até 15/12/2003.

Requer a ouvida da ASTEC/CONSEF para opinar sobre a impossibilidade técnica do arbitramento, ou se os documentos apresentados ao Fisco e carreados ao feito impossibilitam a adoção de outros roteiros de auditoria (levando em conta o SimBahia). Requer a aplicação da norma do art. 155, parágrafo único do RPAF e que seja declarada a improcedência da autuação.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 969 a 973, esclarecendo que:

Inicialmente deve ser observado que o sujeito passivo não apresentou o livro caixa dos exercícios de 2003 e 2004, não apresentou as reduções “Z” dos meses de novembro e dezembro de 2003. Que por ser legalmente dispensado, não apresentou também livro de registro de Entrada, livro Registro de Saída, livro Registro de Apuração do ICMS, tornando-se impossível o levantamento dos valores reais das transações mercantis realizadas pelo mesmo.

Afirma que o método do arbitramento foi utilizado com fulcro nos artigos 408-R; 408-S; 146, I e II e § 1º e art. 938, I, alínea “g” e § 2º do RICMS/BA.

Alega não ser necessário o desenquadramento do SimBahia haja vista que a autoridade fiscal aplicou o que determina o artigo 408-L do RICMS-BA.

Transcreve os artigos 915 do RICMS/BA e 408-S.

Ressalta que foi concedido o crédito de 8%, conforme demanda a pertinente disposição da legislação tributária.

Afirma que as disposições referentes à constituição do crédito tributário, para o caso em pauta, eram vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal.

Alega que o efeito da decadência não deverá ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, e sim do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Aduz que a o estoque inicial do exercício de 2003 apresenta o valor de R\$25.826,13 e o estoque final apresenta o valor de R\$ 25.015,78, conforme consta no pertinente demonstrativo que compõe a peça de cobrança.

Informa que os valores utilizados dos pagamentos tributários, constantes das DMEs foram os declarados pelo próprio contribuinte.

Questiona o fato de os livros e documentos solicitados ao autuado não terem sido entregues por ocasião da auditoria fiscal, e opina pela manutenção da cobrança, na íntegra, dos valores constantes do auto de infração em epígrafe.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência, formulado na defesa, pois os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação do meu juízo de valor, na qualidade de relatora deste PAF.

Quanto a arguição de decadência, dos fatos geradores ocorridos até a data da lavratura da intimação do contribuinte, ou seja, até 15/12/2003, não a acato pois o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2003, ou seja, os fatos geradores ocorreram no exercício de 2003, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/09.

Ultrapassada a preliminar de decadência, no mérito, está sendo exigido ICMS por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Consoante relato constante no PAF, o contribuinte, inscrito no regime simplificado de Apuração do ICMS, Simbahia, não apresentou o livro Caixa referente aos exercícios de 2003 e de 2004, e as reduções Z dos meses de novembro e de dezembro de 2003, e as notas fiscais de saídas série D1, de março e abril de 2003.

Em sua peça de defesa, o contribuinte afirma que a jurisprudência do CONSEF é no sentido de que o arbitramento só deve ser admitido quando for impossível a utilização de qualquer outro roteiro de auditoria, o que não se configurou. Apresenta os Acórdãos 3433/98, 0032-12/02, 2249-12/01, 0671/01, 0132-02/03, 0216-03/03, 0470-03/05, bem como mais inúmeros outros acórdãos, sobre a mesma matéria.

Verifico que o arbitramento se ampara, essencialmente, na falta de apresentação do livro Caixa relativo aos exercícios de 2003 e de 2004, e de documentos fiscais referentes ao exercício de 2003, que, segundo o autuante, inviabilizou a realização da auditoria com os necessários procedimentos, dentre os quais a auditoria de estoque, de fundamental importância para a atividade do contribuinte. Contudo o autuante ressalta os valores concernentes ao estoque inicial e final do exercício de 2003.

A questão em lume se ajusta ao disposto na Súmula nº 05, ilustrada pelo Acórdão Nº 0001-12/07, que resultou de reiteradas decisões, desse CONSEF, sobre esta mesma matéria, conforme a íntegra de seu texto:

“SÚMULA Nº 5 ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MOTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento”.

Assim, considero que a falta da apresentação do Livro Caixa, apesar de ser um livro obrigatório para os contribuintes inscritos no Simbahia, por si só não inviabiliza a aplicação de outros roteiros de auditoria, mesmo porque o levantamento de Caixa poderia ter sido realizado com base nos documentos fiscais e contábeis da empresa. Outrossim, a falta de apresentação de notas fiscais D1, em dois meses, no exercício de 2003, bem como as reduções Z, não justifica a aplicação do arbitramento em todo o exercício. Deste modo, concluo, destarte, pela nulidade da autuação e recomendo que o procedimento fiscal seja renovado.

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 2, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206825.0036/08-8**, lavrado contra **AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento.

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 2, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR