

A. I. Nº - 279116.1196/07-0
AUTUADO - RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (ELEMENTAIS)
AUTUANTE - ROGERIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ INDUSTRIA
INTERNET 27.11.2009

5.ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0340-05/09

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Justificado o arbitramento. Previsão na norma legal. Item, todavia, improcedente, visto que o imposto espontaneamente recolhido pelo contribuinte foi superior ao valor do tributo arbitrado. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração parcialmente elidida. Recalculada a partir dos critérios do Regime de Apuração pela Receita Bruta. 3. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Infração não impugnada. 4. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Multa mantida. Afastados os pedidos de re-enquadramento e de redução/cancelamento da penalidade. A conduta omissiva do sujeito passivo causou prejuízo ao fisco no que pertine à aplicação dos roteiros normais de fiscalização. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 16/12/2008, para exigir multa e ICMS no valor histórico de R\$ 147.804,11, em razão das irregularidades abaixo descritas:

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. Referente aos anos de 2003 e 2004 (Planilhas nº 01 a 04 em anexo)”. Valor: R\$ 120.764,02.
2. “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. ICMS recolhido a menor – regime de receita bruta (Planilha nº 05 em anexo)”. Valor: R\$ 9.710,10.
3. “Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Omissão de entrega do arquivo de Junho/2008. Omissão de entrega dos arquivos nos meses de agosto a dezembro/2005. Multa fixa”. Valor: R\$ 1.380,00.
4. “Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Referentes aos meses de agosto a dezembro/2005 (Planilha nº 06 anexo)”. Valor: R\$ 15.949,99.

O autuado, através de seus advogados, constituídos através de instrumento anexo (fls. 664/665), ingressou com defesa que foi acostada às fls. 652 a 663.

Preliminarmente, suscitou nulidade do item 1 da autuação, por ausência de fundamentação legal e técnica para a apuração do arbitramento pela via extrema do arbitramento da base de cálculo, notadamente em se tratando de contribuinte optante pelo Regime da Receita Bruta, consoante registrado nas peças que compõem o Auto de Infração.

Transcreveu as disposições do art. 26 e 27 da Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia - e do art. 937 e 938, § 7º do RICMS, para sustentar que 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. Defende que tais fatos não ficaram caracterizados na presente ação fiscal. Argumentou que o arbitramento, conforme interpretação da norma, não é um meio para se comprovar a sonegação. Para a sua adoção a sonegação deve ser comprovada de forma antecedente, assim como deve ficar patente que a sonegação “comprovada”, ainda assim, impediu a apuração do ICMS pelos meios normais de apuração.

Declarou que o art. 937, acima mencionado, é claro ao fixar que *“A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto...”*. Isso significa que para adotar o arbitramento a fiscalização deve, primeiro, ao menos apresentar FORTES INDÍCIOS DE SONEGAÇÃO, não bastando que o contribuinte incorra em uma das hipóteses previstas nos incisos I a IX do mesmo art. 937. De forma antecedente o Fisco deveria comprovar a sonegação, como expressamente determina o “caput” do artigo. Somente depois de comprovado que o contribuinte incorreu na prática de sonegação do imposto, não se podendo apurar pelas vias convencionais, as ocorrências listadas nos incisos I a IX autorizariam o arbitramento.

Seguindo essa linha de interpretação, mencionou que o RICMS, no § 7º do art. 938, estabelece que: *“Como embasamento para justificar a necessidade de aplicação do arbitramento, a fiscalização estadual poderá efetuar levantamento fiscal utilizando quaisquer meios indiciários, ou aplicando índices técnicos de produção, coeficientes médios de lucro bruto ou de valor acrescido e de preços unitários relativos a cada atividade, observada a localização e a categoria do estabelecimento.”*

Discorreu que pelo fato da autuada ser um estabelecimento INDUSTRIAL, deveria o autuante atentar ainda para o disposto no art. 938, inciso IV, letras “a” a “c”, do RICMS, onde são estabelecidos critérios específicos para esse tipo de estabelecimento.

Em seguida citou o art. 939 e inciso I, do RICMS, contendo regra que estabelece que o Fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual será transcrito, na íntegra, no livro de ocorrências.

Afirmou que no caso presente, a ação fiscal não só deixou de observar as disposições acima, como o r. Autuante seguiu um “caminho inverso”, ou seja, utilizou o arbitramento não como forma de apurar a sonegação anteriormente comprovada e sim como “meio de prova da sonegação”. Aduziu que em momento algum o Digno Autuante apresentou provas de efetiva sonegação e da impossibilidade de se apurar o valor sonegado e nem circunstanciou detalhadamente a necessidade de se arbitrar a base de cálculo, tendo a Autoridade Fiscal incorrido irregular arbitramento como meio de “prova”.

Ressaltou que a empresa era regida pelo “regime de receita bruta”, e que a documentação apresentada ao fisco seria suficiente para o exercício regular da fiscalização.

Mencionou, mais à frente, a jurisprudência firmada no CONSEF, traduzida nas ementas que transcreveu na peça defensiva, no sentido de só se admitir o arbitramento quando a sonegação for comprovada de forma antecedente e não for possível a utilização de qualquer outro roteiro de auditoria. Fez referência expressa aos Acórdãos CJF de nºs 0401/02; 3433/98; 0032-12/02; 2249-12/01. Citou também decisões originárias de Juntas de Julgamento contidas nos Acórdãos de nºs 0671/01; 0132-02/03; 0216-03/03; 0470-03/05. Transcreveu em seguida a Súmula nº 5 do CONSEF, contendo o entendimento pela nulidade do procedimento fiscal baseado em arbitramento onde falte a comprovação da impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo.

Relatou que de acordo com os demonstrativos de apuração dos valores arbitrados, não foram encontradas as parcelas correspondentes aos estoques, inicial e final, o que é suficiente para determinar que, se arbitramento coubesse, não poderia ser realizado pelo método da MVA.

Frisou que o próprio RICMS preconiza outras formas na ausência dos elementos completos para se usar a via da MVA, pois assim sendo o contribuinte ficaria prejudicado e a “conta” incompleta. Observou também que não existe comprovação de como os créditos foram levantados, pois para o exercício de 2004 não se cogitou em abater as antecipações parciais do ICMS, que igualmente compõem os pagamentos. Observou que o RICMS determina a utilização de “ingredientes” de forma expressa, a ausência de qualquer deles impede técnica e legalmente que o meio seja escolhido.

Alegou ainda que não obstante se encontre comprovado que existia outras opções de fiscalização que não o arbitramento, ainda que, por mero apego à discussão, se quisesse atribuir validade ao método utilizado no Auto de Infração, a exigência relativa a 2003 esbarraria na decadência dos fatos geradores ocorridos até a data da lavratura da intimação do contribuinte, pois não se pode admitir que a suposta “omissão de saídas” estaria concentrada em dezembro, sendo sensato e tecnicamente aprovado a distribuição dos valores por períodos mensais, tal qual a forma de apuração do ICMS. A importância referente a 2003, dentro dessa ótica, seria dividida por 12, aplicando-se a decadência sobre os meses que antecederam a autuação, englobando no caso todo o exercício de 2003.

Disse que conforme se depreende do processo administrativo, a autuada fora intimada para pagamento do pretendido crédito fiscal em 17 de dezembro de 2008, razão pela qual, entre a referida intimação e a ocorrência dos fatos geradores anteriores a esta data consumou-se o interstício superior a 5 (cinco) anos, o que configura, plenamente, ter ocorrido a decadência do crédito tributário relativo ao mencionado período, ex vi do artigo 150, § 4º, do CTN, que transcreveu na peça impugnatória.

Ressaltou que no presente caso o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como, forçosamente, vem entendendo o Fisco Estadual, não havendo nenhuma incompatibilidade entre com as disposições do artigo 965 do Regulamento do ICMS-BA, que reproduz a regra insculpida no artigo 173, I, do CTN. Afirmou que os citados preceitos normativos, ao estabelecerem que o direito da constituição do crédito tributário se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento “poderia” ter sido efetuado, foram direcionados para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS, repisando que tal situação não se verificou no caso presente.

Ressaltou ser este o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos julgados contidos no Recurso Especial nº 183.603/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 15.05.2001. DJ de 13.08.2001, pág. 88 e os Embargos de Divergência no Recurso Especial no 101.407/SP. 1ª Seção. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado em 07.04.2000. Publicado na Revista Dialética de Direito Tributário no 58, pág. 141.

Reiterou o pedido de declaração de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até 15/12/2003.

No mérito, casos as preliminares não sejam acatadas, sustentou que a apuração do imposto encontra-se viciada pela indevida e ilegal aplicação da alíquota relativas ao regime normal de apuração, posto que, como amplamente debatido e comprovado, a autuada se encontrava entre 2003 e 2004 sob o “regime de receita bruta”. Assim, se cabível o arbitramento, pleiteou a aplicação das alíquotas previstas no RICMS para o mesmo regime, para cada período de apuração.

Nesse sentido, destacou que no Acórdão CJF nº 0066-11/03, o CONSEF firmou sua posição, no seguinte sentido:

Acórdão CJF nº 0066-11/03 – 1ª CJF - EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS, justifica-se o arbitramento. Procedimento embasado na comprovada impossibilidade de desenvolver fiscalização normal do estabelecimento. Atendidos os requisitos legais. Cabível a aplicação da alíquota de 5% sobre a base de cálculo apurada, em face do sujeito passivo

recolher o imposto com base na receita bruta. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão Recorrida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Ficou comprovado que parte do imposto exigido foi consignado em exigência fiscal anterior, devendo por isso, ser descontado do valor cobrado neste PAF. Não acatada a preliminar de nulidade. Mantida Decisão Recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto Relator. Decisão por maioria.

Mencionou também o Acórdão JJF nº 0397-01/02, que julgou a acusação de suprimimento de caixa de origem não comprovada, ocasião em que foram aplicados aos fatos geradores ocorridos, entre janeiro de 1999 a janeiro de 2000, os critérios de apuração do ICMS previstos para os contribuintes enquadrados no regime do SimBahia.

Ressaltou que não há possibilidade de desenquadramento levada a efeito através do próprio Auto de Infração, na medida em que este procedimento não encontra guarida na legislação vigente, assim como também vem de encontro à jurisprudência administrativa e ao posicionamento da PGE/PROFIS da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, tudo conforme decisões que transcreveu na peça de defesa, a saber: Acórdãos JJF de nºs 0378-01/02; 0286-03/03; 0377-03/02 e 0434-12/02.

Disse que na improvável hipótese de homologação, pelo CONSEF, do presente lançamento, pede que sejam respeitadas as regras do Regime da Receita Bruta.

No que tange ao item 2, afirmou que a apuração espelhada na PLANILHA Nº 05 não pode ser acatada. Destacou que as diferenças ali apresentadas em verdade não existem. De acordo com a demonstração anexada, a autuada apurou e recolheu corretamente o ICMS devido no período e as divergências certamente decorreram da utilização “linear” da alíquota de 4%, quando o art. 505 e seguintes, do RICMS, estabelece percentuais que variam de 3% a 4%. Declarou que se observadas as alíquotas corretas para cada mês, não existem diferenças que foram cobradas. Pediu que mediante revisão por fiscal estranho ao feito, seja produzida a prova do quanto alegado, para a apuração da verdade material.

Com referência ao item 4, que contém a infração por descumprimento de obrigação acessória atinente à falta de apresentação de arquivos magnéticos ao fiscal, mediante intimação, pediu que a sanção seja alterada. Citou julgado originário deste CONSEF, contido no Acórdão nº 0379-12/05, da lavra do Consº Helcônio Almeida, com re-enquadramento da multa no art. 42, inc. XX, letras “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96.

Consignou ainda que considerando o regime de opção do contribuinte, que paga o ICMS com alíquotas que variam entre 3% e 4%, a multa de 1% é sobremaneira onerosa e possui flagrante intuito arrecadatório. Nesses casos, considerando ainda não existir no PAF provas de que a autuada tenha agido com dolo, fraude ou simulação ou que a ocorrência tenha propiciado a falta de pagamento do ICMS, o CONSEF tem determinado a redução da sanção para o patamar de 10% do valor cobrado. Transcreveu decisões lavradas nesse sentido, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0125-12/07 e CJF nº 0041-21/05.

Pediu que o CONSEF, caso não concorde que o enquadramento correto da infração, de acordo com a acusação, reduza a penalidade, com fundamento no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, e em consonância com o tratamento concedido a outros contribuintes em condições similares.

Ao finalizar a peça impugnatória, protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base nos documentos que foram carreados ao feito, requereu a ouvida da ASTEC/CONSEF para opinar sobre a impossibilidade técnica do arbitramento, pois os documentos apresentados ao Fisco e anexados ao PAF possibilitam a adoção de outros roteiros de auditoria (levando em conta o SimBahia), assim como sobre a apuração referente ao item 2 do Auto de Infração.

Requereu a aplicação da norma contida no art. 155, § único do RPAF, para que seja declarada a improcedência dos itens 1 e 2 e que o item 4 seja julgado procedente em parte, com adequação ou redução da multa, na forma acima fundamentada.

Encaminhado o PAF para informação fiscal, o autuante se manifestou acerca da defesa às fls. 681 a 692 dos autos. Transcreveu diversos dispositivos da legislação tributária e processual-administrativa, entre eles: os arts. 18, 19, 20 e 21 do RPAF/99; os arts. 26 e 27 do COTEB; o art. 22 e os §§ 6º, 7º e 8º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96; os arts. 937 e 938 do RICMS e o art. 173, I, do CTN.

Afirmou que a não apresentação dos livros e documentos fiscais impediu a utilização de outros roteiros de fiscalização. Em seguida fez transcrições de decisões do CONSEF, acerca do arbitramento da base de cálculo, contidas nos Acórdãos JJF de nºs 1527/99, 1290/99, 0480-03/03, 0084-02/02, 0829/99 e CJF, de nºs 0203-12/02, 0416-11/03, 0204-11/03. Mencionou também decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários do Estado do Pará.

Quanto ao regime de apuração da receita bruta ressaltou que a aplicação da alíquota de 4% no arbitramento constitui um erro e que todos os créditos foram considerados bem como todos o recolhimentos. Afirmou o autuante que a alíquota a ser aplicado no arbitramento é a de 17%, prevista no Regulamento, em seu art. 50. Transcreveu em seguida o art. 505 do RICMS, ressaltando o desenquadramento do regime de apuração em função da receita bruta, em relação ao estabelecimento industrial que deixar de exercer, com exclusividade, atividade compatível com o regime. Destacou também o dispositivo atinente à apuração do regime normal, contida no art. 505, XX, “d”, nas hipóteses de declaração inexatas ou quando o contribuinte deixar de prestar informações ao fisco quando solicitadas.

Mais à frente, o autuante apresentou novo demonstrativo da infração nº 2, contidos na planilha anexada à fl. 692, totalizando a cifra de R\$ 2.403,36, ressaltando que o contribuinte não era enquadrado no regime do SimBahia e sim no Regime Normal do ICMS.

O autuado, após ser intimado da informação fiscal, ingressou com nova manifestação nos autos (fls. 702 a 706).

Inicialmente, requereu que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam direcionadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da autuada no PAF, destacando que a informação fiscal serviu, tão somente, para sedimentar as teses levantadas na defesa.

Ressaltou que o Autuante não atendeu ao disposto no art. 127, § 6º, do RPAF, que determina o seguinte comando: *“A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”*.

Afirmou que o autuante limitou-se a transcrever dispositivos do RPAF, da Lei nº 7.014/96 e do RICMS, assim como algumas decisões inaplicáveis ao caso concreto, não atingindo de forma clara e precisa os aspectos abordados na defesa, certamente, porque a autuação não possui a mínima consistência.

Reiterou a tese da nulidade do item 1, eis que, no seu entendimento, não existe suporte legal e fático para a adoção do método do arbitramento da base de cálculo, ainda mais levada a efeito pela via do CMV e contra contribuinte que optou pelo regime de receita bruta. Reafirmou que o autuante não observou que a norma somente permite o arbitramento se, de forma antecedente ao seu uso, se provar que o contribuinte incorreu na prática de sonegação e, mesmo assim, não for possível apurar o montante real da base de cálculo.

Destacou que em apenas duas linhas, o autuante se manifestou pela aceitação da defesa quanto a preponderância de sua atividade, qual seja, INDUSTRIAL, o que inclusive lhe possibilitou a adesão ao regime de receita bruta.

Em seguida observou que a autoridade fiscal continuou a transcrever dispositivos normativos, não apresentando qualquer fato ou fundamento suficiente para enfrentar a defesa, seguindo com a citação de decisões que não enfrentam as circunstâncias específicas do caso em apreço, que se reportam a Tribunais Administrativos de outro Estado e a decisão judicial do Tribunal de Justiça da Bahia que se refere a caso totalmente diferente, quando em verdade a apuração foi feita pela

via do “levantamento quantitativo”, tomado no caso “paradigma”, de forma genérica, como um “arbitramento”.

Disse que a única citação direta feita a um dos pontos da defesa, às fls. 691, se reporta ao regime de receita bruta, sendo, todavia, confusa, pois admite que o caso em tela deve ser regido pelo aludido regime. No entanto, ato contínuo, foi falado genericamente sobre alíquotas e créditos, sem se contrapor ao posicionamento firmado pelo CONSEF em casos exatamente iguais, conforme decisões que voltou a mencionar na peça informativa, já citadas na petição inicial.

Frisou que outro ponto que não foi encarado de forma direta, clara e eficaz, se refere aos itens 13 e seguintes da defesa, relativos aos cálculos apresentados. Os itens relativos ao mérito, de fls. 10 e 11 da defesa, também não foram abordados regularmente, razão pela qual entende que devam prevalecer.

Com relação ao item 2, que segundo o contribuinte também atesta a necessidade de aplicação do regime de receita bruta, apesar da redução substancial dos valores, reiterou todos os termos da defesa, ratificando o pleito de diligência formulado às fls. 11 e 12, item 26. Os novos demonstrativos apresentados às fls. 692 a 698, ficaram expressamente impugnados.

No que tange ao item 4, informou não houve contestação por parte da Autoridade Fiscalizadora, devendo ser acatado o pedido formulado na defesa.

Ao finalizar, voltou a protestar pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base nos documentos ora carreados ao feito, pediu que a ASTEC/CONSEF seja ouvida para opinar sobre a impossibilidade técnica do arbitramento, pois os documentos apresentados ao Fisco e carreados ao feito possibilitam a adoção de outros roteiros de auditoria (levando em conta o SimBahia). Pediu também a revisão da infração nº 2. Requereu em seguida a improcedência dos itens 1 e 2 e que o item 4 seja julgado procedente em parte, com adequação ou redução da multa, na forma pleiteada na peça defensiva.

O autuante, por sua vez, em nova informação fiscal, frisou que na informação anterior foram transcritos os dispositivos RPAF que tratam da nulidade para destacar que não se pode falar em nulidade se não houve infração à norma que trata da matéria, pois os casos de nulidade são os elencados no rol do art. 18, não tendo incorrido o lançamento em infração a esse dispositivo.

A respeito do arbitramento da base de cálculo disse que a defesa se equivocou em relação ao entendimento quanto à sua aplicação. Destacou que o extravio de livros e documentos resulta, na prática, na impossibilidade de apuração da base de cálculo do tributo. Sustentou, em conformidade que a 1ª informação fiscal, que *“...O simples fato de a apuração correta pelo método de arbitramento resultar em imposto a recolher já demonstra a sonegação do imposto”*. (...) Declarou ainda que *“... A Apuração por tal método ocorre nos casos em que não é possível apurar o montante real da base de cálculo o que se aplica a este caso em função da alegação de extravio de livros e documentos fiscais”*. Argumentou que o art. 937, I, do RICMS/97, é aplicável a este caso, razão pela qual fez a transcrição do citado dispositivo.

Afirmou ainda que a manifestação do autuado trouxe acórdãos sobre conta “caixa”, antecipação tributária, regime de apuração em função da receita bruta (lanchonete), todos inaplicáveis ao caso posto ao exame dessa corte administrativa.

Na assentada de julgamento o patrono da empresa sustentou, em complemento às teses defensivas apresentadas na inicial, a inaplicabilidade do arbitramento em razão da empresa operar com proporção significativa de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e que os cálculos do arbitramento foram elaborados ora com base em DMA ora com cálculos próprios, sem considerar a proporção mercadorias “outras” e os créditos fiscais lançados na DMA.

VOTO

Inicialmente passo a apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa.

Interpretando a norma insculpida no art. 937 do RICMS/97, se apresentam duas possibilidades para a realização do arbitramento da base de cálculo do ICMS. A prática da sonegação e a impossibilidade de apuração da base de cálculo através dos roteiros normais de fiscalização. A prática de sonegação por si só não afasta a aplicação dos roteiros normais de fiscalização. Todavia, a impossibilidade de apuração da base de cálculo declarada pelo sujeito passivo é hipótese que autoriza, isoladamente o arbitramento.

Ressalto que o ICMS, por ser imposto sujeito a lançamento por homologação, necessita dos dados da escrituração fiscal do contribuinte para a posterior homologação pelo fisco. Na hipótese de extravio, perda ou sinistro da escrituração e dos documentos que lhe servem de respaldo é evidente que se contribuinte não reconstituiu a escrita ou a mesma não merece fé, só resta ao fisco a adoção do arbitramento, com a aplicação dos métodos previstos na legislação.

Nessa linha de entendimento e com apoio em inúmeros pareceres da Procuradoria Estadual vem se posicionando o CONSEF, a exemplo do consta do Acórdão nº 0190-11/02, da 1ª CJF, no qual foi consignado o seguinte: “... *comprovado nos autos que o motivo de tal procedimento (arbitramento) foi a falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, razão assiste ao autuante*”.

Logo, a falta de apresentação de livros e documentos é razão que por si só justifica o arbitramento. Nessa mesma direção também destaco os julgados citados pelo autuante na sua informação fiscal, referentes aos Acórdãos JJF, nºs 0829/99, 1527/99, 1290/99, 0480-03/03 e 0084-02/02 e CJF, nºs 0203-12/02, 0204-11/03 e 0416-11/03. Assim, a jurisprudência citada pela defesa já se encontra superada. Em arestos mais recentes se encontra também estampado entendimento aqui expresso, conforme se pode verificar nos Acórdãos de nºs 0169-12/08 e 0162-12/08, originários da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Entendo também que os vícios suscitados pelo sujeito passivo, no que pertine ao método de apuração do imposto arbitrado e quanto aos aspectos formais atinentes à justificação do arbitramento pelo autuante, podem ser ultrapassados, aplicando-se ao caso o quanto previsto no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, visto que vislumbro a possibilidade de decidir o mérito da infração nº 1, favoravelmente ao contribuinte.

Senão vejamos. Ao aplicar o arbitramento, o autuante adotou a alíquota de 17%, com a dedução dos créditos fiscais e pagamentos efetuados nos exercícios de 2003 e 2004, período em que a empresa era optante pelo regime de recolhimento do ICMS através da receita bruta, conforme comprovam os extratos anexados às fls. 40 a 43 dos autos.

Importante registrar que o próprio autuante ao revisar a infração 2, adotou as alíquotas com os percentuais aplicáveis ao regime de apuração pela receita bruta das indústrias, conforme demonstrado nas planilhas acostadas à informação fiscal. Diante disso, ao recalcular o ICMS arbitrado, com a adoção da alíquota de 4%, que compreende a maior faixa de tributação dos industriais do ramo de vestuário, de acordo com o previsto no art. 505 do RICMS, percebe-se, sem maior esforço, não remanescer ICMS a recolher por parte do contribuinte que sofreu o arbitramento.

Para o exercício de 2003 (planilha fl. 14), aplicando-se a alíquota de 4% sobre o valor das vendas arbitradas, no montante de R\$ 694.542,81, teríamos o ICMS no valor de R\$ 27.781,71. Deduzindo o ICMS já recolhido, no total de R\$ 27.691,14, não resta praticamente nenhum valor a ser recolhido ao Erário.

Da mesma forma, para o exercício de 2004 (planilha, fl. 15), partindo-se do valor das vendas arbitradas, no importe de R\$ 1.204.245,88, à alíquota de 4%, resulta no ICMS de R\$ 48.169,84. Abatendo o ICMS recolhido no exercício, no montante de R\$ 101.234,20, percebe-se que o arbitramento não resultou em tributo a ser recolhido aos cofres públicos.

Nessa diretiva, pela adoção dos critérios de apuração do regime da receita bruta em relação ao ICMS arbitrado, acompanho o entendimento externado na Decisão proferida no Acórdão de nº

0066-11/03, da lavra da saudosa Cons^a Ivone de Oliveira Martins, que se posicionou pela compatibilidade entre a apuração da base de cálculo pela via do arbitramento e a adoção da alíquota prevista para as operações com restaurantes, churrascarias padarias e demais atividades congêneres. São, portanto, situações análogas.

Quanto ao pedido de aplicação do critério da proporcionalidade para o cálculo do arbitramento, entendo que o autuante deveria, caso prevalece o arbitramento pelo regime normal, ter partido exclusivamente do montante de operações de saídas tributadas, constante da DMA, abatendo os créditos correspondentes e os pagamentos relacionados às operações de saídas. Frente a essa metodologia, que difere daquela proposta pela defesa, não seriam contempladas as mercadorias com imposto já retido e as lançadas na coluna “outras”. Essa circunstância também reduziria, de forma expressiva, o valor do ICMS arbitrado.

Pelas razões acima expendidas, também não acato a preliminar de decadência referente ao exercício de 2003, até porque em se tratando de ICMS arbitrado, entendo ser aplicável a contagem de prazo prevista no art. 173 do CTN, ou seja, a partir do 1º dia do exercício seguinte, visto que o devedor deu causa à impossibilidade de apuração do tributo, pelo extravio dos livros e documentos fiscais. Também entendo desnecessária a remessa dos autos para a ASTEC visando revisão do item do lançamento, visto que a solução de mérito se baseou nos documentos que já se encontravam acostados ao processo.

Diante do quanto exposto, voto pela Improcedência da Infração nº 1.

No que tange ao item 2, a exigência fiscal se encontra respaldada na planilha nº 5, acostada às fls. 15 a 22 dos autos. O autuante revisou os cálculos desta infração, nos demonstrativos anexados à informação fiscal (fls. 692 a 696), atendendo ao reclamando do contribuinte, visto que foram aplicadas as alíquotas de 3%, 3,5% e 4%, de acordo com a faixa de faturamento, e não a alíquota uniforme de 4%, para todo o período. Diante disso, o valor do débito que era de R\$ 9.710,10 passou para R\$ 2.403,36, para os meses de março a novembro de 2005, conforme demonstrativo de débito que integra a fl. 692 do PAF. Os cálculos apresentados na peça defensiva foram considerados na revisão efetuada pelo autuante. O contribuinte, em manifestação subsequente à revisão, não apresentou novos documentos ou argumentos que elidissem o valor remanescente desta infração. Rejeito, em decorrência, pedido de diligência visando revisar novamente este item da autuação.

O item em questão é Procedente em Parte.

O contribuinte não se insurgiu contra a infração nº 3, razão pela qual o seu silêncio deve ser entendimento com reconhecimento da acusação, aplicando-se ao caso os arts. 140 e 142 do RPAF/99, pois, o fato alegado e não contestado será admitido com verídico se do contrário não resultar do conjunto das provas. Há, portanto, presunção de veracidade da acusação fiscal. Item Procedente.

Por último, no que se refere ao item 4, o contribuinte pede alternativamente, o re-enquadramento da infração, no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96, ou a redução da multa, invocando a aplicação do art. 42, § 7º, do mesmo diploma legal.

De fato, o sujeito passivo se encontra omissos de entrega dos arquivos, no do período de agosto e dezembro de 2005. Cabe, de início apreciar os aspectos temporal do lançamento. Foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas, previstas no art. 42, inc. XIII-A, “g”, da Lei do ICMS. Ocorre que a conversão da obrigação acessória em obrigação pecuniária de multa é considerada devida a partir do primeiro dia útil após o vencimento do prazo para a entrega dos arquivos, nos termos da Orientação Técnica, OG-GEAF-Fis-003/2205. Considerando que a intimação foi lavrada em 24/10/2008 (sexta-feira), contado 5 dias úteis, o prazo se encerrou em 04/11/2008. Dessa forma, a imposição da multa é devida a partir dessa data para todos os períodos mensais autuados.

No que se refere ao pleito do contribuinte de re-enquadramento da multa, não vislumbro essa possibilidade, visto que a legislação fixa, para o não atendimento da intimação para a entrega dos arquivos magnéticos, penalidade específica, prevalecendo aqui a regra particular em detrimento

da norma geral, contida no inc. XX da Lei do ICMS, pelo não atendimento de intimações fiscais para entrega de livros e documentos fiscais. Ressalto que o próprio dispositivo em análise tem previsão expressa de sua não aplicação aos casos de não entrega dos arquivos magnéticos.

Quanto ao pedido de redução da multa, não vislumbro possibilidade de atendimento do pleito. Isto porque a conduta omissa do contribuinte casou prejuízo ao fisco, visto que a não entrega dos arquivos magnéticos impede ou dificulta aplicação dos principais roteiros de fiscalização entre eles o roteiro de auditoria de contagem dos estoques. Ademais, os períodos em que houve a omissão (meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2005) não foram os alcançados pelo arbitramento, a que se refere o item 1 da autuação, onde se apurou que a empresa não apresentou saldo de ICMS a recolher. Diante disso, o primeiro requisito para a dispensa ou redução da multa, atinente ao pagamento do tributo do período, conforme estabelece o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, não restou demonstrado.

Por fim, a alegação de confiscatoriedade e de excessiva onerosidade da multa não podem ser acolhidas, por decorrer essa penalidade de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, não cabendo aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário. O item em exame é também Procedente.

Diante do acima exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279116.1196/07-0, lavrado contra **RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.403,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$17.329,99**, previstas no art. 42, inc. XIII-A, alínea “g” e “i”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício, desta 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 novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR A