

**PROCESSO** - A. I. Nº 180573.0007/08-9  
**RECORRENTE** - GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. (GLASS MAXI)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0146-02/09  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 30/04/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0070-11/10

**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. Infração 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 1. Infração descabida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0146-02/09), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, lavrada em 29/12/2008, através da qual foram imputadas ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS, apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, em decorrência da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil. Imposto R\$1.526.958,81. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$640,00.

A Junta de Julgamento Fiscal inicia a Decisão alvejada asseverando que, apesar das alegações do autuado, não restou dúvidas de que ele foi intimado para apresentar os livros e documentos fiscais solicitados. Disse que, mesmo se não fossem consideradas as intimações enviadas por fax e confirmadas pelo escritório do contador, conforme cópia da ficha de dados cadastrais constante dos autos (fl. 44), consta, à fl. 07, intimação assinada pelo autuado em 11/11/2009.

Observou que o Auto de Infração somente foi lavrado em 29/12/2008, somados aos mais de 30 dias para defesa, totalizando, entre a intimação e a apresentação de impugnação, mais de 70 dias para que o autuado apresentasse ao autuante ou à Repartição Fiscal de sua circunscrição os livros e documentos não fornecidos à fiscalização.

No mérito propriamente dito, a Junta de Julgamento Fiscal constatou que o autuado deixara de apresentar os livros e documentos relacionados como faltantes no termo de fl. 13 ou seja notas fiscais de entradas do período de junho a dezembro de 2003, notas de 08 de abril a 15 de maio e 24 a 31 de dezembro de 2003, 01 de jane

a 04 de junho e 01 de outubro a 31 de dezembro de 2004, além dos arquivos magnéticos relativos ao período fiscalizado, que também não foram fornecidos.

Manifestou entendimento contrário ao defendido pelo sujeito passivo quanto aos requisitos para utilização do arbitramento, invocando o art. 937, I, do RICMS, para asseverar que *“a aplicação do arbitramento está plenamente justificada”*.

Consignou que a não apresentação dos aludidos documentos, especialmente as notas fiscais, impossibilita a apuração do imposto no período, uma vez que não se tem como verificar os valores lançados nos livros fiscais, ressaltando que as referidas notas servem para embasar e validar os lançamentos fiscais e contábeis do sujeito passivo.

Salientou que é até possível, diante da falta dos livros e de posse dos documentos fiscais, apurar-se, com segurança, a base de cálculo do imposto devido; contudo, sem as aludidas notas fiscais, como ocorreu no caso julgado com relação a grande parte do período fiscalizado, não é possível tal apuração, uma vez que os lançamentos nos livros fiscais e as informações prestadas pelo contribuinte ao Fisco carecem de lastro nos documentos que lhe deram origem, portanto, carecendo de validade para assegurar que o crédito tributário efetivamente devido é o escriturado ou informado pelo contribuinte.

Nesses termos, a Junta de Julgamento Fiscal, diante da falta de apresentação das notas fiscais, considerou correto o arbitramento levado a efeito pelo autuante.

Apontou, ainda, que o sujeito passivo já incorreu na falta de pagamento do ICMS em operações enquadradas no regime de diferimento (Autos de Infração n<sup>os</sup> 27910400910022 e 2815080057039, já devidamente pagos), bem como deixou de entregar livros e documentos fiscais (Auto de Infração n<sup>o</sup> 2993260015057). Aliou a esses fatos a assertiva do preposto fiscal de que o cotejamento entre os dados constantes da DME/DMA consolidada, com os valores capturados através do CFAMT, indicara a omissão de entradas e presunção de omissão de saídas, sem o devida pagamento do imposto, conforme consta à fl. 02 dos autos: *“temos para 2003, na DME (1.462.039,65) x CFAMT (1.648.467,05), donde se conclui que os dados informados na DME são incorretos”*.

Conclui que foram constatadas a prática de sonegação e a impossibilidade de se apurar o tributo devido através de roteiros normais de auditoria.

Com relação à infração 2, a Junta de Julgamento Fiscal, mediante a aplicação do §5<sup>o</sup>, do art. 42, da Lei n<sup>o</sup> 7.014/96, afastou a cobrança da multa aplicada, *“uma vez que o descumprimento da obrigação principal foi uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória”*.

Com esses fundamentos, julgou procedente em parte o Auto de Infração, mantendo a infração 01 e declarando a insubsistência da infração 02.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 118/126, suscitando, atecnicamente, preliminar de cerceamento de defesa, sob dois fundamentos, a saber: a) falta de entrega das notas fiscais coletadas no CFAMT; e b) falta de conversão do julgamento do processo em diligência na primeira instância administrativa para apuração da existência dos livros e documentos solicitados.

No mérito, o Recurso Voluntário é dividido em questionamentos. São eles:

- I. O presente arbitramento atende às exigências regulamentares e consequentemente ao princípio do devido processo legal? Nesse tópico o sujeito passivo sustenta que, de acordo com o art. 937, do RICMS, duas são as condições necessárias para que possa o Fisco promover ao arbitramento da base de cálculo: o contribuinte ter incorrido em prática de sonegação e a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo. Diz que essas condições precisam ser provadas, a teor da jurisprudência (n<sup>o</sup> 0320-12/02).

Aduz não ter encontrado na acusação ou no voto provas de sonegação, existe apenas informações incorretas na DMA/DME relativamente às entradas. Sobre esse assunto, formula os seguintes quesitos:

“1. Teria havido mesmo tal erro?

2. Não fomos apresentados às informações do CFAMT. Estão elas anexadas aos autos?

3. Não nos foram entregues cópias das notas fiscais coletadas. Não estamos, neste caso, sofrendo cerceamento do direito de defesa?

4. Porque temos que apresentar as notas fiscais de entradas e o fisco não está obrigado a apresentar as informações que dispõe, para que possamos fazer um cotejamento com as informações que dispomos? Não está, de novo, caracterizado o cerceamento ao direito de defesa?

5. A legislação tributária estadual não prevê multa para a apresentação da DME com incorreções? Porque o fisco não aplicou?”

Com relação à DME, diz que, no exercício de 2003 era optante do SIMBAHIA, regime simplificado de tributação que tinha como base para apuração do imposto o valor das saídas, sobre o qual incidiria um percentual, mas nenhuma referência foi feita pelo autuante sobre a receita tributável, mas apenas às entradas divergentes em comparação ao CFAMT.

Quanto à DMA, aduz que o Relator sequer se manifestou sobre as observações do sujeito passivo, a seguir reproduzidas:

“Está o autuante se referindo às entradas de mercadorias. No exercício de 2004, a informação a menor de entradas na DMA gera os seguintes reflexos:

a) Houve erro na confecção do documento;

b) Não houve cruzamento dos dados com os contidos no CFAMF para verificar incorreções de preenchimento;

c) Utilizamos crédito fiscal a menos, o que foi benéfico para o fisco;

d) Poderia ser aplicada penalidade por apresentação do documento com incorreção, prevista no RICMS/BA.

Sendo o regime de apuração “normal”, o débito ocorreu pelas saídas (não contestadas pelo fisco) e o crédito pelas entradas (achadas a menor pelo fisco). Consequentemente, o reflexo em nossa conta corrente fiscal foi positivo para o fisco e negativo para nossa empresa”.

II. A falta de apresentação de arquivos magnéticos autoriza o arbitramento? O recorrente sustenta que essa conduta: caracteriza descumprimento de obrigação acessória punível com multa de 1% sobre o valor das entradas ou das saídas de mercadorias no exercício; não comprova a prática de sonegação; não está elencada no art. 937, do RICMS; e não pode servir de respaldo para o arbitramento.

III. Irregularidades fiscais cometidas pelo contribuinte em outras ocasiões podem ser usadas em julgamento para conclusão sobre a correção da aplicação do arbitramento? Assevera que as informações constantes da Decisão impugnada sobre autos de infração anteriores não está correlacionada com a lide, vicia o voto do Relator e indica a tendência de “segurar o auto a qualquer custo”.

IV. Apresentação dos livros e documentos. Nesse tópico, aduz o sujeito passivo, *in verbis*:

“Atendemos as intimações em 23/12/2008 quando entregamos, mediante Termo de Arrecadação (documento 3 anexado à defesa) 6 (seis) pastas arquivo contendo notas fiscais de entrada e mais 14 (quatorze) pastas arquivos, contendo notas fiscais de saídas que, por falha de nossos prepostos, não continham todos os documentos solicitados pela fiscalização, ocasião em que o Sr Auditor Fiscal preparou uma listagem (mesmo documento 3 citado) informando os documentos faltosos.

Considerando que a solicitação dos documentos faltantes seja caracterizada como nova intimação, o contribuinte teria 48 (quarenta e oito) horas para atendimento da mesma, se pelo fisco. Este prazo começaria a contar de 28/12/2008, primeiro dia útil a 29/12/2008, antes de completar o prazo, o Auto de Infração foi lavrado. E o Sr. Relator, no terceiro parágrafo do seu Voto, vê como no

*autuante, no afã de constituir crédito tributário, de qualquer jeito, visando salvaguardar o Estado da decadência.*

*O Sr. Relator cita ainda, no mesmo parágrafo, que dispusemos de prazo suficiente (mais de 70 dias) para a apresentação dos documentos ao autuante ou à Repartição Fiscal. No nosso entender, após a lavratura do Auto de Infração somente o CONSEF poderia avaliar os documentos, dentro do processo de julgamento. Imaginamos que seria normal a conversão, pela JJF, do processo em diligência, para que pudéssemos apresentar os documentos. Como pode o Sr. Relator, então, concluir que não trouxemos elementos capazes de confirmar a disposição dos livros e documentos não apresentados?*

*A falta de conversão do processo em diligência para apuração da existência dos livros e documentos cerceou nosso direito de defesa, embaçando as nossas crenças de que, esse, seria um procedimento normal.*

*Para dirimir quaisquer duvidas sobre a posse dos documentos e livros, informamos:*

*1. Livros fiscais referentes ao exercício de 2003 – Não podemos apresentar porque dispensados éramos desta obrigação, pela opção pelo SIMBAHIA;*

*2. Livros fiscais referentes ao exercício de 2004 – Estamos anexando, devidamente encadernados, em um único volume (conforme faculta a legislação).*

*3. Notas fiscais de entradas e de saídas - Encontram-se à disposição do fisco, com nosso contador, no endereço:*

*HB CONTABILIDADE*

*Contador: Marcio Bulhões Araújo*

*CRC-BA: 025814/O-8*

*Rua Boulevard América, 11, Jardim Baiano, Salvador – BA.*

*4. Deixamos de anexar ao processo pelo grande volume de documentos e que os Srs. Julgadores não iriam manipular, por não serem diligentes”.*

- V. Conclusões. São elas: a) a Junta não apreciou a ementa transcrita na defesa (Acórdão JJF nº 0155-02/06), nem a Súmula 05, do CONSEF, que tratam do arbitramento e da necessidade de comprovação da impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através de roteiros normais de auditoria; b) o preposto fiscal poderia ter aplicado outros roteiros no caso em comento.

Informa que a irregularidade cometida pelo sujeito passivo, de informar erradamente na DME/DMA os valores de compras, já foi objeto de cobrança de multa, em fiscalização anterior, que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 2993260015057, sendo que para os exercícios de 2003 e 2004 (afora outros exercícios) foram cobradas as multas de R\$ 39.403,29 e R\$ 82.423,37, respectivamente, que foram acatadas e pagas por este contribuinte, que somente depois constatou a aplicação irregular da multa os exercício de 2004 e 2005.

Por fim, afirma: “*Parece que o fisco gostou do reconhecimento indevido e resolveu cobrar mais uma vez o que puder de nossa empresa*”, pugnando, em seguida, pelo provimento do Recurso ofertado.

Às fls. 131/132, a PGE/PROFIS requer a conversão do julgamento do feito em diligência à ASTEC, para conferir se efetivamente os livros fiscais coligidos ao feito na fase recursal possibilitam a apuração do imposto por meio de roteiro diverso do arbitramento da base de cálculo, ou seja, se há possibilidade de apurar o real montante da base de cálculo.

Esta Câmara de Julgamento Fiscal, à fl. 134, indeferiu o pedido de diligência, conforme fundamentação abaixo reproduzida:

*“Considerando que o sujeito passivo limitou-se a anexar aos autos os livros fiscais do exercício de 2004, que não se encontram visados por qualquer agente do Fisco ou da Junta Comercial do Estado da Bahia, apesar de ter havido fiscalização no estabelecimento no ano de 2005;*

*Considerando que os referidos livros só foram trazidos ao feito com o Recurso Voluntário, o que coloca em dúvida a idoneidade das operações nele registradas, pois remete à conclusão de que a fiscalização foi produzida após iniciada a fiscalização em apreço, sobretudo porque, Órgãos competentes;*

*Considerando não ter havido justificativa para a falta de apresentação dos livros quando da intimação realizada pelo autuante, no início da fiscalização;*

*Considerando que o sujeito passivo não trouxe aos autos as notas fiscais de entradas e de saídas do período fiscalizado, cuja falta noticiou o autuante na peça inaugural, limitando-se a alegar a sua existência;*

*Considerando que a própria PGE/PROFIS concluiu pela existência de obstáculos à fiscalização e que a aceitação extemporânea de documentos implicará a realização de novo procedimento fiscalizatório sobre exercícios já trágados pela decadência; e*

*Considerando, por fim, que a utilidade ou não das provas trazidas pelo sujeito passivo pode ser analisada diretamente pelos Órgãos Consultivo e Julgador, no momento oportuno;*

*Deliberou por indeferir a diligência solicitada, devendo os autos retornar à PGE/PROFIS, para Parecer conclusivo”.*

No Parecer de fls. 136/141, a PGE/PROFIS opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, de acordo com os seguintes argumentos:

- 1) Inicialmente registra a concordância com os fundamentos expostos por esta Câmara para indeferir o pedido de diligência formulado em segunda instância;
- 2) Destaca, dentre as considerações elencadas pela Câmara de Julgamento Fiscal, o fato de os livros fiscais relativos ao exercício de 2004 não estar visado por agente do Fisco ou da Junta Comercial do Estado da Bahia, o que impede a conferência de sua autenticidade, especialmente considerando que somente em grau de Recurso Voluntário vieram aos autos, mesmo tendo sido requeridos nas intimações que precederam à lavratura do Auto de Infração ou podendo ter sido juntados quando da defesa inicial, que é o momento próprio para apresentação das provas, a teor do art. 123, do RPAF;
- 3) Diz que se encontra justificada a adoção do arbitramento da base de cálculo, pois o contribuinte foi intimado para apresentar os livros e documentos solicitados pela fiscalização e não os apresentou, omitindo-os, sem qualquer justificativa;
- 4) Assevera que a aceitação extemporânea de documentos que não se apresentam convalidados pelos Órgãos competentes poderia implicar a realização de novo procedimento fiscalizatório sobre exercícios alcançados pela decadência, o que geraria um injusto favorecimento ao contribuinte que fora omissos no cumprimento de seus deveres;
- 5) Transcreve os dispositivos do CTN, da Lei nº 7.014/96 e do RICMS que tratam do arbitramento da base de cálculo e afirma que a utilização desta metodologia no caso concreto está correta, pois, diante da falta de exibição dos livros e documentos fiscais, restou impossível a aplicação de outro método de apuração do imposto;
- 6) Sustenta que a jurisprudência invocada não se aplica ao processo em análise, pois lá havia dúvidas quanto ao extravio dos documentos, o que não ocorre neste processo. Também se manifestou contrariamente à aplicação da Súmula nº 5, por entender que ela só se aplica quando não ficar comprovada a impossibilidade de apuração do imposto por outro roteiro.

## VOTO

Consoante relatado, o recorrente suscitou, atecnicamente, preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, sob dois fundamentos, a saber: falta de entrega das notas fiscais coletadas no CFAMT e falta de conversão do julgamento do processo em diligência na primeira instância administrativa para apuração da existência dos livros e documentos solicitados.

Quanto ao primeiro fundamento, cumpre esclarecer, inicialmente, que a presente autuação não está diretamente embasada nas notas fiscais colhidas por intermédio do CFAMT; esse dado foi utilizado pelo autuante apenas como forma de demonstrar a existência necessária para a realização do arbitramento da base de cálculo.



Além disso, a acusação formulada pelo autuante foi bastante clara: constatou-se divergência entre os valores das operações de aquisição registradas nas DME/DMA e das notas fiscais coletadas no CFAMT, as quais, frise-se, encontram-se devidamente identificadas nas listagens de fls. 18/36.

Ora, se fosse o caso de não haver essa divergência, o que significa dizer que os valores indicados nas DMA/DME estariam corretos, caberia ao sujeito passivo fazer essa prova, mediante a impugnação específica dos dados inseridos na planilha de notas coletadas no CFAMT e a apresentação das notas fiscais de entrada que utilizou para chegar aos valores constantes das referidas declarações, consoante lhe impõe o art. 123, do RPAF vigente, ao tratar do ônus da prova na esfera administrativa.

Contudo, não foi assim que agiu o sujeito passivo, pois se limitou a fazer uma série de conjecturas genéricas em derredor do assunto, sem qualquer alegação clara e específica, violando a dialeticidade recursal, e, pior, sem apresentar as notas fiscais de entrada para confronto, no intuito de infirmar a grave acusação que contra si foi lançada neste procedimento administrativo fiscal.

Quanto ao segundo fundamento para a nulidade, tenho que o pedido de diligência para apuração acerca da existência dos livros e documentos solicitados é ilógico e, por isso mesmo, o seu indeferimento jamais poderia viciar o processo. Isso porque os livros e documentos requisitados pela auditoria, se existentes, encontram-se em poder do sujeito passivo, não se podendo conceber que o ato de exibição tenha de se dar mediante uma diligência requerida por ele mesmo.

É de rigor salientar que a lógica acima tratada foi normatizada, constando, atualmente, do art. 147, I, “b”, do RPAF, *in verbis*:

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;”.*

Com tais considerações, **rejeito a prefacial suscitada.**

No mérito, verifico que a irresignação do sujeito passivo refere-se à utilização do arbitramento para apuração da base de cálculo do ICMS.

Segundo as normas contidas nos arts. 148, do CTN, 26, do COTEB, 22, da Lei nº 7.014/96, e 937, do RICMS, o arbitramento da base de cálculo, em linhas gerais, tem lugar quando forem omissos ou não merecerem fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo. A hipótese clássica de cabimento do arbitramento é a sonegação de livros e documentos fiscais e contábeis por parte do sujeito passivo, quando regulamente intimado por agente do Fisco.

O RICMS, na linha desses requisitos, estabelece duas condicionantes bastante claras para justificar o arbitramento, que são: a constatação de que o contribuinte incorreu na prática de sonegação e a impossibilidade de apurar o montante real da base de cálculo.

*In casu*, a conduta sonegatória está, a meu ver, devidamente caracterizada mediante a demonstração da existência de divergências entre os valores lançados nas DMA/DME a título de aquisições e os valores das notas fiscais de entradas coletadas no sistema CFAMT. Conforme exposto pelo autuante, tanto no exercício de 2003 quanto no exercício de 2004 o valor total das notas fiscais coletadas no CFAMT foi superior ao informado pelo si prestadas ao Fisco, quando o correto seria a perfeita identidade d hipótese de o sujeito passivo não ter feito nenhuma aquisição interi

ou, como seria mais aceitável, que os valores do CFAMT fosse inferiores aos indicados nas DMA/DME a título de aquisições.

É importante registrar que essa divergência, ao contrário do que sustenta o sujeito passivo, não é inofensiva para o direito tributário, pois a omissão de entradas gera a presunção de que essas mercadorias foram adquiridas com recursos provenientes de saídas anteriores tributáveis não oferecidas a tributação (art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96).

Logo, no meu entendimento, a constatação levada a efeito pelo autuante, devidamente demonstrada pela listagem das notas coletadas no CFAMT (fls. 18/36) e pelas declarações fornecidas pelos contribuintes relativas aos exercícios de 2003 e 2004 (DMA e DME de fls. 45/49), aliada à inexistência de impugnação específica por parte do sujeito passivo, conforme já sobejamente esclarecido quando da apreciação da preliminar, justificam a utilização do arbitramento. Repita-se que, diante dos elementos fornecidos pelo autuante, cabia ao sujeito passivo infirmar a assertiva constante da peça inaugural e demonstrar, mediante a apresentação dos documentos fiscais, a improcedência da acusação de sonegação, o que, entretanto, não foi feito.

Quanto ao questionamento do recorrente acerca da falta de aplicação de multa por incorreções na DMA/DME, ao invés da cobrança do imposto, tenho que a inexistência de elementos no PAF não nos permite sequer afirmar se as declarações prestadas pelo contribuinte estão corretas ou incorretas. Em outras palavras, a aplicação da multa perseguida pelo recorrente careceria de embasamento probatório e, por conseguinte, não teria qualquer chance de subsistir.

No que tange à impossibilidade de utilização de outro roteiro de auditoria, entendo que a questão não oferece maiores controvérsias. Os livros requisitados por intermédio das intimações de fls. 7, 9 e 11 não foram fornecidos ao autuante e os documentos fiscais, de seu turno, foram entregues parcialmente, faltando uma série de períodos, o que impossibilitou a utilização dos roteiros normais de auditoria.

Por oportuno, convém consignar que não vislumbro o vício apontado pelo recorrente quanto à data da autuação e eventual prazo concedido para apresentar os documentos faltantes. Pelo que se verifica dos autos, a arrecadação dos documentos fiscais deu-se em 23/12/2008 (fl. 12) e nessa mesma oportunidade o autuante consignou já todas as notas fiscais de entradas e de saídas que não estavam sendo entregues pelo sujeito passivo. O Auto de Infração, de seu turno, somente foi lavrado em 29/12/2008 e o sujeito passivo foi dele cientificado em 27/01/2009, cinco e mais de trinta dias depois do termo de arrecadação, respectivamente, e o autuado, em momento algum, apresentou qualquer documentação complementar.

Essa tese do recorrente de que o Auto de Infração foi lavrado antecipadamente cai no vazio quando se constata que, mesmo após mais de um ano da lavratura do Auto de Infração, nenhuma documentação foi apresentada pelo sujeito passivo, a não ser os livros Registros de Entradas, de saídas e de apuração do ICMS do exercício de 2004, os quais, consoante já manifestado por esta Câmara de Julgamento Fiscal às fl. 134, não servem como prova, pois:

- a) o sujeito passivo limitou-se a anexar aos autos os livros fiscais do exercício de 2004, que não se encontram visados por qualquer agente do Fisco ou da Junta Comercial do Estado da Bahia, apesar de ter havido fiscalização no estabelecimento no ano de 2005;
- b) os referidos livros só foram trazidos ao feito com o Recurso Voluntário, o que coloca em dúvida a idoneidade das operações nele registradas, pois remete à conclusão de que a prova possivelmente só foi produzida após iniciada a fiscalização em apreço, sobretudo porque, repita-se, não foram visadas pelos Órgãos competentes;
- c) não houve justificativa para a falta de apresentação dos livros quando da intimação realizada pelo autuante, no início da fiscalização; e

d) o sujeito passivo não trouxe aos autos as notas fiscais de entradas e de saídas do período fiscalizado, de modo a validar os lançamentos constantes dos livros apresentados.

Enfim, sem os livros fiscais e contábeis solicitados, sem as notas fiscais de entrada e de saída e sem os arquivos magnéticos, a outra conclusão não se pode chegar senão à completa impossibilidade de aplicação de qualquer roteiro de auditoria, segundo requisito para o arbitramento da base de cálculo.

Convém esclarecer que a falta de apresentação dos arquivos magnéticos, de fato, não enseja o arbitramento da base de cálculo, e me parece não haver qualquer discussão sobre esse assunto, não obstante a irresignação posta pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário. Tal dado, todavia, é relevante para o caso em comento como meio de se demonstrar a impossibilidade de apuração da real base de cálculo.

Aliás, merece destaque o fato de que o contribuinte não nega a falta de fornecimento desses arquivos; ao revés, confessa e diz que a sua conduta enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, o que torna clara a inexistência do intuito de fornecer ao Fisco os dados necessários à apuração da base de cálculo pelos roteiros normais de tributação.

Com relação à menção feita pela Junta de Julgamento Fiscal a autos de infração anteriormente lavrados contra o recorrente, concordo que se trata de dado irrelevante para o presente feito, até mesmo porque, consoante pacificado nos Tribunais pátrios, o arbitramento da base de cálculo não é penalidade, mas, sim, metodologia de apuração do imposto devido, quando não há elementos para se chegar ao valor real. Por isso, eventual reincidência em conduta infracional no âmbito do direito tributário é desinfluyente à subsistência ou não do arbitramento e, no meu entendimento, não deveria ter constado da Decisão de primeiro grau administrativo.

A referência às autuações anteriores, entretanto, não macula a Decisão combatida, pois os demais fundamentos nela explicitados são suficientes à manutenção de sua conclusão.

Por derradeiro, há de se consignar que o precedente deste Conselho de Fazenda e a Súmula nº 05, invocados pelo recorrente, não se aplicam ao caso *sub examine*, como bem pontuou a nobre representante da PGE/PROFIS, pois as dúvidas que ensejaram a insubsistência do arbitramento não se reproduzem neste processo.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0007/08-9**, lavrado contra **GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. (GLASS MAXI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **RS\$1.526.958,81**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV da Lei nº 7014/06, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVAL