

A. I. Nº - 232948.0605/08-2
AUTUADO - DO CANTO TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30/03/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-03/10

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Procedimento embasado na impossibilidade de desenvolver procedimento normal de fiscalização do estabelecimento, justificando-se o arbitramento. Refeitos os cálculos, o imposto exigido ficou reduzido. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO RELATIVO A SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO TRIBUTADO. Infração caracterizada. b) MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2008, refere-se à exigência de R\$94.569,21 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou de recolher o ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de contribuinte do SIMBAHIA, tendo extraviado CTCs dos exercícios de 2003 a 2005, conforme queixa policial, fato que impediu a execução da fiscalização. Valor do débito: R\$59.538,48.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a prestação não tributada de serviço de transporte intramunicipal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto, setembro e outubro de 2006; janeiro, fevereiro e julho de 2007. Valor do débito: R\$29.804,73.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho e dezembro de 2006; julho, setembro, outubro e novembro de 2007. Valor do débito: R\$5.226,00.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 77, apresentou impugnação (fls. 72 a 76), alegando que em relação ao arbitramento, está pacificado o entendimento de que esta apuração constitui critério excepcional que só se legitima ante a impossibilidade de apuração do montante das saídas através de escrituração fiscal ou contábil do contribuinte. Cita a Súmula 76 do Tribunal Federal de Recursos, e diz que o próprio RICMS/BA no seu art. 937 autoriza a adoção do arbitramento somente no caso em que o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto, e não for possível apurar o montante real da base de cálculo. O defendente assegura que jamais praticou qualquer sonegação fiscal, fez regularmente o pagamento dos seus tributos, e quando intimado ofereceu todos os livros e controles internos de que dispunha na condição de empresa enquadrada no SIMBAHIA. Diz que apresentou seu livro Caixa, cuja escrituração era obrigatória, e sua Declaração de Movimento Econômico, além da Declaração de Imposto de Renda. Assegura que o extravio de seus Conhecimentos de Trar Ocorrência Policial feito na época do fato, e não foi com o propósito de sonegação. Os demais documentos entregues à fiscalização permitem apurar

cálculo e da prestação dos serviços, e não se justifica a DME, declaração instituída pelo Estado, ter os seus valores declarados utilizados como base de cálculo para o arbitramento, obtendo-se resultado completamente divergente do que foi pago pelo contribuinte. Diz que a base de cálculo apurada pelo autuante por meio de arbitramento não tem razão legal e não oferece segurança jurídica. Transcreve os arts. 937 e 938 do RICMS/BA. Diz que após a aplicação de uma alíquota sobre uma base arbitrada, o autuante encontrou o ICMS devido sobre vendas arbitradas, o que é um equívoco, uma vez que o autuado não tem como negócio jurídico efetuar vendas, mas sim prestação de serviços de transporte. Salienta que a dificuldade para entender do que estava sendo acusado prejudicou o contribuinte de formalizar da melhor maneira a sua impugnação, constituindo em cerceamento do direito de defesa. Alega que outra situação que não guarda lógica é o crédito considerado pelo autuante em seu demonstrativo, a exemplo do exercício de 2004 em que, para uma base de cálculo de R\$125.475,71, o crédito fiscal consignado foi de apenas R\$1.706,47, ou seja, pouco mais de 1% do valor da prestação arbitrada. Assim, o autuado entende que houve uma confusão, na medida em que o ICMS foi calculado pelo regime normal e o crédito fiscal apurado pelo regime SIMBAHIA. Entende que por todos os elementos apresentados, o arbitramento da base de cálculo deve ser desconsiderado, por que não há nos autos comprovação de que a perda dos Conhecimentos de Transporte tornou-se elemento impeditivo à apuração do montante do imposto por qualquer outro método de auditoria, e que o autuado incorreu na prática de sonegação fiscal. No mérito, diz que na improvável hipótese de não acatamento da nulidade, questiona o arbitramento da base de cálculo no que concerne à ausência de comprovação da sonegação por parte do autuado, conforme estabelece o art. 937 do RICMS. Assegura que o montante das receitas relativas às prestações de serviços de transporte estão escriturados no livro Caixa, na DME e na Declaração do Imposto de Renda, todos compatíveis com os livros exigidos, diante da qualidade do autuado de inscrito no SIMBAHIA. Argumenta, ainda que em nenhuma hipótese poderia ser aplicada a alíquota de 17%, tendo em vista que se trata de alíquota destinada a operações internas e no caso do autuado as prestações internas estão desoneradas de tributação, ficando dispensado do lançamento e pagamento do imposto conforme art. 1º, § 7º do RICMS/97. O autuado reafirma que recolheu os tributos na sua faixa de regime do SIMBAHIA apurando o imposto em conformidade com a legislação própria sobre os preços dos serviços prestados mensalmente. Em 2006, passou para o regime normal de apuração, utilizando o sistema de débito e crédito e conta corrente. Pede a improcedência da primeira infração.

Quanto às infrações 02 e 03, o defendente informa que no primeiro momento não está sendo possível apresentar considerações defensivas, uma vez que os documentos fiscais que deram margem ao levantamento fiscal ainda se encontram com a autuante. Diz que está providenciando o retorno do material para em seguida formular a impugnação em relação a tais itens.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 84 a 86 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o Auto de Infração foi lavrado corretamente, conforme previsto no art. 937 e seu inciso I, do RICMS/BA, que transcreveu. Diz que a falta de entrega dos CTRC impede que sejam conferidos os cálculos do imposto devido. Não foi possível comprovar os valores das prestações de serviço de transporte, impossibilitando apurar a fidedignidade das informações escrituradas nos livros fiscais e contábeis e na DME, que representam apenas um resumo da movimentação de cada período. Reproduz os arts. 323 e 331 do RICMS, além do art. 43 da Lei 7.014/96, salientando que o defendente não pode alegar que o arbitramento foi indevido, tendo em vista que foram entregues apenas os livros fiscais. Quanto ao argumento defensivo de que o cálculo do imposto exigido foi efetuado de forma incorreta, tendo como base a DME, o autuante diz que não tem fundamento, porque a DME representa o total do faturamento, sendo informada exclusivamente pelo contribuinte. Esclarece que no cálculo do imposto foi computado o crédito de 8%, por se tratar de empresa de pequeno porte, tendo sido deduzido o imposto recolhido em cada mês, conforme determina a legislação. Esclarece, ainda, que f
totais do faturamento de cada exercício, em virtude de não ter sido prestações intermunicipais e interestaduais pela falta de entrega dos

o autuante informa que ao contrário do alegado pelo defendente, os documentos entregues foram devolvidos no dia 29/05/2008, conforme fl. 12 dos autos, onde ficou caracterizada a falta de entrega de diversos documentos solicitados, apesar das diversas intimações datadas de 20/05/2008, 26/05/2008, 07/06/2008, 04/07/2008. Finaliza pedindo a procedência da autuação fiscal.

À fl. 89 o presente processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para o autuante intimar o defendente a apresentar, quanto a primeira infração, documentação comprobatória da escrituração efetuada no período fiscalizado. Sendo apresentados os documentos solicitados, após a necessária análise, informar se os elementos fornecidos pelo contribuinte são suficientes para a realização de fiscalização por outros roteiros, a exemplo de Auditoria de Caixa.

Quanto às infrações 02 e 03, não consta nos autos indicação do vínculo do signatário do documento à fl. 12 com o sujeito passivo, inexistindo qualquer comprovação de que o autuado recebeu cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Assim, foi solicitado para ser providenciada a entrega de cópias das planilhas de fls. 27, 40, 53 e 56 e identificar o responsável pelo recebimento dos livros e documentos devolvidos após a ação fiscal.

Posteriormente, a Inspetoria Fiscal providenciar a entrega ao autuado de cópias do pedido de diligência fiscal, da informação fiscal e demais elementos anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 92/93, esclarecendo que o autuado foi intimado a apresentar os livros e documentos comprobatórios da escrituração efetuada no período fiscalizado, tendo sido apresentados os livros Caixa de 2003 a 2005, DMEs e as Declarações do Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Após a verificação da documentação apresentada, o autuante chegou às seguintes conclusões:

- a) o livro Caixa não foi confeccionado conforme previsto na legislação, tendo sido encadernado sob a forma espiral, sem termo de abertura e de encerramento registrados na JUCEB (fls. 96 a 99);
- b) a reescrituração do mencionado livro não pode ser realizada em virtude da falta de apresentação dos documentos comprobatórios das despesas e receitas;
- c) a escrituração das despesas é realizada diariamente e a escrituração do faturamento é feita no último dia do mês, exceto nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2003;
- d) os valores da DME referente ao exercício de 2003 não conferem com a DIRPJ, conforme fls. 104/106 do PAF;
- e) foi constatada a impossibilidade da execução de outro roteiro de apuração do imposto.

Quanto às infrações 02 e 03, o autuante informa que foram entregues ao defendente as cópias dos demonstrativos das fls. 27, 40, 53 e 56. Ressalta que analisou a Declaração de fl. 26 e Certidão de Queixa de fl. 111, tendo observado que apesar da data da ocorrência ser coincidente, os proprietários, os endereços dos imóveis e as características das propriedades são divergentes. Diz que outro fato observado é o nome da empresa citado na queixa (C. Transportes), que não coincide com a razão social do autuado, Do Canto Transportes Ltda. Por fim, o autuante ratifica toda a autuação

Foi reaberto o prazo de defesa, de acordo com a intimação à fl. 121 dos autos, sendo fornecida cópia do PAF, conforme fl. 128. O autuado se manifestou às fls. 130/132, ratificando os argumentos apresentados na impugnação inicial, quanto ao arbitramento da base de cálculo. Assegura que não incorreu em qualquer prática de sonegação, não extraviou documentos fiscais de forma deliberada, tendo ocorrido apenas o infortúnio da perda de seus documentos, juntamente com diversos bens materiais da empresa, fato comprovado pela Ocorrência Policial. Entende que a fiscalização dispunha do liv

Receita Federal, onde foram lançados todos os movimentos da empresa, inclusive os Conhecimentos de Transporte. Portanto, argumenta que o arbitramento é inadequado e não está previsto na legislação do ICMS. Quanto à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, alega que apesar do indiscutível zelo, o autuante não foi feliz na apreciação dos documentos apresentados pela empresa. Entende que o fato de a escrituração da despesa ser feita diariamente e a receita mensalmente não representa qualquer ilícito, nem está contrário à legislação. Informa que nos exercícios de 2004 e 2005 os valores das receitas estão escriturados em perfeita compatibilidade com a DME, DIPJ. Apenas no exercício de 2003 a DIPJ está escriturada a menos, por equívoco, sendo este o único ponto ressaltado pelo autuante para justificar a impossibilidade de execução da Auditoria de Caixa. O defendente alega que é uma empresa de pequeno porte, apura o ICMS mensal na forma débito x crédito; cumpre fielmente suas obrigações, e não houve nenhuma utilização indevida de crédito fiscal. Pede a nulidade da primeira infração e improcedência das infrações 02 e 03.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 136/137, dizendo que embora existam o livros e os documentos apresentados pelo contribuinte, ficou impossível executar a auditoria a empresa em decorrência da inexistência de provas materiais que deram origem aos valores escriturados, e que, somente o livro Caixa, a DME e DIPJ não são suficientes para a realização de roteiros de auditorias. Diz que o autuado não apresentou argumento novo que possibilitasse a execução dos roteiros de fiscalização. Pede a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

A primeira infração trata da exigência de ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo (fls. 14, 18 e 22 do PAF), em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, constando na descrição dos fatos, que se trata de contribuinte do SIMBAHIA à época, tendo extraviado CTCs dos exercícios de 2003 a 2005, conforme queixa policial, fato que impediu a execução da fiscalização.

Em sua defesa, o autuado alegou que jamais praticou qualquer sonegação fiscal, fez regularmente o pagamento dos seus tributos, e quando intimado ofereceu todos os livros e controles internos de que dispunha na condição de empresa enquadrada no SIMBAHIA, tendo apresentado seu livro Caixa, cuja escrituração era obrigatória, sua Declaração de Movimento Econômico, além da Declaração de Imposto de Renda.

Diante das alegações defensivas, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem para a autuante intimar o sujeito passivo a apresentar a documentação fiscal e contábil, comprobatória das operações realizadas no período fiscalizado, e informar se os elementos fornecidos pelo contribuinte são suficientes para a realização de fiscalização pelos roteiros normais.

Prestada nova informação fiscal à fl. 89 dos autos, o autuante esclareceu que foi apresentada pelo autuado a mesma documentação fornecida anteriormente à fiscalização, e os elementos apresentados não permitem a utilização dos roteiros normais de fiscalização, pelos seguintes motivos:

1. o livro Caixa não foi confeccionado conforme previsto na legislação, tendo sido encadernado sob a forma espiral, sem termo de abertura e de encerramento registrados na JUCEB (fls. 96 a 99);
2. não é possível reconstituir a conta caixa pela falta de apresentação dos documentos comprobatórios das despesas e receitas;
3. os valores da DME referente ao exercício de 2003 não conferem com a DIRPJ, conforme fls. 104/106 do PAF.

Observe que o contribuinte não apresentou documentos suficientes para o roteiro de auditoria fiscal ou contábil, faltando os documentos de despesas, o que proporcionaria realizar, pelo menos, uma auditoria

elemento vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme art. 143, do RPAF/99.

Quanto à dispensa do lançamento e pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga, observo que cabia ao contribuinte fazer esta comprovação, e como não foram apresentados elementos relativos a esta situação, não há como acatar a alegação defensiva.

Assim, em relação à base de cálculo demonstrada pelo autuante, o autuado não apresentou qualquer elemento ou documento para contrapor a apuração do imposto. Embora o autuante tenha indicado que exigiu o imposto mediante arbitramento, os cálculos foram efetuados considerando os valores das receitas informados pelo contribuinte na DME, tendo sido deduzidos os valores recolhidos em cada mês.

Em relação aos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 14, 18 e 22), consta a informação de que foi considerado o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais de aquisição menos o crédito presumido de 8% sobre as entradas. Neste caso, entendo que foi aplicada de forma equivocada a regra concernente à dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, haja vista que o crédito presumido previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, é utilizado na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, por isso, não é correto o procedimento indicado no levantamento fiscal quanto ao crédito fiscal presumido indicado pelo autuante. Assim, utilizando os dados do mencionado demonstrativo e retificando os cálculos, em relação ao crédito presumido, o débito originalmente exigido fica alterado, conforme quadro abaixo:

EXERCÍCIO	BASE DE CÁLCULO	ALIQ	IMPOSTO APURADO	CRÉDITO (8%)	IMPOSTO PAGO NO PERÍODO	VALOR A RECOLHER
	(A)	(B)	(C = A x B)	(D = A x 8%)	(E)	(C - D - E)
2003	154.624,42	17%	26.286,15	12.369,95	5.250,00	8.666,20
2004	125.475,51	17%	21.330,84	10.038,04	3.495,64	7.797,16
2005	182.893,07	17%	31.091,82	14.631,45	4.127,98	12.332,40
TOTAL	-	-	-	-	-	28.795,76

Entendo que está caracterizada a infração apurada, sendo devido o imposto no valor total de R\$28.795,76, haja vista no caso em exame, ficou caracterizado que a falta de exibição dos documentos fiscais impediu a realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido. Mantida parcialmente a exigência fiscal.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto, setembro e outubro de 2006; janeiro, fevereiro e julho de 2007, conforme demonstrativos de fls. 27/40 do PAF.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho e dezembro de 2006; julho, setembro, outubro e novembro de 2007, conforme demonstrativos de fls. 53/56.

Na impugnação inicial, o autuado alegou que não havia recebido os elementos que deram origem ao levantamento fiscal. Por isso, foi determinado por esta Junta de Julgamento Fiscal a entrega de todos os elementos que embasaram a autuação, tendo sido reaberto o prazo de defesa, conforme intimação à fl. 121 dos autos.

Observo que embora o autuado tenha apresentado nova impugnação apenas alegou que as infrações 02 e 03 são improcedentes, sem apresentar tal alegação.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Vale salientar que é vedado utilizar crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de mercadorias, bem como aos serviços tomados quando a prestação subsequente do serviço não for tributada pelo imposto (art. 97, I, “a” do RICMS/97). Quanto ao material de consumo, o mencionado material não gera direito à utilização do correspondente crédito fiscal no período fiscalizado, conforme estabelece o art. 93, V, “b” do RICMS/97. Assim, concluo pela procedência destas infrações, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0605/08-2**, lavrado contra **DO CANTO TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$63.826,49**, acrescido das multas de 100% sobre R\$28.795,76 e 60% sobre R\$35.030,73, previstas no art. 42, incisos IV, “i” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR