

A. I. Nº - 102148.0007/10-0
AUTUADO - FOGUE ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENICUIS B MAGALHÃES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 23.12.2010

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0352-05/10

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS-CONTÁBEIS. Justificado o arbitramento. Previsão na norma legal. Item procedente, visto que a ausência da documentação solicitada no curso da ação fiscal impediu que fosse apurada a real base de cálculo utilizada pelo contribuinte para efetuar o pagamento do tributo, impossibilitando, em consequência, a devida homologação dos exercícios fiscalizados. Afastadas as preliminares de decadência e prescrição do crédito tributário. Também não acatadas as nulidades do PAF suscitadas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/10, para exigir ICMS o valor histórico de R\$192.434,45, mais multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, letra “i”, da Lei nº 7.014/96, em razão das seguintes irregularidades:

“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. O exercício arbitrado foi o de 2002, conforme demonstrativos, em anexo, que integram este processo”.

Consta ainda na peça acusatória que a não entrega pelo contribuinte dos livros e documentos fiscais/contábeis foi comunicada por declaração, anexada ao PAF (doc. fl. 131), fazendo uso do autuante, para a apuração da base de cálculo, dos dados disponíveis nas DME’s e DMA’s, sendo utilizado o método de quantificação previsto no art. 938, I, do RICMS/Ba.

A ação fiscal decorreu de renovação de procedimento anterior, por recomendação da 1^a JJF e da 1^a CJF, nos Acórdão nºs 0033-01/09 e 0112-11/09, que julgaram nulo o Auto de Infração nº 102148.0023/07-5.

O autuado, através de advogado, constituído através de procuração anexa (fl. 175), ingressou com defesa.

Suscitou, antes de ingressar nas questões de mérito, preliminares de nulidade, decadência e prescrição do crédito tributário.

Arguiu, inicialmente, vício da peça inicial (Auto de Infração), por discrepância entre o histórico da autuação e dos seus anexos e ainda entre estes e os artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Disse que a autuação foi embasada em meros indícios, visto que o Auditor Fiscal, não procedeu a qualquer exame da escrita contábil ou fiscal no período alcançado pelo lançamento.

Em seguida, argumenta que o exercício arbitrado (ano de 2002), já se encontrava alcançado pela decadência do direito da Fazenda Estadual constituir o crédito fiscal pelo lançamento, conforme dispõe o art. 965 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, cuja norma transcreveu na peça de defesa.

Mencionou ainda o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, que estabelece que a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extinguindo-se a partir

1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso em exame, o agente do fisco realizou o lançamento considerando os cinco anos anteriores ao corrente, isto é, de forma retroativa, visto que o aludido Auto de Infração foi formalizado, na data de 15/06/2010, e o direito de constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2002, teve prazo de início contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, (01/01/2003), expirando em 01/01/2008. Não se desincumbindo, no prazo estabelecido, a autoridade competente do mister a ela atribuído, qual seja, homologar a atividade apuratória do contribuinte, forçosamente oportuniza-se a decadência, extinguindo-se, por decorrência, o crédito tributário.

Disse não ter conhecimento de o crédito tributário tenha sido inscrito em Dívida Ativa. Em decorrência, postula com base no art. 966 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, que também seja declarada a prescrição da ação para cobrança do crédito tributário, evitando-se, assim, o prosseguimento de uma demanda executiva que, ao final, poderá vir a ser extinta pelo Poder Judiciário, visto que o Auditor Fiscal, ao lavrou o Auto de Infração, lançou ICMS sobre períodos já decaídos. Entende que, se a Fazenda for a juízo para cobrar crédito caduco, age abusivamente, com desvio e abuso de poder, ou seja, exercita um poder legal, fora do tempo em que deveria tê-lo feito, nos termos precisos do art. 174 do CTN. Resultaria daí, uma lide temerária, onde estaria presente o abuso de Direito no exercício da demanda, onde o próprio pedido é juridicamente impossível e, por isso mesmo, merece uma reprimenda de monta, pelo exercício irregular e abusivo.

Sustenta que haveria também litigância de ma-fé, ensejando até a condenação de ofício, nos termos do Código de Processo Civil (art. 18, § 2, I).

Pede, em suma o acolhimento da preliminar a prescrição tributária em sede administrativa, de ofício, em momento anterior a provocação jurisdicional, em face da natureza de ordem pública da prescrição, pois se evitará o ajuizamento de ações profícuas, impedindo o abarrotamento de processos inviáveis em sede judicial.

Ainda em sede preliminar, sustenta que o arbitramento fiscal não prova circulação de mercadorias, que resulta da transferência da propriedade de bens móveis ou da venda dos mesmos, quando adquiridos com intuito de **a) revenda; b) lucro e c) e habitualidade.**

Argumenta ser imprescindível a prova da existência qualitativa e quantitativa de uma ou mais operações que traduzam um ato de comércio. Para isso, seria também necessário que o agente do Fisco Estadual efetuasse um levantamento específico de estoques, com embasamento nos livros de Registro de Entradas, de Saídas, nas notas fiscais de aquisição e de vendas, tendo por base o inventário físico em determinado período inicial; ou comprovasse a existência de: passivo fictício, estouro de caixa ou depósitos bancários da empresa, sem origem licita.

Afirma que, no caso em exame, os elementos de comprovação material e documental dos fatos se encontram nos livros fiscais e notas fiscais do período do ano de 2002, sem, contudo, ser conferida oportunidade à autuada para que arrumasse em tempo a documentação que se encontra no Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta a ilegalidade da exigência fiscal, que entende ter sido produto de arbitrio do autuante, que agiu de forma unilateral e fora do contraditório, em total desacordo com as prescrições do artigo 148 do Código Tributário Nacional.

Arguiu também vício do procedimento fiscal por ausência de participação contraditória da autuada no processo que resultou no arbitramento da base de cálculo do ICMS. Há, no entendimento da defesa, além do descumprimento das normas legais relativas ao arbitramento da base de cálculo, flagrante cerceamento do direito de defesa, em desrespeito à disposição contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, com o seguinte ~~marcamento~~:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, o direito de se defenderem, de forma plena e efetiva, contra as acusações e as provas apresentadas, com a assistência de advogados, ou, se preferirem, de defensores, e de comparecerem perante o juiz ou o administrador, ou perante a autoridade competente, em audiência, em que terão direito a contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Created with

Como última preliminar de invalidade do PAF, sustenta a defesa que o fisco preferiu ficar no terreno dos meros indícios. Destaca que a doutrina, de forma unânime, tem rechaçado o uso arbitrário e indevido de indícios e da mera presunção, como prova absoluta a favor do fisco, indicando a necessidade de o fisco demonstrar todos os fatos em que se apóia. Transcreveu lições doutrinárias acerca de tema, de autoria do prof. José Frederico Marques.

Em síntese, os fatos acontecidos e traz à baila a tese de cerceamento de defesa, em virtude de não ter sido dada oportunidade a Autuada de apresentar os livros fiscais e contábeis.

Afirma ainda que o Auto de Infração, ora impugnado, não pode prosperar haja vista que os valores ali inseridos, correspondente ao ICMS do período 01 de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2002, foram pagos por ocasião das apurações de imposto (débitos e créditos de entradas e saídas de mercadorias), levadas a efeito pela empresa, conforme se encontra registrados nos arquivos de dados existente na SEFAZ ou nas DMAs e correspondentes documentos de arrecadação.

Apresenta planilha com a enumeração dos valores recolhidos no respectivo período de apuração.

<u>PERÍODO DE APURAÇÃO</u>	<u>VALOR DO ICMS PAGO</u>
Janeiro/2002	12.974,22
Fevereiro/2002	5.488,95
Março/2002	6.403,93
Abril/2002	6.685,09
Maio/2002	8.933,13
Junho/2002	7.803,85
Julho/2002	39.129,48
Agosto/2002	18.262,84
Setembro/2002	13.764,11
Outubro/2002	15.993,48
Novembro/2002	10.089,50
Dezembro/2002	<u>28.938,45</u>
Total.....	174.427,07 (cento e setenta e quatro mil, quatrocentos e vinte e sete reais e sete centavos).

No mérito, caso não sejam acolhidas as preliminares suscitadas, sustenta a improcedência da autuação, considerando os princípios processuais da “eventualidade” e da “concentração da defesa”.

Após totalizar a soma de ICMS, multa e juros moratórios do presente Auto de Infração, compondo a cifra de R\$ 581.479,17, a defendant declara que, jamais suportaria sem sua ruína, arcar com expressivo montante financeiro, por ser o mesmo absolutamente indevido e sem causa.

Inicialmente, reitera as razões antes expendidas no tocante à necessidade do fisco fazer prova material da circulação das mercadorias, único fato capaz de estabelecer o nascimento da obrigação tributária, não sendo o arbitramento unilateral da base de cálculo meio idôneo para tal fim.

Repete, também, como argumento de defesa, que no período autuado (exercício de 2002), procedeu ao recolhimento de imposto, nos respectivos períodos mensais, no importe total de R\$ 174.427,07, representado o Auto de Infração em lide exigência indevida, já que o imposto foi totalmente recolhido, não havendo, no caso, as deduções das quantias já pagas; o abatimento dos créditos fiscais apurados nos respectivos meses e a atualização monetária dos valores recolhidos e dos estoques de mercadorias, tudo em desacordo com o que estabelece o art. 939, do RICMS/Ba.

Mais à frente a autuada argui que a correção monetária só pode ser exigida quando existir dívida líquida, certa e exigível, já vencida e não paga, até o limite dos índices federais e que o índice aplicado no Auto de Infração, é constitucional, porque está em descompasso com a CF/88 (art. 24, § 1º; art. 22, VI e VII).

No que se refere à multa, no importe de R\$ 192.434,45, disse que indevida, além de assumir o caráter de abuso do poder fiscal confiscatória, pois atinge o dobro (100% por cento) do valor do pr

prova material da existência de fraude fiscal ou sonegação fiscal, como definidas em leis federais, a multa por eventual infração de regulamento fiscal, não pode ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação ou do imposto, como no presente caso.

Sustenta que não há qualquer causa legítima ou legal para a exigência da penalidade, o que a fere de morte. Citou, para embasar este entendimento as normas do art. 150, inc. IV, da CF/88, atinente à proibição do uso do tributo para fins de confisco.

Requeru, ao final, que sejam acolhidas as preliminares de nulidades do Auto de Infração e de decadência e prescrição do crédito tributário reclamado. E, no mérito, pede a improcedência da autuação, abarcando o principal e seus consectários.

O autuante prestou informação fiscal, às fls. 179 a 181. No que se refere à afirmação de que a empresa dispunha dos livros e documentos fiscais, não tendo sido oportunizada pelo autuante a entrega em tempo razoável, visto que os mesmos se encontravam no Rio de Janeiro, rebate as alegações defensivas. Declara que o contribuinte fora intimado por duas vezes, conforme documentado às fls. 8 e 9, não havendo êxito na medida. Também rebate a alegação de houve exigência de imposto já recolhido, visto que o total de ICMS pago no período de janeiro a dezembro de 2002, foi deduzido do ICMS apurado via arbitramento da base cálculo. Sustenta a procedência do arbitramento fiscal, visto que ausentes os livros e documentos indispensáveis à homologação do tributo apurado pelo contribuinte em 2002, motivo pelo qual não se sustentam as nulidades arguidas pelo sujeito passivo, estando o lançamento acorde com as prescrições do Regulamento do ICMS, em especial, os arts. 937 e 938.

No tocante à preliminar de decadência, afirma que o CTN (Código Tributário Nacional), no art. 173, II, confere ao fisco mais 5 (cinco) anos contados da data definitiva da decisão que anular, por vício formal, lançamento anteriormente efetuado.

Ao finalizar, pediu que o CONSEF declare a total procedência do Auto de Infração.

VOTO

No presente PAF a exigência fiscal decorreu de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. O exercício arbitrado foi o de 2002, conforme demonstrativos, em anexo, que integram o presente processo.

Consta ainda, nos autos, que a não entrega pelo contribuinte dos livros e documentos fiscais/contábeis foi comunicada por declaração, anexada ao PAF (doc. fl. 131), fazendo uso do autuante, para a apuração da base de cálculo, dos dados disponíveis nas DME's e DMA's, sendo utilizado o método de quantificação previsto no art. 938, I, do RICMS/Ba.

A ação fiscal decorreu também de renovação de procedimento anterior, por recomendação da 1^a JJF e 1^a CJF, nos Acórdão n^{os} 0033-01/09 e 0112-11/09, que julgaram nulo o Auto de Infração de n^o 102.148.0023/07-5.

Arguiu o contribuinte, por seu patrono, preliminares de nulidade do lançamento e extinção do crédito tributário, em vista da decadência e da prescrição extintiva da pretensão do Estado ir a juízo exigir crédito caduco.

As nulidades suscitadas serão apreciadas em conjunto com o mérito posto que as suas razões de pedir, expostas na inicial, se confundem com o mérito da exigência.

No tocante à decadência, o CTN, em seu art. 173, II, é claro ao prescrever que ao fisco é devolvido o prazo de 5 anos, contados a partir da data definitiva da decisão que anular, por vício formal, lançamento anteriormente efetuado. Inexiste, portanto, a caducidade apontada na peça de defesa, razão pela qual, também, não há que se cogitar da prescrição do crédito. visto que: A) enquanto em curso o processo administrativo o prazo prescricional não é ini tributário atingido pela caducidade, a pretensão de cobrança permanece intocável.

Adentrando no exame de mérito, faz-se necessário averiguar, se, no caso em exame, estavam presentes os pressupostos previstos em lei para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto.

Não tenho dúvida que o arbitramento é uma medida extrema, que, só deve ser adotada quando não for possível a apuração do real montante da base de cálculo pelos métodos normais da apuração, conforme prevê a legislação, consagra a doutrina e é pacífica a jurisprudência. Resta saber se no caso em tela era possível o autuante apurar o real montante da base de cálculo do imposto apenas com os elementos que dispunha.

Interpretando a norma insculpida no art. 937 do RICMS/97, se apresentam duas possibilidades para a realização do arbitramento da base de cálculo do imposto. 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, em razão da ausência ou da insuficiência dos elementos da escrita fiscal-contábil, é hipótese que autoriza, isoladamente, o arbitramento.

Ressalto que a fiscalização do ICMS, por ser imposto sujeito a lançamento por homologação, necessita dos dados da escrituração do contribuinte para a posterior homologação. Na hipótese de extravio, perda ou sinistro da escrituração e dos documentos que lhe servem de respaldo ou quando a mesma não merecer fé, fica o fisco, frente à lei, autorizado a adotar o arbitramento, com a aplicação dos métodos previstos na norma tributária.

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”.

A falta de apresentação de livros e documentos é razão que, por si só justifica o arbitramento. Nessa mesma diretiva destaco os julgados constantes dos 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. Em arestos mais recentes se encontra também estampado o entendimento aqui expresso, conforme se pode verificar nos Acórdãos de nºs 0169-12/08 e 0162-12/08, originários da 2ª Câmara do CONSEF.

Fixadas essas premissas passemos ao exame das especificidades do caso concreto. Conforme consta nos autos, o exercício de 2002, foi objeto de renovação de procedimento fiscal anterior, declarado nulo por este CONSEF, conforme se encontra documentado no Acórdão nº 0033-01/09, da 1ª JJF, em 1ª Instância; e Acórdão nº 0112-11/09, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sede de Recurso de Ofício da decisão de 1º grau.

Novamente intimado, no procedimento fiscal que se renovou, o autuado permaneceu inerte perante o fisco estadual, não promovendo a entrega da escrituração fiscal e dos documentos que lhe davam suporte, atinentes aos exercícios de 2002 e 2003, conforme documentado no comunicado anexo ao PAF (fl. 131).

Em decorrência foi lavrado o presente Auto de Infração, apurando-se ICMS a recolher somente no exercício de 2002.

A ausência da documentação fiscal tornou impossível para o autuante verificar o real valor da base de cálculo e a regularidade das operações de saídas lançadas pelo sujeito passivo nos livros destinados à apuração do ICMS.

A tese defensiva de que os informes destinados à SEFAZ, a exemplo de DMAs e DMEs e Daes, seriam suficientes para sanar as omissões da escrita fiscal, não pode prosperar visto que não tem amparo na legislação de regência do ICMS. Encontra-se, portanto, alegado o cumprimento de obrigação tributária essencial e indispensável que não pudessem aplicar os roteiros normais de auditoria. Este fato foi inc.

Auto de Infração, sendo um dos motivos que lastrearam a aplicação da medida extrema do arbitramento.

De acordo com a disposição contida no art. 938 do RICMS, o fisco fica autorizado a arbitrar o valor do imposto na impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo, circunstância que, no nosso entender ocorreu no caso em análise.

A alegação de duplicidade de exigência do imposto também não pode prosperar visto que o autuante, quando do cálculo do arbitramento, deduziu os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais de aquisição e abateu os recolhimentos do imposto efetuados nos respectivos exercícios, conforme foi demonstrado nas planilhas anexadas às fls 19/21 e 24/25 do PAF.

Pelo acima exposto, considero que na situação descrita no Auto de Infração, o arbitramento da base de cálculo do imposto se justifica, pois encontra amparo na legislação, e era o único meio capaz de se fiscalizar o sujeito passivo, relativamente exercícios de 2002. O método aplicado para a quantificação da base de cálculo, por sua vez, é o previsto no artigo 937, I, do RICMS-BA. Assim, não procedem os argumentos defensivos no tocante aos pedidos de nulidade e improcedência, cujas razões de pedir se encontram entrelaçadas, inexistindo neste processo qualquer cerceamento ao sagrado direito de defesa do contribuinte ou ofensa aos princípios da legalidade e do contraditório, motivo pelo qual ratifico o lançamento do imposto apurado pela via excepcional.

No que se refere às penalidades e juros moratórios lançados em conjunto com o tributo, o contribuinte sustenta a ilegalidade dessas parcelas, ao argumento de violarem o princípio constitucional do não confisco e da legalidade. A arguição defensiva não pode ser acolhida, visto que as imposições fiscais decorrem de expressa previsão da Lei nº 7.014/96. Ademais, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Somente no âmbito do Poder Judiciário poderá o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até decisão final daquele Poder, é presumida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 102148.0007-10/0, lavrado contra **FOGUE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$192.434,45**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR