

A. I. N° - 206987.0308/09-0
AUTUADO - JACIARA DE ASSIS COELHO
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAT ITABERABA
INTERNET - 23/03/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0031-03/11

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento, tendo em vista que não foram apresentados os livros e documentos fiscais relativos aos exercícios fiscalizados. Indeferido o pedido de revisão fiscal. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) EXTRAVIO. MULTA. O autuado está obrigado, nos termos dos incisos VII e VIII do artigo 34 da Lei nº 7.014/96, a manter os documentos fiscais no estabelecimento, à disposição do Fisco, durante 5 anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária. O contribuinte confessa, nos autos, não ter localizado os documentos fiscais. Infração comprovada. b) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANDO INTIMADO. MULTA. O contribuinte está obrigado a exhibir os documentos fiscais ao Fisco, quando regularmente intimado. Contudo, resta comprovado que os documentos não foram entregues em razão de extravio, descumprimento de obrigação acessória este para o qual já está aplicada multa neste Auto de Infração. O contribuinte não poderia apresentar os documentos que extraviou. Imputação improcedente. Indeferidos os pedidos de diligência, perícia e Parecer. Rejeitada a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2009, exige ICMS no valor total de R\$82.550,34 e aplica penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, em razão das seguintes imputações:

Infração 01. Falta de recolhimento de ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo em virtude da falta de apresentação, ao Fisco, de documentação fiscal e contábil. Exercícios de 2005, 2006 e 2007. Demonstrativos às fls. 12, 16 e 23. ICMS no valor de R\$82.550,34, acrescido da multa de 100%.

Infração 02. Falta de apresentação de documento fiscal, quando regularmente intimado. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não apresentou as notas fiscais de vendas referentes aos exercícios de 2005, 2006 e 2007. Multa no valor de R\$ 460,00.

Infração 03. Extravio de documentos fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que houve o extravio das notas fiscais de vendas referentes aos exercícios de 2005, 2006 e 2007. Multa no valor de R\$ 460,00.

Declaração do sujeito passivo à fl. 32.

Às fls. 374 a 401 (volume II) o sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração às fls. 09 e 35, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente descreve as Infrações a ele imputadas e, em seguida discorre acerca dos seus fundamentos jurídicos. Alega que o autuante realizou um levantamento superficial e sem a cautela necessária, aduzindo que toda a autuação trata de matéria estritamente fática.

Preliminarmente, o contribuinte argüi a nulidade do Auto de Infração, alegando haver irregularidades processuais, afirmando não ter exercido seu direito de defesa, em razão de não ter recebido as notas fiscais obtidas por meio do SINTEGRA. Em relação à Infração 01, diz que esta autuação foi realizada com notas levantadas através da lista do SINTEGRA, e que este Conselho tem rechaçado as imputações fiscais impostas simplesmente com a relação das notas fiscais da lista do SINTEGRA, sem as respectivas cópias dos documentos fiscais. Alega que o CONSEF não tem amparado autuações quando não há prova da imputação, e que o autuante não acostou ao processo os canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto do autuado. Diz não querer descharacterizar a circulação das mercadorias, e que seu argumento visa a demonstrar que não restou comprovada a entrada efetiva em seu estabelecimento das mercadorias objeto do Auto de infração. Alega que possui um único meio de provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, que é pela não escrituração na escrita fiscal, e que o Fisco tem ampla possibilidade de comprovar a consistência de tal fato. Cita o artigo 333 do Código de Processo Civil - CPC, afirmando que cabe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do direito e compete a ré constituir provas dos fatos impeditivos, modificativos ou instintivos do Direito. Diz que cabe à administração fazendária e ao contribuinte, não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis a pretensão de cada um, aduzindo que a lei tributária só está em busca da verdade material e formal dos fatos. Alega que cabe à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário. O contribuinte requer o encaminhamento a PGE/PROFIS no sentido de verificar se existe realmente prova da entrada de mercadorias no estabelecimento do autuado, e para tanto o autuado elaborou alguns quesitos: pode um terceiro contribuinte adquirir atualmente mercadorias neste ou em outro Estado da Federação, utilizando-se de dados cadastrais do Autuado? Em relação às mercadorias, supostamente adquiridas pelo Autuado, todas possuem carimbo de canhotos das Notas Fiscais com assinatura do representante ou preposto da empresa defendant, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes?

O autuado alega cerceamento de defesa da imputação fiscal, argumentando que esta traz aos autos uma simples lista do SINTEGRA para proceder ao lançamento fiscal mediante arbitramento da base de cálculo. O autuado discorre acerca da responsabilidade solidária, pois na descrição dos fatos vincula a pessoa jurídica JAM Casas Bahia como empresa que omitiu as supostas entradas de mercadorias adquiridas pela impugnante, porém alega que a tipificação das infrações não vincula a empresa JAM Casas Bahia na condição de responsável solidária. Afirma que o autuado teve movimentação comercial e funcionou no estabelecimento de seu registro onde ocorreram todas as movimentações físicas das mercadorias.

O autuado discorre novamente acerca dos fatos, e aduz que em nenhum momento a empresa JAM Casas Bahia fora intimada para manifestar-se sobre o procedimento fiscal, e por isso, haveria cerceamento de defesa. Diz que como inexistiu a intimação da empresa que o autuante afirma ter recebido as mercadorias, não pode prosperar a imputação da caracterização da sujeição passiva solidária consignada na descrição dos fatos, vez que o mesmo não teve oportunidade para esclarecer os supostos indícios elencados pelo autuante. Por isso, requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração.

Alega que o Direito Tributário gira em torno do princípio da legalidade, e por isso a criação de qualquer obrigação tributária há de ser rigidamente circunscrita aos termos expressos em Lei. Afirma que não cabe ao Fisco criar e nem inovar em matéria tributária, mas tão somente cumprir a lei nos seus exatos limites, sob pena de ver anulado os atos que praticar. Diz que, no caso em comento, o Fisco agiu em total desrespeito ao princípio da estrita legalidade tributária, no

momento em que nomeou como sujeito passivo solidário pessoa que não se enquadra em nenhuma das situações previstas nos artigos 121, 124 e 128 a 135, todos do CTN. Aduz que, segundo o Código Civil, há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com direito à dívida toda, ou obrigação em relação a ela. Diz que, em se tratando de solidariedade passiva, os devedores respondem, cada qual, pela dívida toda e o credor tem o direito de escolher e de exigir de determinado devedor a dívida toda, salvo se houver benefício de ordem. Em Direito Tributário, afirma que se tem dois tipos de solidariedade. O primeiro está no inciso I, do artigo 124, do CTN, que noticia a solidariedade natural. E o segundo, no inciso II do mesmo artigo, que diz respeito à solidariedade legal, instituída por lei, muitas vezes implicando pessoa que não praticou ou realizou o fato gerador da obrigação. Diz que o parágrafo único excluiu do CTN o instituto civil do benefício de ordem, mediante o qual um co-devedor tem o direito de requerer sejam executados em primeiro lugar, os bens do chamado devedor principal. Diz ainda que, de acordo com o artigo 128 do CTN, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Afirma que este artigo se reporta a dois tipos de responsabilidades: Responsabilidade por transferência e responsabilidade por substituição. Diz que no presente caso a responsabilidade atribuída ao autuado foi com base nos artigos 124 e 135 do CTN.

O autuado, interpretando o artigo 124 do CTN, diz que o instituto da solidariedade normatiza que o fisco estaria livre para escolher aleatoriamente quem bem entendesse conferindo-lhe a posição de responsável pelo pagamento do tributo. Porém, alega que o artigo 128 do CTN dispõe que o terceiro (responsável) deverá ser alguém vinculado à situação que constitua o respectivo fato gerador. Afirma que é impossível estabelecer a sujeição passiva solidária sem a prova da vinculação ao fato gerador da respectiva obrigação. Diz que, no presente caso, a sujeição passiva solidária foi estabelecida por mero indício, como consta no termo de sujeição passiva solidária nº. 1 e 2 carreadas ao Processo Administrativo Fiscal, e invoca o princípio do *in dubio pro contribuinte*, artigo 112 do CTN. Alega que o único dispositivo legal em que a empresa JAM Casas Bahia poderia ser enquadrado como sujeito passivo solidário seria o artigo 135, do Código Tributário Nacional, se tivesse praticado, como gerente ou administrador, algum ato com excesso de poderes ou algum ato ilícito. Porém, afirma que não praticou nenhum ato com excesso de poderes, e nem ato ilícito. Afirma que jamais poderia ser a empresa JAM Casas Bahia, indicada como sujeito passivo solidário, aduzindo que inexiste previsão legal para tanto. Sobre a matéria em discussão cita a doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho. Afirma que a responsabilidade tributária não é simplesmente objetiva. Alega que se a fiscalização pretendia imputar ao autuado responsabilidade tributária, cabia-lhe demonstrar a prática pelo mesmo de gestão e atos com excesso de poderes ou violação de lei para fazer incidir a responsabilidade. Transcreve o artigo 18 do RPAF/BA, e os artigos 97 e 99, ambos do CTN, e faz a interpretação dos últimos artigos. Alega que uma lei que institui um tributo não pode deixar ao critério da Administração Pública a diferenciação objetiva, e que ela própria tem de realizar a diferenciação. Diz que sem essa previsão ou definição legal do fato gerador, em todos os seus aspectos, não nascerá nenhuma obrigação tributária. Em relação aos Decretos, diz que devem restringir-se o conteúdo e o alcance dos mesmos ao conteúdo e ao alcance das leis em função das quais sejam expedidos, não podendo ultrapassar esses atos de regulamentação das leis tributárias os limites de juridicidade destas.

Sobre a nulidade do arbitramento argüida, o autuado afirma que disponibilizou ao autuante todos os documentos fiscais que possibilitava apurar a base de cálculo do imposto, quais sejam livro de caixa, Notas de compra, folha de pagamento, DAE's, duplicatas, declaração do imposto de renda, DME's, COELBA, porém o autuante se utilizou do arbitramento, alegando que o livro caixa apresentado não merecia fé, e que faltavam documentos comprovantes dos registros. O autuado alega que os documentos disponibilizados possibilitavam ao autuante apurar a base de cálculo do

ICMS na modalidade de apuração do Regime Simplificado – SIMBAHIA. E que o autuante tentou desconstituir os documentos fiscais sob alegação de que não mereciam fé, para se utilizar do método de arbitramento da base de cálculo.

O contribuinte invoca a Súmula nº 5 do CONSEF. Alega que a Lei 7.357/98, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA-, em seu artigo 19, determina que o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constate quaisquer das situações previstas nos artigos 15, 16, 17 e 18. Diz que é necessário que se observe as determinações do artigo 408-L do SIMBAHIA. Afirma que este inciso sofreu modificação pela alteração nº 5 pelo Decreto 7.867 de 01 de novembro de 2000, publicado no DOE de 02.11.2000, que inseriu as infrações especificadas no inciso III do artigo 915 do Regulamento e pela alteração nº 21, Decreto nº 7.886/00 de 29 de dezembro de 2000, DOE de 30 e 31 de dezembro de 2000, que acrescentou a irregularidade contida na alínea “a” do inciso V do artigo 915 do RICMS/97. Afirma que até 31/12/2000 a norma tributária não previa a perda do direito do contribuinte em recolher o imposto, mesmo que fosse constatada a prática de atos fraudulentos, como se presume apurado. Alega que, pelo princípio da legalidade tributária, a lei não retroage. O autuado entende que é inconstitucional a norma contida na Lei nº 7.357/98, artigos 15, 16, 17 e 18, aduzindo que esta lei fere o CTN. Entende que o contribuinte enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA – mesmo nesta circunstância o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis aos contribuintes deste segmento. Alega a nulidade do Auto de Infração, aduzindo que o lançamento em questão fere o princípio da legalidade.

Em relação ao MVA aplicado, o contribuinte afirma que opera comercialmente compras e vendas de móveis e eletrodomésticos, e que o anexo 89 estabelece o MVA no percentual de 25%.

Em relação à multa aplicada, o autuado alega a nulidade do lançamento da multa, argumentando não ter havido motivo determinante para adoção do arbitramento da base de calculo do imposto.

Em relação às Infrações 02 e 03, alega que entregou todos os documentos fiscais que possibilitavam a apuração da base de cálculo do imposto, e que, por isso, não procedem as multas impostas nestas Infrações.

O autuado discorre acerca dos princípios administrativos, como o da moralidade, citando o artigo 37, *caput*, da Constituição da República, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que estão atrelados ao princípio da legalidade, citando trecho da lição de Humberto Bergmann Ávila.

Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração, bem como a exclusão da sujeição passiva da empresa JAM Casas Bahia Moveis e Eletrodomésticos LTDA. Pede, ainda, que sejam acolhidas as preliminares de nulidade do Auto de infração, e que sejam deferidos todos os meios de provas permitidos em Direito, como perícia com arbitramento e quesitos, vistorias por outros prepostos Fiscais.

Junta documentos às fls. 402 a 820.

Às fls. 823 a 826 o autuante presta Informação Fiscal não acatando as alegações defensivas. Em relação à preliminar de nulidade aduzida pela defesa, o autuante diz que todos os documentos representativos de atos e fatos contábeis são importantes para se determinar a base de cálculo do imposto, mas alega que o mais importante de todos os documentos são as Notas Fiscais de saídas. E que sem estas é impossível determinar se a base de cálculo do imposto informada pelo contribuinte está correta, mesmo que ele tenha apresentado o livro caixa. Diz que o contribuinte não entregou os talões de Notas Fiscais de saídas, conforme intimações às fls. 6, 7, 8 e 37 do PAF, termo de arrecadação de documentos à fl.5 do PAF, bem como declaração de extravio à fl. 32 do RPAF. Afirma que não restou outra opção, que não o arbitramento previsto no RICMS/BA, e alega que o AI não se enquadra em nenhuma hipótese de nulidade prevista no artigo 18 do PAF. Em relação à vinculação com a empresa JAM Casas Bahia Móveis e Eletrodomésticos LTDA, o

autuante alega que os indícios de que o autuado opera em conjunto com a JAM Casas Bahia são fortes, mas que nesta fase do PAF não foi lavrado nenhum Auto de Infração contra a mesma, cuja responsabilidade solidária será apurada oportunamente pelos órgãos competentes, INFIP e DECECAP. Diz que não há o que se falar em nulidade, prevista no artigo 18 do RPAF/BA. Em relação às Notas Fiscais informadas pelo SINTEGRA, diz que a legislação processual prevê que o ônus da prova cabe a quem alega. Afirma que o Fisco juntou documentos do SINTEGRA, e se o contribuinte os impugna, cabe a ele o ônus de provar a suposta não veracidade destes documentos.

Transcreve os artigos 143 e 147 do RPAF/99. Afirma que os relatórios do SINTEGRA são documentos que gozam de presunção de veracidade. Diz que a desconstituição de veracidade de documentos juntados como prova passa pela alegação e comprovação de falsidade ideológica ou falsificação documental, e que, em caso contrário, vigem as provisões do artigo 143 do RPAF/99. Afirma que o documento do SINTEGRA é de natureza essencialmente declaratória e constitui, por excelência, prova documental. Salienta que o mesmo sistema informatizado que imprime as Notas Fiscais do fornecedor do autuado é o mesmo sistema informatizado que sumariza as informações das Notas Fiscais deste fornecedor e que gera o seu arquivo do SINTEGRA. O autuante invoca o princípio da boa-fé e da supremacia do interesse público, e diz que se o contribuinte não reconhece as informações constantes no SINTEGRA cabe a ele alegar e comprovar falsidade ou fraude documental destes documentos para desconstituir a presunção *juris tantum* de veracidade de que gozam os documentos declaratórios do SINTEGRA. Afirma que o Fisco provou documentalmente, de forma inequívoca, as entradas omitidas. E alega que se o contribuinte discorda, atrai para ele o ônus de provar que as suas alegações são verdadeiras, dizendo que “especialmente, quando o mesmo fornecedor afirma ter vendido mercadorias, que: ora a autuada admite ter recebido e ora afirma não ter ficado comprovado o recebimento.” Diz que as cópias das notas fiscais representam elementos de prova adicional e não necessária para o Fisco, aduzindo que os fatos já se encontram provados pelos documentos juntados. Argüi que a lei não exige do Fisco a obrigatoriedade de provar as suas alegações por dois ou mais meios diferentes. O autuante finaliza sua informação fiscal fazendo alguns questionamentos: o contribuinte alegou a falsidade ideológica ou documental de todos os documentos SINTEGRA juntados? Está em curso o julgamento de um incidente de falsidade? O contribuinte declara fraudulentas ou falsas as informações de todas as Notas Fiscais constantes nestes documentos? Em caso contrário, que notas fiscais ele entende fraudulentas ou falsas? Especificamente, que itens dos demonstrativos o contribuinte impugna e comprova a impugnação, já que impugnação genérica é inócuia?

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

Encaminhado para julgamento, foi prolatado o Acórdão JJF nº 0404-03/09, às fls. 829 a 836, julgando nula a Infração 01 em razão de que seria inaplicável o roteiro de arbitramento, considerando viável a utilização da documentação apresentada pelo contribuinte para que fosse realizado outro roteiro de auditoria; improcedente a Infração 02 considerando que a não apresentação de documentos fiscais, quando intimado, deu-se em decorrência do extravio de tal documentação, fato já objeto da imputação 03; e procedente a Infração 03, que trata do extravio de documentos fiscais. Esta 3^a Junta encaminhou o processo em recurso de ofício para a instância administrativa superior, quanto às imputações 01 e 02 do Auto de Infração, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 02, do RPAF/99. A infração 03, julgada procedente em 1^a instância, não foi objeto do recurso de ofício.

Às fls. 848, 849 e 854, extrato SIGAT/SEFAZ indicando o pagamento do débito lançado para as infrações 02 e 03, sendo o pagamento referente à infração 03 com os benefícios da Lei nº 11.908/10.

Às fls. 850 a 853, foi prolatado o Acórdão CJF nº 0393-11/10, dando provimento ao recurso de ofício da decisão de 1^a instância, considerando inexistir motivo para a declaração de nulidade da

infração 01, entendendo que restou comprovada a impossibilidade da realização de outros roteiros de fiscalização, pelo que caberia a aplicação do roteiro de auditoria por arbitramento à situação em lide, e determinando o retorno do processo à primeira instância, para apreciação do mérito da infração 01, no sentido de que não fosse suprimida instância de julgamento. Quanto à Infração 02, também objeto do recurso de ofício, a 1^a CJF não a apreciou, considerando que sua análise ficara prejudicada, tendo em vista o retorno do processo para novo julgamento por esta 3^a Junta.

O processo foi reencaminhado para novo julgamento de 1^a instância, em relação às Infrações 01 e 02, objeto do recurso de ofício.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas, e exercido tempestivamente o seu direito de defesa.

Especificamente em relação à Infração 01, por determinação contida no Acórdão CJF nº 0393-11/10 os autos foram devolvidos para apreciação de mérito por esta 1^a instância, nos seguintes termos:

Acórdão CJF nº 0393-11/10:

(...)

“De logo, devemos consignar que entendemos mereça reforma a Decisão recorrida quanto à exigência fiscal descrita no item 01 da peça inicial da autuação, porquanto o arbitramento efetuado pelo autuante encontra-se lastreado na legislação pertinente, mas precisamente o §1º do art. 146 do RICMS/BA, que assim determina, in verbis:

“Art. 146. Nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I – comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 08 dias;

II – comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

§1º Se o contribuinte deixar de atender o disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-lo ou não puder efetuá-la, e, bem assim, os casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrada pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelos contribuintes ou pelos registros da repartição fazendária.”.

É cediço que o arbitramento é um método extremo, mas a regra acima transcrita, base da autuação, permite o seu uso em casos de extravio ou perda de livros e documentos fiscais - hipótese dos autos, conforme comunicação de extravio feita pelo sujeito passivo às fl. 11 dos autos - possibilitando ao Fisco apurar o imposto devido, através deste método, com base em outros elementos, dados e documentos fiscais e contábeis disponíveis.

Muito embora a Relatora de Primeira Instância tenha fundamentado seu voto pela nulidade, no sentido de que os elementos constantes dos autos permitem concluir que poderia o autuante valer-se de outros métodos de apuração do imposto, mediante roteiros regulares de fiscalização, aos quais aponta didaticamente em seu voto, vimos que os roteiros de auditoria contábeis

seriam inaplicáveis, posto que a falta das notas fiscais de saídas inviabiliza sua utilização; o roteiro de diferença de alíquotas também seria inaplicável, porquanto o sujeito passivo, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, é dispensada do pagamento do ICMS a este título; também inaplicável o roteiro de substituição tributária, visto que os produtos comercializados pela empresa (móveis, colchões e eletrodomésticos) não se submetem a esta sistemática de tributação e, por fim, quanto ao roteiro de antecipação parcial, a falta das notas fiscais de saídas, também inviabiliza sua aplicação, já que nesta forma de tributação exige-se antecipadamente (na aquisição da mercadoria) parte do ICMS devido pela saída subsequente da mercadoria, e se não há comprovação da saída não há como exigir-se o imposto a este título. Ainda inaplicável o roteiro de levantamento quantitativo de mercadorias, à vista da inexistência das notas fiscais de saídas.

Assim, a existência nos autos das DMEs enviadas pelo contribuinte à SEFAZ; de espelhos dos Documentos de Arrecadação Estadual – DAEs, cópias do livro Caixa, de Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Carga – CTRCs em operações de transporte tendo o autuado como destinatário; cópias de notas fiscais de entradas e de documentos relativos à contabilidade do contribuinte, a exemplo de seus dados de pagamentos de salários e de benefícios trabalhistas e recibos de aluguel, não são, de fato, suficientes para aplicação dos roteiros normais de fiscalização, diante da não apresentação dos documentos fiscais de saídas das mercadorias, essenciais para a apuração do imposto devido.

Registre-se, por fim, que a utilização pelo autuante de dados das notas fiscais, obtidos no SINTEGRA, não constitui procedimento que macule de nulidade a referida exigência fiscal, visto que se constitui em um aspecto material do arbitramento efetuado, passível de apreciação pela JJF.

Assim, por entendermos inaplicável ao caso em tela a Súmula nº 5 do CONSEF, já que restou comprovada a impossibilidade da realização de outros roteiros de fiscalização, e por não podermos apreciar o mérito da presente exigência fiscal, sob pena de supressão de instância, somos pela modificação da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão quanto ao item 1, o que nos leva a votar pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício.”

Pelo exposto, também em relação à infração 01, bem como no quanto concernente aos demais itens da autuação em lide, está a argüição de nulidade rejeitada.

Rejeito o pedido de encaminhamento do processo para emissão de parecer técnico-jurídico sobre a imputação 01 e os pedidos para realização de perícia e diligências, com base nos artigos 145, caput e parágrafo único, e 147, ambos do RPAF/99, porque os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu convencimento, além do fato de que no pedido de perícia não foram formulados os quesitos a serem respondidos.

Considerando o teor do Acórdão CJF nº 0393-11/10, passo à análise de mérito dos itens 01 e 02 da autuação, ao tempo em que permanece mantido, para a Infração 03, o teor do anterior julgamento desta primeira instância, constante no Acórdão JJF nº 0404-03/09, às fls. 829 a 836, posto que o julgamento da imputação 03 por esta Junta não foi objeto de recurso de ofício, e não foi apreciado na instância superior. Observo que, após o anterior julgamento de primeira instância, foi acostado aos autos, às fls. 848, 849 e 854, extrato SIGAT/SEFAZ indicando o pagamento do débito lançado para as infrações 02 e 03, sendo o pagamento referente à infração 03 com os benefícios da Lei nº 11.908/10. Por oportuno, transcrevo o teor do Acórdão JJF nº 0404-03/09 em relação à Infração 03:

Acórdão JJF nº 0404-03/09:

(...)

Em relação à imputação 03, extravio de documentos fiscais, o contribuinte, ao longo da impugnação, não contesta a falta de apresentação de tais documentos ao Fisco e alega, em seu favor, que não os localizou mas que se compromete a entregá-los, aduzindo ainda que, por estar a sua inscrição estadual cancelada, e encontrar-se com as atividades paralisadas, seus arquivos se teriam deteriorado.

Assim, observo que o contribuinte admite que não entregou a documentação exigida em razão de não a ter localizado. O autuado está obrigado, nos termos dos incisos VII e VIII do artigo 34 da Lei nº 7.014/96, a manter os documentos fiscais no estabelecimento, à disposição do Fisco, durante 5 anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária. O contribuinte confessa, nos autos, não ter localizado os documentos fiscais. Assim, está comprovado o cometimento da infração relativa à Infração 03, pelo que a mesma é procedente. A multa aplicada está prevista no artigo 42, inciso XIX, alínea b”, da Lei nº 7.014/96.

(...)

Assim, no mérito, o Auto de Infração trata das três imputações descritas no Relatório que antecede este voto. A Infração 03 já foi objeto de julgamento de mérito anterior, conforme já transcrita neste voto, restando a análise de mérito das Infrações 01 e 02.

Em relação à Infração 01, falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$82.550,34, acrescido da multa de 100%, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo em virtude da falta de apresentação, ao Fisco, de documentação fiscal e contábil, relativamente aos exercícios de 2005, 2006 e 2007, os demonstrativos do levantamento fiscal estão acostados às fls. 12, 16 e 23. O Fisco também acosta, aos autos, os documentos de fls. 14 a 30, e de fls. 62 a 372.

O contribuinte não contesta a falta de apresentação de parte da documentação exigida, e o Fisco argüi ser fundamental, para a apuração dos valores de imposto por outro roteiro de auditoria, que as notas fiscais de saídas tivessem sido apresentadas quando para tanto foi intimado o contribuinte, nas sucessivas vezes em que tal entrega de documentação foi formalmente solicitada na ação fiscal em lide. A instância superior de julgamento deste Conselho considerou que tal roteiro de arbitramento seria aplicável, pelos motivos já transcritos neste voto.

Assim, considerando a aplicabilidade do roteiro de arbitramento, observo que o contribuinte não contesta, de forma objetiva, os dados numéricos do levantamento realizado pelo Fisco não apresentando, nos autos deste processo, provas documentais de que os dados do levantamento fiscal realizado estariam incorretos.

Ressalto que, conforme demonstrativo fiscal de fl. 12, o arbitramento da base de cálculo foi corretamente realizado com base no roteiro de auditoria Custo de Mercadorias Vendidas – CMV, nos termos do artigo 937, inciso I, c/c com artigo 938, inciso I, alínea “c”, ambos do RICMS/BA, pelo que não procede a alegação defensiva quanto à obrigatoriedade de aplicação do percentual de 25% a título de Margem de Valor Adicionado – MVA.

Assinalo que igualmente não procedem as alegações defensivas quanto à atribuição de responsabilidade tributária por solidariedade a outro contribuinte, ou a ele, sujeito passivo, porquanto na situação em lide verifica-se os dados do contribuinte, e apura-se o imposto de responsabilidade do próprio autuado, que o Fisco demonstra, nos autos, não ter sido recolhido pelo próprio sujeito passivo aos cofres públicos. Portanto, extrapola o fulcro da lide a questão da responsabilização por solidariedade, e seus requisitos legais, pelo que não acolho as alegações defensivas a este respeito.

O sujeito passivo não comprovou que o Fisco teria incorrido em desobediência ao regular procedimento profissional, inclusive na metodologia empregada para apuração das infrações

imputadas, não tendo também, o contribuinte, comprovado a inviabilidade do uso dos dados dos arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA na apuração de débitos tributários. A utilização, pelo Fisco deste Estado, dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, decorre do fato de ter, o Estado da Bahia, aderido ao Convênio ICMS n° 57/95, celebrado de acordo com os termos da Lei Complementar n° 24/75.

A modernização das relações comerciais exigiu do poder público a respectiva modernização dos meios de controle do cumprimento das obrigações tributárias das mesmas decorrentes, e por este motivo foi implantado, em nível nacional, o sistema SINTEGRA, que permite a cada ente tributante fiscalizar, de forma sistemática, no quanto pertinente a cada esfera de poder público, a circulação de mercadorias no território nacional. O Fisco, coletando dados de tal sistema informatizado, cujas informações relativas ao ICMS são alimentadas por cada contribuinte deste imposto, tem à disposição importante ferramenta a ser utilizada no cumprimento de seu dever funcional, como acontece na situação em lide. Assim, o cruzamento de dados de operações de circulação de mercadorias informados pelos contribuintes do ICMS, em especial dados de fornecedores e dos respectivos destinatários de mercadorias, constantes do sistema SINTEGRA, baseados nos dados dos documentos fiscais, é instrumento de controle do cumprimento da obrigação tributária, e motivo da criação do mencionado sistema, adotado em todas as Unidades Federadas.

Tais dados são mensalmente enviados à Secretaria de Fazenda Estadual de seu domicílio fiscal por cada contribuinte que a tanto esteja obrigado. Por outro lado, as notas fiscais oriundas do sistema SINTEGRA acostadas aos autos deste processo indicam o contribuinte como adquirente e destinatário das mercadorias.

O contribuinte, alegando extravio das notas fiscais de saídas dos exercícios de 2005, 2006 e 2007, não as forneceu ao Fisco, para a devida verificação. Assim, restou à Fiscalização ir em busca dos dados das operações praticadas pelo sujeito passivo utilizando os meios licitamente postos à sua disposição, ou seja, os dados do sistema informatizado SINTEGRA e dos documentos acostados ao processo às fls. 14 a 30, que se constituem em espelhos de Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – DMES - enviados pelo contribuinte a esta SEFAZ e espelhos de Documentos de Arrecadação Estadual – DAEs; bem como os dados dos documentos anexados às fls. 62 a 372, que são cópias do livro Caixa do sujeito passivo, de Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Carga – CTRCs em operações de transporte tendo o autuado como destinatário; cópias de notas fiscais indicando o sujeito passivo como adquirente e destinatário das mercadorias. O Termo de Arrecadação acostado à fl. 58 comprova que o Fisco também recebeu, do contribuinte, livro Caixa e diversos documentos relativos à contabilidade do contribuinte, a exemplo de seus dados de pagamentos de salários e de benefícios trabalhistas, recibos de aluguel. E, a partir da análise dos dados destes documentos, verificada a impossibilidade de aplicação de outro roteiro de auditoria, porquanto não comprovada a emissão regular das notas fiscais de saídas, conforme já explicitado no Acórdão CJF n° 0393-11-10, ao Fisco não restou outra forma de apuração dos valores do ICMS lançados de ofício, a não ser a aplicação do multicitado roteiro de auditoria por arbitramento da base de cálculo do imposto exigido no Auto de Infração, por não ter sido tempestivamente recolhido ao erário estadual.

Quanto à efetiva entrada, no seu estabelecimento, das mercadorias constantes das notas fiscais emitidas e que indicam o sujeito passivo como destinatário, ao Fisco cabe considerar os dados dos documentos fiscais, até prova em contrário, como idôneos. Ressalto que a irregularidade de dado relativo a cada operação objeto desses documentos fiscais teria que ser argüida de forma objetiva pelo sujeito passivo, consoante teor do artigo 123 do RPAF/99, e o autuado, em que pese ter utilizado seu direito de defesa para contestar a ação fiscal genericamente, não apresentou qualquer documento que a elidisse, até o momento deste julgamento.

É improcedente a alegação defensiva de que a única maneira de comprovar que as mercadorias não teriam ingressado em seu estabelecimento seria a não escrituração das notas fiscais em seu livro fiscal, porquanto a não escrituração de nota fiscal poderia significar, apenas, possível descumprimento da obrigação acessória de escrituração de livro fiscal. Contudo, compulsando os autos, verifico que no período objeto da ação fiscal, exercícios de 2005 a 2007, o contribuinte encontrava-se inscrito no regime simplificado de apuração SIMBAHIA até junho/2007. Assim, o contribuinte não se encontrava obrigado à escrituração do livro Registro de Entradas neste período, embora estivesse obrigado a informar, em suas Declarações de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - DMEs, os valores monetários anuais relativos às operações de saídas e de entradas de mercadorias em seu estabelecimento, dentre outros dados. Uma vez que o contribuinte não apresentou as notas fiscais de saídas dos exercícios de 2005 a 2007, este fato inviabilizou a verificação, pelo Fisco, quanto a quais mercadorias teriam sido comercializadas pelo contribuinte nos três exercícios, confrontando tais dados de saídas com os dados das entradas apuradas. Assim, não tendo o contribuinte indicado, de forma objetiva, os dados constantes em seus documentos fiscais que, porventura, elidissem a imputação, documentos a cuja guarda estava obrigado para verificação pelo Fisco, incorreu também no quanto previsto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99.

Quanto às alegações do autuado acerca da constitucionalidade da aplicação do método de arbitramento da base de cálculo em empresas optantes pelo Regime Simplificado de Apuração de Imposto – SIMBAHIA, assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, e do artigo 167 do RPAF/99. Em específico, conforme citado pelo contribuinte, quanto à Lei nº 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA), e dispositivos regulamentares pertinentes.

Ainda quanto à alegação defensiva de que não se aplicaria o arbitramento por se tratar de empresa optante pelo SIMBAHIA, observo que, de acordo com os diplomas legais a seguir transcritos, este fato não constitui óbice à realização deste roteiro de auditoria, estando previsto nas hipóteses elencadas, entre as quais inserida a presente ação fiscal. Tratando-se de empresa optante pelo Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA, encontrava-se à época também regida pela Lei nº 7.357/98, que determinava:

Lei nº 7.357/98

art. 18. Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recuse a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento, na forma da legislação própria.

art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

Por tudo quanto exposto, é procedente a Infração 01. Assinalo que a multa indicada no Auto de Infração está prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação à imputação 02, falta de apresentação de documento fiscal, quando regularmente intimado o contribuinte constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte não apresentou as notas fiscais de vendas referentes aos exercícios de 2005, 2006 e 2007, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$ 460,00 prevista no artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, observo que o contribuinte admite à fl. 32, em declaração anexada aos autos, que não localizou tais documentos. O contribuinte está obrigado a exibir os documentos fiscais ao Fisco, quando regularmente intimado. Contudo, resta comprovado que os documentos não foram entregues a Fiscalização em razão de seu extravio pelo sujeito passivo, descumprimento de obrigação acessória este para o qual já está aplicada multa no item 03 deste Auto de Infração, em relação aos mesmos

documentos fiscais, quais sejam estes, as notas fiscais de saídas dos exercícios de 2005, 2006 e 2007. O contribuinte não poderia apresentar os documentos que extraviou, e o extravio já foi objeto da imputação 03, julgada procedente no Acórdão JJF n° 0404-03/09, proferido por esta 3^a JJF no julgamento anterior. Assim, é improcedente a Infração 02.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$83.010,34, sendo procedente a Infração 01, improcedente a Infração 02, e mantido o julgamento anterior pela procedência da Infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206987.0308/09-0, lavrado contra **JACIARA DE ASSIS COELHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.550,34**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00** previstas no artigo 42, inciso XIX, alínea b”, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das sessões, 28 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR