

A. I. N° - 102148.0013/10-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EBENEZER LTDA.
AUTUANTES - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 21.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-02/11

EMENTA: ICMS. 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, especialmente dos documentos fiscais, não há como saber se o contribuinte deixou ou não de pagar imposto. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/06/2010, em razão do sujeito passivo ter deixado 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. ICMS no valor de R\$ 392.093,65 referente aos exercícios de 2005 e 2006. Multa de 100%.

O autuado, às fls. 113 a 135 dos autos, apresenta sua defesa, arguindo a nulidade do Auto de Infração, ante a discrepância entre o histórico da autuação e o dos seus anexos e ainda entre estes e artigos do RICMS/97 dados como infringidos.

Consigna que o Auditor Fiscal, não procedeu qualquer exame da escrita contábil ou fiscal, do período em tela.

Faz o questionamento de qual a apuração do imposto no período, se a ora Defendente, estava, à época, sob a legislação do SimBahia, atual SUPER SIMPLES NACIONAL, pagando, mensalmente, o imposto de acordo com a faixa de faturamento em cumprimento das exigências legais da Lei 7.357/98, regulamentada pelo Decreto 7.466/98.

Assegura ter sido enquadrada como Microempresa-ME, conforme o art. 150 do RICMS/97 e preceitos estabelecidos nos artigos 383-A, alterado pelo Decreto nº 9545, de 09/09/05, do mesmo regulamento e inciso I do art. 2º da Lei Federal Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Alega que efetuou o pagamento do imposto através da cobrança de valores fixos mensais, conforme comprovam a documentação residente nos arquivos dessa repartição fazendária, tendo como referência a receita bruta ajustada declarada na DME do ano anterior.

Aduz que apresentou, tempestivamente, a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte (DME) (fls. 26/27), bem como, pagamentos efetuados (fl. 38) e documentos de fls. 43/47, conforme a lei que rege a matéria, devidamente residente nos arquivos dessa repartição fazendária, apresentando demonstrativo referente aos meses de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, onde demonstra que não há diferença nos recolhimentos.

Caso não sejam acatados seus argumentos, requer diligência, para ser elaborado parecer técnico detalhando mês a mês, o recolhimento da autuada, na condição de Microempresa do SimBahia, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005.

Entende que a multa imposta no aludido Auto de Infração no percentual de 100% (cem por cento), relativo o exercício do ano de 2005, na quantia de R\$204.709,72 (duzentos e quatro mil, setecentos e nove reais e setenta e dois centavos), é descabida, com base no art. 42, XXI-A, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 8.534/02.

Entende ser necessário que os agentes do Fisco Estadual efetuem um levantamento específico de estoques, com embasamento nos livros Registro de Entradas, de Saídas, nas notas fiscais de aquisição e de vendas, tendo por base o inventário físico em determinado período inicial; ou comprovem a existência de: passivo fictício estouro de caixa ou depósitos bancários da empresa, sem origem licita, e partindo desses elementos comprovados material e documentalmente, vinculem-nos a operações de circulação, isto é provem que os valores do passivo fictício, do estouro de caixa ou dos depósitos bancários, são oriundos de circulação de mercadorias, sem o pagamento do ICMS.

Afirma que a empresa Autuada possui livros fiscais e notas fiscais do período do ano de 2006, conforme ora apresenta.

Conclui que o arbitramento fiscal é unilateral, fora do contraditório pleno a que se refere o Artigo 148 do Código Tributário Nacional.

Argüi, ainda, em preliminar a nulidade do processo de arbitramento por ausência de participação contraditória da Autuada em desrespeito a disposição contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” por não ter sido permitido o contraditório no processo de arbitramento da base de cálculo.

Argumenta que o CONSEF já decidiu, reiteradamente, que o estabelecimento da Base de Cálculo em desacordo com as normas legais vigentes, vicia o ato fiscal.

Afirma que o fisco, no exercício do ano de 2006, relativamente à sua acusação, não procedeu a qualquer exame concreto. Preferiu ficar no terreno dos meros indícios, que nem presunções, desacompanhada de qualquer outro elemento de prova ou de convicção.

Transcreve texto da obra do Prof. Moisés Arselrad, Editora Juarez de Oliveira, Teoria e Prática de Direito Tributário, para fortalecer sua tese de cerceamento de defesa, em virtude de não ter sido dada oportunidade a Autuada de apresentar os livros fiscais. Requer a juntada de cópia xerox, devidamente reproduzidos dos documentos e livros fiscais em comento, requerendo que, em caso de não aceitação dos documentos em fotocópias não autenticadas, ora apresentados, que seja determinado prazo para juntada de cópias autenticadas, ou originais.

Conclui que não deve prosperar o aludido auto de infração, pois a não apresentação de livros e documentos fiscais do Auto de Infração, que não é o caso em tela, que resultar o arbitramento, ou do relatório que dele seja parte integrante deve constar a indicação pormenorizada dos fatos e dos elementos qualitativos e quantitativos considerados para a fixação do valor tributável, uma vez que a falta destes elementos ocasiona a nulidade do lançamento do Auto de Infração, o que ora requer.

Adentra ao mérito alegando que o movimento ínfimo da Autuada jamais suportaria sem sua ruína, arcar com semelhante absurdo econômico, absolutamente indevido e sem causa, como se provará na via administrativa ou em fase judicial, aqui, com os recursos da Lei Federal nº 4.898/65, artigo 4º, alínea “h”, do art. 316 e § 1º, na redação da Lei Federal nº 8.137/90.

Alude que, no exercício de 2005, supra mencionado, a ora Defendente estava, à época, sob a legislação do SimBahia, atual SUPER SIMPLES NACIONAL, pagando, mensalmente, o imposto de acordo com a faixa de faturamento em cumprimento das exigências legais da Lei 7.357/98, regulamentada pelo Decreto 7.466/98, criando o SimBahia – Regime Simplificado de Apuração, posteriormente modificada pela Lei 7.556 de 20 de dezembro de 1999, ampliando os limites para enquadramento, do Estado da Bahia.

Destaca que efetuou o pagamento do imposto através da cobrança de valores fixos mensais, conforme comprovam a documentação residente nos arquivos dessa repartição fazendária, tendo como referência a receita bruta ajustada declarada na DME do ano anterior, conforme Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte (DME) (fls. 26/27), bem como, pagamentos efetuados (fl. 38) e documentos de fls. 41/47.

Aponta que, conforme está a indicar a documentação residente nos presentes autos, bem como mencionado no aludido auto de infração, a empresa foi enquadrada no exercício de 2005 como MICROEMPRESA, então, a Defendente recolheu o ICMS, ou seja, como empresa de pequeno porte, acarretando, por consequência, exigência de diferenças inexistentes, apresentando demonstrativo referente aos meses de JANEIRO de 2005 a DEZEMBRO de 2005, onde procura demonstra que não há diferença nos recolhimentos.

Requer, em caso de não ser acatada a sua tese, que seja determinada diligência, para ser elaborado PARECER TÉCNICO detalhando mês a mês, o recolhimento da Autuada, na condição de Microempresa do SimBahia, no período de JANEIRO de 2005 a DEZEMBRO de 2005.

Entende que o autuante cometeu grande equívoco quando ao atribuir o suposto débito, pois à época, no período de JANEIRO de 2005 a DEZEMBRO de 2005, se encontrava no regime de Microempresa do SimBahia, por força do enquadramento previsto no artigo 408-C, Inciso IV, na pior das hipóteses, o que não acredita, o critério a ser utilizado.

Consigna que a multa imposta no aludido Auto de Infração no percentual de 100% (cem por cento), relativo o exercício do ano de 2005, na quantia de R\$ 204.709,72 (duzentos e quatro mil, setecentos e nove reais e setenta e dois centavos), é descabida, ferindo o disposto do art. 42, Inciso XII-A, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 8.534/02.

Em relação ao exercício de 2006, afirma que a apuração do custo das mercadorias vendidas (CMV) está diretamente relacionada aos estoques da empresa, pois representa a baixa efetuada nas contas dos estoques por vendas realizadas no período, pois conforme se verifica no documento de fl. 51, não foi considerado o estoque final das mercadorias, no exercício de 2006, por conseguinte foi onerado demasiadamente a Margem de Valor Agregado-MVA.

Além do mais, continua o impugnante, no caso em comento, poderia ter usado a fórmula de acordo com as normas contábeis para encontrar o valor do estoque final, para, então, calcular a Margem de Valor Agregado-MVA, contudo tal não ocorreu, bem como o autuante arbitrou o preço de venda da mercadoria por um valor superior àquele efetivamente praticado pela Autuada.

Argui que a Fazenda Estadual não pode exigir que todas as empresas vendam suas mercadorias pelos mesmos preços, ainda mais quando se trata de negócio realizado com o percentual de 20% (vinte por cento) para cada venda, pré determinado pelo fornecedor, que não é vedado pela legislação.

Apresenta calculado o preço de venda das mercadorias recebidas pela autuada dos fornecedores.

Conclui que o valor do Estoque Final do ano de 2006 importa em R\$257.350,83, em descompasso com o demonstrativo de fl. 51.

Destaca que o valor do Estoque Final do ano de 2005 importa em R\$ 347.312,57 (fl. 51).

Afirma que emitiu documento fiscal de acordo com as formalidades legais exigidas, pelo que requer o cancelamento total do Auto de Infração em apreço, visto que a infração apontada no lançamento tributário em análise, não está devidamente correta o lançamento tributário.

Entende que o agente Fiscal não logrou provar que em cada documento fiscal, o preço não foi aquele que constava do mesmo documento, praticado na operação, venda firme.

Insurge-se contra a atualização monetária afirmando que o índice aplicado no Auto de Infração é inconstitucional, porque está em descompasso com a (CF/88, art. 24, § 1º; art. 22, VI e VII).

Considera a multa do exercício do ano de 2006, no importe de R\$187.383,93, para uma exigência de ICMS de R\$167.185,17, além de absolutamente indevida, assume o caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória, pois atinge o dobro (100% por cento) do valor do próprio imposto indevido reclamado, ferindo de morte o art. 150-1V da CF/88.

Resume a sua defesa, quanto ao mérito, alegando que:

“a) 01 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2005, visto que no aludido período, a ora Defendente estava, à época, sob a legislação do SIMBAHIA, atual SUPER SIMPLES NACIONAL, pagando, mensalmente, o imposto de acordo com a faixa de faturamento em cumprimento das exigências legais da Lei 7.357/98, regulamentada pelo Decreto 7.466/98, criando o SIMBAHIA – Regime Simplificado de Apuração, posteriormente modificada pela Lei 7.556 de 20 de dezembro de 1999, ampliando os limites para enquadramento, do Estado da Bahia, sendo pois, enquadrada, a ora Defendente, como Microempresa-ME, conforme o art. 150 do RICMS/97 e preceitos estabelecidos nos artigos 383-A, alterado pelo Decreto nº 9545, de 09/09/05, do mesmo regulamento e inciso I do art. 2º da Lei Federal Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme demonstrado nos itens PRELIMINARES nesta peça;

b) 01 de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2006, houve pagamento dos montantes ali apontados, conforme demonstrativo exposto nesta peça, caracterizando total descompasso com a realidade, haja visto que dos valores inseridos na planilha de cálculos elaborado pelo Sr. Auditor Fiscal, à fl. 51, a apuração do custo das mercadorias vendidas (CMV), não foi considerado o estoque final das mercadorias, no exercício de 2006, por conseguinte foi onerado demasiadamente a Margem de Valor Agregado-MVA, conforme no item 3 nesta peça.

Por certo, o sujeito passivo, a ora Defendente, cumpriu com suas obrigações tributárias de forma tempestiva, de acordo com o art. 124 do RICMS/97, conforme registros existentes nessa repartição fazendária, não havendo, pois, o que se falar em nova cobrança.

7. É defeso por disposição expressa de nossa Constituição Federal, em decorrência do corolário do princípio da bitributação, que o ente tributante, valendo-se da mesma base de cálculo e da mesma motivação jurídica de tributar, aplique exação fiscal sobre quem a mesma já incidiu caracterizando inilidível limitação ao poder de tributar.”

Requer a insubsistência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 260 a 262 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que a infração 01 trata de não recolher o ICMS, conforme apurado através de arbitramento da base cálculo, pelo fato de não ter apresentado ao fisco documentação fiscal e contábil. Afirma, em relação ao exercício de 2005, que não cabe a nulidade na medida em que o contribuinte foi intimado por diversas vezes, conforme se pode verificar nos documentos próprios às páginas 9 até 15, deste PAF, quando lhe foi solicitado os livros e documentos fiscais. Além disso, o contribuinte protocolou uma Declaração junto à SEFAZ, à página 18, deste PAF, que informa que “Declara nesta oportunidade a impossibilidade de atendimento a solicitação desta repartição para que seja procedida a fiscalização através do seu preposto o Sr. Marcos Venicius Barreto Magalhães pelo motivo de que o profissional contábil responsável pela contabilidade o Sr. Marcelo Alves Macedo não realizou a escrituração contábil e fiscal de todas as empresas do grupo embora tenha recebido para tal.”.

Destaca que consta outra Declaração deste mesmo contribuinte, à página 19, deste PAF, quando afirma que “... nesta oportunidade protocolar junto a esta repartição a publicação no jornal A Tarde de 02.04.2010 o extravio e perda da documentação mencionada na referida.”

Alinha que se verificar à página 20, deste PAF, que a cópia do jornal, acima, mencionado, contém a Declaração deste contribuinte cujo conteúdo informa que houve extravio dos documentos: “Registro de saída 2004, 2005 e 2007; Inventário 2004, 2005 e 2006; livro utilização de documentos fiscais; livro Diário e Razão 2004 a 2006; Talões de notas fiscais...”.

Quanto ao mérito alude que o Artigo 408-L, do RICMS-BA, diz que “Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa.” conforme o inciso VI, “que, comprovadamente, impedir, dificultar ou embaraçar a fiscalização, inclusive pela negativa não justificada de exibição ao fisco de elementos da escrita fiscal ou contábil.” já o artigo 408-P, do RICMS-BA, afirma que “o contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração”; por último, o Art. 408-R afirma que “Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento.”

No que diz respeito ao exercício de 2006, lembra que o contribuinte alega à página 143, deste PAF, que “houve pagamento dos montantes ali apontados conforme demonstrativo exposto nesta peça, caracterizando total descompasso com a realidade, haja vista que dos valores inseridos na planilha de cálculo elaborada pelo Sr. Marcos Venícius Barreto Magalhães, à fl. 51, a apuração do custo das mercadorias vendidas (CMV), não foi considerado o estoque final das mercadorias no exercício de 2006, por conseguinte foi onerada demasiadamente a Margem de valor Agregado – MVA, conforme no item 3 nesta peça.”

Aduz o autuante que no período fiscalizado, não foi considerado o estoque final do exercício de 2006 para o arbitramento da base de cálculo, pelo fato do contribuinte não ter fornecido o livro de Inventário do período respectivo (conforme se pode observar nas Intimações que solicitaram tal documento, bem como nas Declarações do Contribuinte e nos Termos de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais), além de inexistir estes dados na DMA.

Alude que o contribuinte declarou existir tais documentos. Diante disso, fez novas intimações, anexas ao PAF, sendo que o contribuinte apresentou os livros de Inventário dos exercícios de 2005 e 2006.

Conclui afirmando que declarou, conforme documentos já indicados acima, que havia perdido os livros e documentos fiscais / contábeis. Entretanto, quando da sua Defesa, informou possuir todos eles. Intimado a apresentá-los, o fez parcialmente, uma vez que deixou de apresentar as Notas Fiscais de Saída, bem como os documentos contábeis / financeiros (pagamentos, etc.).

Considera difícil aceitar os registros de Inventário, posto que é inviável encontrar os estoques inicial e final sem as Notas Fiscais de Saída.

Entretanto, afirma o autuante, que diante de possível entendimento desse Egrégio Conselho em aceitar estes registros de Inventário apresentado pelo contribuinte nesta etapa (Estoque Final de 2005 – Inicial de 2006 – e Estoque Final de 2006, refez o arbitramento, e com estes novos elementos, apresenta as alterações dos valores arbitrados para os dois exercícios, conforme planilha anexa.

Apresenta resumo das alterações do arbitramento da base de cálculo para determinar o ICMS a ser recolhido, após esta Informação Fiscal, conforme as planilhas anexas:

Em 2005, o ICMS reclamado passou de R\$ 204.709,72 para R\$ 245.642,40.

Em 2006, o ICMS reclamado passou de R\$ 187.383,93 para R\$ 76.451,82.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS, apurado através do arbitramento da base de cálculo do aludido imposto.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, quanto à preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado foi intimado por diversas vezes, conforme se pode verificar nos documentos próprios às páginas 9 até 15, deste PAF, quando lhe foi solicitado os livros e documentos fiscais. Além disso, o contribuinte protocolou uma Declaração junto à SEFAZ, à página 18, deste PAF, que informa que “Declara nesta oportunidade a impossibilidade de atendimento a solicitação desta repartição para que seja procedida a fiscalização através do seu preposto o Sr. Marcos Venicius Barreto Magalhães pelo motivo de que o profissional contábil responsável pela contabilidade o Sr. Marcelo Alves Macedo não realizou a escrituração contábil e fiscal de todas as empresas do grupo embora tenha recebido para tal.”. Consta outra Declaração deste mesmo contribuinte, à página 19, deste PAF, quando afirma que “... nesta oportunidade protocolar junto a esta repartição a publicação no jornal Atarde de 02.04.2010 o extravio e perda da documentação mencionada na referida.” O autuado, também, foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais após a apresentação da sua defesa, não apresentando os documentos fiscais. O autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, cabendo das aludidas considerações tanto para o exercício de 2005 como no exercício de 2006.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, notadamente em razão da não apresentação de notas fiscais de saídas pelo autuado, restando à impossibilidade de se efetuar qualquer roteiro de fiscalização ou verificação consistente, conforme será melhor alinhado no mérito.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omisso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas ou mesmo quanto às argüições relativas à atualização monetária, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do

art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez o autuante e determinam as normas subsumidas no RICMS/97:

“Art. 408-S”. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

“Art. 915”. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”)

IV - 100% do valor do imposto:

i) **quando o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, inclusive em estabelecimento não inscrito, exceto na hipótese de sinistro no estabelecimento, caso em que se aplica a multa prevista no inciso II.** (destaque do relator)

Quanto ao mérito, à luz do art. 408-R do RICMS/BA, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, determinava que “*Nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto devido ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento.*”, bem como o art. 937, inciso I, do RICMS/97, alinha que a falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, é razão bastante para o arbitramento da base de cálculo.

Verifico, no presente caso, que o autuado, em relação aos dois exercícios fiscalizados não apresentou os documentos fiscais de saídas, conforme intimações que o autuante apresenta anexadas aos autos e a própria declaração do autuado fornecida a essa SEFAZ, conforme alinhado na análise das argüições de nulidade, do presente voto, bem como à página 20, deste PAF, a cópia do jornal A TARDE, que contém a Declaração deste contribuinte cujo conteúdo informa que houve extravio dos documentos: “Registro de saída 2004, 2005 e 2007; Inventário 2004, 2005 e 2006; Livro utilização de documentos fiscais; Livro diário e razão 2004 a 2006; Talões de notas fiscais...”. Além de o autuante efetuar nova intimação, após a apresentação da defesa, para apresentação dos livros e documentos fiscais, não apresentando o autuado os documentos fiscais, apenas os inventários de 2005 e 2006.

Considero razoável analisar a possibilidade de se efetuar outro roteiro de fiscalização quando os livros fiscais não são entregues a fiscalização ou não são escriturados, pois os mesmos refletem as operações registradas nos documentos fiscais, se os documentos fiscais são disponibilizados à fiscalização, todavia, sem tais documentos, notas fiscais ou cupons fiscais, que registram cada

operação realizada pelo autuado com todos os detalhes que permitem a certificação das respectivas operações, não há como se ter certeza da correção ou da legitimidade dos livros fiscais, razões pelas quais não acolho os inventários apresentados pelo autuado, após sua impugnação, inclusive sem as devidas retificações das DME e DMA, utilizadas no cálculo do imposto efetuado pelo autuante, bem como considero o arbitramento o único recurso legal para se apurar a base de cálculo no presente caso. Deste modo, não concordo com o entendimento do sujeito passivo de que poderiam ser adotados outros procedimento fiscais.

Não há o que corrigir no arbitramento efetuado pelo autuante, em seus valores originais, considerando o fato de que optou pela aplicação do art. 938, I, alínea “b” do RICMS/BA, não havendo razão para as argüições do autuado quanto ao preço unitários de seus produtos, já que foi apurado o custo das mercadorias vendidas com aplicação do MVA de 60%.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **102148.0013/10-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EBENEZER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$392.093,65**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, i, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA