

PROCESSO - A. I. N°.206987.0308/09-0
RECORRENTE - JACIARA DE ASSIS COELHO (COELHO DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0031-03/11
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 28/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-11/12

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Justifica-se o arbitramento. Foram atendidos os requisitos legais. Infração caracterizada. Preliminares de nulidades rejeitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF, a qual, através do Acórdão nº. 0031-03/11, considerou Procedente em Parte a Ação Fiscal, exigindo ICMS, no total de R\$82.550,34, acrescido de multa e penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, resultante de três infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas a imputação de nº 01, assim descrita:

INFRAÇÃO 1. 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%.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 374 a 401) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 823/826).

Em seguida, através do acórdão JJF nº 0404-03/09 (fls. 829/836) o Auto de Infração foi julgado parcialmente procedente, tendo essa Decisão sido objeto de Recurso de Ofício, apreciado pela 1ª CJF, conforme acórdão CJF nº 0393-11/10 (fls. 850/853), que deu provimento ao Recurso de ofício, determinando o retorno do processo a Primeira Instância para apreciação do mérito da infração 1.

Prosseguindo o feito, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração, proferindo nova Decisão de teor adiante reproduzido:

“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 1ª 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 efetuar-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 fls. 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 arguição 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 transcrito 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 argui 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 nº 57/95, celebrado de acordo com os termos da Lei Complementar nº 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 atuado 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 nº 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 arguida de forma objetiva pelo sujeito passivo, consoante teor do artigo 123 do RPAF/99, e o atuado, 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 atuado 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 exhibir 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 JF nº 0404-03/09, proferido por esta 3ª JF 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.”

Inconformado, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 883 a 895), pedindo a reforma da Decisão recorrida em relação à infração de nº 1, para que a imputação seja desconsiderada, tendo reiterado todos os termos da peça defensiva, inclusive as razões de necessidade de *“exclusão da sujeição passiva, em face da ausência de prova, bem como a ausência da intimação da empresa JAM para responder na condição de sujeição passiva”* apontada pelo autuante.

Arguiu a existência de erro material, por ter sido o auto lavrado em decorrência da nulidade absoluta daquele de nº 206.987.0257/07-0, constante da descrição da autuação e juntado às folhas 40 do presente PAF, sendo os valores de base de cálculo do mencionado Auto de Infração (nº. 206.987.0257/07-0) bem inferiores aos desta autuação, assim demonstrado que constam notas fiscais de entradas de mercadorias aleatórias, obtidas através do SINTEGRA e não disponibilizadas para o recorrente, dificultando o exercício do seu direito de defesa, disso resultando não reconhecer a base de cálculo apurada nos demonstrativos elaborados pelo autuante e protestando pela realização de diligência fiscal para excluir ditas notas fiscais (oriundas da listagem do SINTEGRA), evitando, desse modo, risco de decisões conflitantes.

Citou e transcreveu a ementa do Acórdão JF Nº 0040-04/11, invocando-a como paradigma.

Asseverou que, ainda, se mantida a metodologia empregada na apuração, do percentual aplicado no arbitramento deveria ser observado, no Anexo 89, o MVA para a atividade específica do autuado, que é de 25% e não o aplicado pelo autuante (40%), destacando, mais uma vez, a necessidade, sob pena de cerceamento de defesa, da realização de perícia ou diligência, negada sumariamente na Decisão recorrida, visando a confirmação da MVA correta para a atividade do recorrente.

Em sequência, arguiu a *“improcedência da autuação, por absoluta ausência da prova material das infrações atribuídas ao contribuinte”*, afirmando ter sido a autuação realizada com notas levantadas através da lista do SINTEGRA, e que este Conselho tem rechaçado as imputações fiscais impostas com base em tais listas, sem as respectivas cópias dos documentos fiscais, não amparando autuações quando inexistente prova da imputação, exatamente o caso, porquanto o autuante não acostou ao processo os canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto do autuado.

De outra parte, ressaltou não querer descaracterizar a circulação das mercadorias, objetivando o seu argumento demonstrar que não restou comprovada a entrada efetiva em seu estabelecimento das mercadorias objeto do Auto de Infração, esclarecendo, também, que possui um único meio de provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, qual seja, a não escrituração na escrita fiscal, enquanto o Fisco tem ampla possibilidade de comprovar a consistência de tal fato, auditando os estabelecimentos supostamente fornecedores.

Citou o artigo 333 do Código de Processo Civil, afirmando caber ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou instintivos do Direito.

Requeru o encaminhamento a PGE/PROFIS no sentido de verificar se existe prova da entrada de mercadorias no estabelecimento do autuado, elaborando os seguintes 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 defendente, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes?

Repisou a tese do cerceamento de defesa porquanto se fundamenta a autuação em simples lista SINTEGRA para efetivar o lançamento mediante arbitramento da base de cálculo.

Prosseguindo, o sujeito passivo arguiu a nulidade do arbitramento, asseverando que disponibilizou ao autuante todos os documentos fiscais, exceto algumas notas fiscais de vendas extraviadas, que possibilitavam apurar a base de cálculo do imposto, quais sejam livro de Caixa, Notas de compra, folha de pagamento, DAES, duplicatas, declaração do imposto de renda, DMES, COELBA, porém, o autuante se utilizou do arbitramento, argumentando não merecer fé o livro Caixa, e que faltavam documentos comprovantes dos registros.

Sustentou, ainda, que os documentos disponibilizados possibilitavam ao autuante apurar a base de cálculo do ICMS na modalidade de apuração do Regime Simplificado – SIMBAHIA, mas 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, quando existia a possibilidade de apurar a base de cálculo por outras metodologias como: Falta de Suprimento de Caixa, Passivo Fictício.

O recorrente invocou como fundamento a Súmula nº 5 do CONSEF, frisando que a Lei nº 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, entendendo ser inconstitucional a norma contida em tais artigos, pois fere o CTN, ou seja, o contribuinte enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SimBahia – mesmo quando autuado, deve ter o imposto exigido com amparo nos critérios e alíquotas aplicáveis aos contribuintes deste segmento (SimBahia).

Insistiu na tese da nulidade do lançamento, asseverando a inobservância, na ação fiscal, dos princípios da legalidade, moralidade, informalismo, verdade material, proporcionalidade e razoabilidade.

A sua peça recursal é finalizada com o pedido de revisão do lançamento fiscal, de forma a ser anulada qualquer exigência fiscal em relação ao Auto de Infração, face à ilegalidade do lançamento, bem como a exclusão da empresa JAM Casas Bahia Móveis e Eletrodomésticos Ltda. do polo passivo, o acolhimento das preliminares de nulidade do Auto de Infração e o deferimento de todos os meios de provas permitidos em Direito, como perícia com arbitramento e quesitos, vistorias por outros prepostos Fiscais.

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 906 a 910), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário sob os seguintes fundamentos:

As arguições de inconstitucionalidades devem ser rechaçadas, por falta de competência do órgão colegiado, em consonância com o disposto no art. 167, I do RPAF/99.

A par disso, as preliminares de nulidade do lançamento não poderiam prosperar, porquanto o fato gerador da obrigação, a legislação tributável aplicável, o montante tributável e o sujeito passivo, foram identificados e descritos de forma cristalina.

Por outro lado, o contribuinte teve assegurado o exercício pleno do seu direito de defesa, consagrado na Carta Magna, conforme teor das peças defensivas dos autos, ressaltado o aspecto de que a negativa da prova pericial pelo órgão julgador não fragilizou os princípios constitucionais da ampla defesa, de acordo com o art. 147, do RPAF, já que o conjunto de provas existente no feito revela-se suficiente para atestar a infração imputada.

Outrossim, inexistente ilegalidade na eleição da via do arbitramento para apurar a base de cálculo do imposto, porquanto escolhido em decorrência do extravio de documentos fiscais, notas fiscais de saídas, portanto, impedindo a aplicação dos roteiros de auditoria convencionais.

O arbitramento foi efetivado com base na auditoria Custo de Mercadorias Vendidas, amparado no art. 937, I, c/c o art. 938, I, “c”, ambos do RICMS/BA, falecendo de amparo jurídico a tese relativa à obrigatoriedade de aplicação do percentual de 25%, a título de MVA.

O recorrente não logrou apresentar motivos capazes de provocar a exclusão das notas fiscais oriundas do SINTREGA, cuja utilização se encontra lastreada no Convênio ICMS 57/95, representando um instrumento eficaz de controle do cumprimento das obrigações tributárias nas unidades federativas, ressaltado que o acórdão da JJF, transcrito pelo sujeito passivo com objetivo de excluir as notas fiscais oriundas do SINTEGRA, não apresenta identidade com o lançamento tributário sob apreço, cujo núcleo de incidência é a falta de exibição de livros e documentos fiscais, utilizando-se o Fisco, além dos dados do SINTEGRA, as DMES, espelhos dos DAES, cópias do livro Caixa, dos Conhecimentos de Transportes Rodoviário de Carga – CTCRs e as cópias das notas fiscais de entradas, sendo a infração apurada com arrimo em todo o acervo de documentos colacionados aos autos (fls. 14/30 e 62/372).

Por fim, no que concerne à alegação de improcedência da autuação por falta de provas da efetiva entrega das mercadorias, o recorrente não apresentou qualquer prova documental capaz de suscitar dúvidas quanto à idoneidade dos documentos fiscais.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, trata o caso em discussão de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 3ª JJF no Auto de Infração epigrafado, tangentemente à infração 1, julgada procedente.

Sucedendo que, no seu inconformismo, o contribuinte repetiu os mesmos argumentos defensivos, insistindo na irrisignação contra o método do arbitramento adotado pelo autuante, sem, contudo, apresentar qualquer prova ou fato novo, capaz de amparar o seu pleito de reforma do julgado.

Nesse contexto, após estudo minucioso das peças processuais, constato a correção do julgamento da Primeira Instância, inclusive no tocante à infração de nº 1, objeto do Recurso Voluntário, definida na falta de recolhimento do imposto ICMS relativo às operações realizadas com a base de cálculo apurada por meio de arbitramento, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentações fiscal e contábil.

Assim é que as preliminares de nulidade arguidas não podem prosperar porquanto sem fundamento legal, na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades, quais sejam, determinado o sujeito passivo, apurado o montante do débito tributário e a natureza da infração imputada, não pairando dúvida quanto à independência da imputação descrita no lançamento, encontrando-se discriminados, nos demonstrativos de débitos, todos os elementos, que resultaram na apuração final dos valores relativos a base de cálculo da autuação, a qual consigna, expressamente, os regramentos infringidos pelo recorrente, bem como a multa prevista na lei para a infração imputada, ressaltado o aspecto de que todos os argumentos para as nulidades suscitadas já foram devidamente apreciados e rechaçados na Decisão de piso, ora hostilizada sem qualquer nova argumentação.

Com efeito, inexistente amparo para acolhimento da tese do autuado referente ao cerceamento do seu direito de defesa, pois se verifica claramente, nas peças defensiva e recursal, ter tido ele assegurado o exercício pleno do seu direito constitucional, através do qual exerceu a ampla defesa e o contraditório, inclusive obtendo as peças necessárias a tal desiderato, bem como obedecidos os prazos legais e demais exigências formais.

No que tange à questão suscitada, pertinente às inconstitucionalidades da legislação fiscal, é cediço que, consoante estatuído no art. 167, II, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, se apresenta a Câmara de Julgamento Fiscal incompetente para apreciar o tema.

De outra parte, a reiterada postulação, já rejeitada em primeira instância, contida no Recurso voluntário, no sentido de ser designada perícia contábil, não pode prosperar, uma vez que as provas residentes na procedimentalidade, especificamente as cópias das notas fiscais das mercadorias adquiridas pela própria empresa, DMEs, espelhos de DAES, cópia de livro Caixa, Conhecimentos de Transporte de Cargas e demonstrativos de apuração do lançamento, são elementos informativos mais do que suficientes para embasar a exigência fiscal, dando efetivo suporte à infração cometida, apresentando-se, nesse passo, desnecessária a perícia fiscal, frisado o aspecto de que a prova do fato imputado ao contribuinte independe de conhecimento especializado, além de não ter o sujeito passivo acostado à peça recursal, qualquer demonstrativo ou elemento indicativo da necessidade de esclarecimentos adicionais para a definição da lide, encontrando a negativa amparo na legislação processual administrativa baiana - RPAF/BA - precisamente no art. 147, adiante reproduzido:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

De igual sorte, razão não assiste ao recorrente, quando se insurge contra o percentual do MVA de 40% empregado na apuração, alegando que deve ser observado o previsto no Anexo 89 do RICMS/BA para a atividade específica do autuado, que estaria enquadrada no percentual de 25%.

Ocorre que o Anexo 89, instituiu as MVAs previstas para aplicação em operações no regime de Antecipação ou Substituição Tributária, não sendo o caso concreto dos autos, o qual tem no artigo 938, I, alínea “c”, previsão clara e precisa do percentual de 40% de MVA para aplicação em relação às mercadorias comercializadas pelo autuado, na infração que lhe foi imputada.

No que tange à arguição relativa à atribuição de responsabilidade tributária por solidariedade a outro contribuinte, JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMESTICOS LTDA., não há o que se cogitar, visto que o Auto de Infração foi lavrado apurando o imposto decorrente de responsabilidade única do próprio autuado, sendo observados os dados do contribuinte, indicado como sujeito passivo do lançamento fiscal.

Adentrando ao mérito, passo a analisar os argumentos apresentados pelo sujeito passivo pertinentes à absoluta falta de prova material da infração atribuída na ação fiscal e, conseqüente, improcedência da autuação, no específico.

Nesse diapasão, entendo como esclarecedor e mais que suficiente para a Decisão da lide, o voto da ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade no Acórdão C/JF nº 0393-11/10, quando deu provimento ao Recurso de ofício originário de Decisão no âmbito desse mesmo PAF, a qual foi por mim subscrita e confirmada, por unanimidade, pelos demais membros julgadores desta Câmara, passando a transcrevê-la:

“Acórdão C/JF 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 efetuar-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.”

Válido repetir que o contribuinte não logrou apresentar, na peça recursal, fatos ou provas capazes de provocar a exclusão das notas fiscais oriundas do SINTEGRA, as quais, frise-se, fizeram parte das notas de entradas utilizadas na apuração e cujas cópias lhe foram entregues, conforme documentos de fls. 13, 17, 18, 19, 24 e 25.

Logo, o acórdão JJF Nº 0040-04/11, apresentado como paradigma, não apresenta identidade com o lançamento tributário em apreço, como incensuravelmente entendeu a representante da PGE/PROFIS, até porque, na Decisão invocada, o arbitramento foi julgado nulo por conta de

preterição do direito de defesa em razão da falta de fornecimento, ao autuado, das cópias dos documentos fiscais que deram suporte ao procedimento fiscal, da falta de obediência do devido processo legal e da insegurança na constituição da base de cálculo, vícios que não estão presentes na ação fiscal em análise.

Assim, a Decisão retratada no acórdão ora hostilizado avaliou corretamente todas as matérias suscitadas na procedimentalidade, apresentando-se irretocável e merecedora de confirmação.

De todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, permanecendo na íntegra a Decisão recorrida, confirmando a PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206987.0308/09-0**, lavrado contra **JACIARA DE ASSIS COELHO (COELHO DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.550,34**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “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**, prevista no art. 42, XIX, b”, da mencionada Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o estatuído pela Lei nº 9.837/05, homologando-se os pagamentos já efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS