

A. I. Nº - 102148.0013/10-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EBENEZER LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31.08.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0189-02/12

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 de o 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 do autuado, 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 lícita, 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 do autuado 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 o autuado de apresentar os livros fiscais. Requer a juntada de cópia xérox, 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 à 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 do autuado 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 nº 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 residentes 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 do autuado, 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 nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 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 pelo autuado.

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, predeterminado pelo fornecedor, que não é vedado pela legislação.

Apresenta calculado o preço de venda das mercadorias recebidas pelo autuado 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-IV 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.

É deseso 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 iniludível 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; e Em 2006, o ICMS reclamado passou de R\$ 187.383,93 para R\$ 76.451,82.”*

Submetido a segunda instância, a 1ª CJF A-0202-11/11 em 05/07/2011, anulou a Decisão de 1ª Instância determinando que fosse proferido novo julgamento, depois de intimado o sujeito passivo a se manifestar quanto aos novos elementos apresentados pelo autuante, no prazo disposto no §1º do art. 18 do RPAF/BA, conforme abaixo:

“Determina o §7º do art.127 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 – abaixo transcrito, que se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, deverá ser dada ciência ao sujeito passivo destes novos elementos, para que este se manifeste no prazo de 10 dias.

“Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

§ 7 Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18”.

Assim, assiste razão ao recorrente ao alegar que houve cerceio ao seu direito de defesa, visto que muito embora na informação fiscal tenha o autuante efetuado novos cálculos que redundaram em débito inferior ao inicialmente lançado, com elaboração de novas planilhas e anexação aos autos de novos documentos, bem como novas intimações ao contribuinte para apresentação destes novos documentos, refazendo o arbitramento, como se verifica às fls. 259 a 327, não lhe foi dada ciência para se manifestar sobre tal informação, contrariando o dispositivo regulamentar acima transcrito e, com isso, ferindo o devido processo legal, com evidente e manifesto cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Registre-se que, como bem ressaltou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS, o fato da JJF não ter acatado a redução do débito feita pelo autuante, não afasta a mácula de nulidade que inquina a Decisão recorrida, devendo ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente para declarar nula a referida Decisão, nos termos do art. 18, II do RPAF/BA, abaixo transcrito.

“Art. 18. São nulos:

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”

....”

Nas fls. 394, o relator do processo encaminhou os autos à INFAZ de origem para que fosse entregue ao autuado, mediante recibo, a informação fiscal e os documentos anexados, fls. 259 a 327, reabrindo o prazo de defesa em 30 dias, para nova manifestação, consequentemente, à ASTEC/CONSEF encaminhou o presente PAF à INFRAZ DE ORIGEM, para atender solicitação da diligência.

Em nova manifestação da defesa, fls. 403/456, suscitou 6 (seis) preliminares:

1ª PRELIMINAR: alega nulidade em relação à discrepância entre o histórico da autuação e o dos seus anexos e ainda entre estes e os artigos do RICMS/97 dados como infringidos (CF/88, artigo 5º XXXIV, “a”).

2ª PRELIMINAR: alega nulidade quanto ao “Termo de Início da Fiscalização”, no qual alegou que o procedimento fiscal é regrado de formalidade essencial e obrigatória, posto que prevista como norma cogente de ordem pública, em texto de Lei Complementar, dirigida aos agentes da Fiscalização, no art. 196 e seu parágrafo único do Conselho Tributário Nacional – CTN. Tal artigo dispõe que cabe a autoridade fiscalizadora o dever de lavrar termo inicial de fiscalização e de fixar prazo máximo para sua conclusão. Diz também que descumpriu o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) do Decreto nº 7.629/1999, artigos 26, 28, II. Mencionou o art. 29 do mesmo diploma legal que também dispõe quanto ao citado termo.

3ª PRELIMINAR: “Ineficácia do Termo de Início de Fiscalização” devido à falta de pedido de prorrogação, tendo o prazo sido vencido, pois em 30/12/2009 (fl. 09) e o seu prazo estendeu-se até 16/06/2010, conforme dispõe o artigo 28, VII, § 1º do RPAF/99. Alega que diante da verificação da data de início e o término, foram decorridos 168 (cento e sessenta e oito) dias, ou seja, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias, após a data da intimação para a lavratura do Auto de Infração em tela, descumprindo, também, o disposto no § 1º do mesmo artigo e Regulamento (RPAF). Afirmou que a norma do art. 196 do CTN, ordena que se fixe um prazo máximo para a conclusão das fiscalizações, contudo, o Sr. Fiscal de Rendas, descumpriu tal norma da lei tributária, estando em contrariedade com o prazo de 30 (trinta) dias descrito para o autuado se defender.

4ª PRELIMINAR: “Inexistência do segundo Termo de Encerramento de Fiscalização”, disse que tal lavratura culmina por completo cerceamento do direito de defesa, visto que em novo cálculo, foram retificados os valores relativos à Infração 1, apresentado pelo autuante, fl. 262, não veio acompanhado com o devido DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, mencionando os cálculos com o suposto débito, acréscimo moratório, multa e total, assim, para se for o caso, a empresa autuada deve exercer o seu direito pela quitação do débito, com dispensa ou redução de juros e multas, de acordo com a legislação vigente, sendo descumprido, novamente, o Regulamento do RPAF do Decreto nº 7.629/1999, art. 39, III e IV. Citou o art. 130 do COTEB, dizendo que a sua defesa seria às cegas, visto que não se vislumbra, não foram apresentadas e lhe fornecidas cópias dos demonstrativos elaborados pelo fisco, como determina o RPAF, bem como no Código Tributário do Estado da Bahia-COTEB.

5ª PRELIMINAR: “Prazo Processual” transcreveu o § 2º do art. 22 do RPAF do Decreto nº 7.629/1999 e o art. 23 do mesmo dispositivo, alegando, novamente, que a autoridade fazendária descumpriu tal determinação legal, conforme se vislumbra no ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS, em anexo, visto que o CONSEF enviou o referido processo no dia 09/08/2011, contudo a SAT/DAT/METRO/CCRED/PAF diligenciou o processo em data de 01/09/2011 para o defendente que

espera que seja conhecida e provida esta preliminar para se decretar nulo o Auto de Infração, bem como, determinação do arquivamento.

6ª PRELIMINAR: “Prazo de Prescrição do Crédito Tributário” referente ao exercício de 2005 – DECADÊNCIA – afirma que os autos está eivado de nulidade, no qual culmina o arquivamento pelas razões das preliminar anteriores, vez que não cumpriu com os preceitos constitucionais, no entanto, a autuação encontra o óbice da prescrição, sendo prejudicada qualquer discussão acerca da viabilidade ou não do presente Auto de Infração Fiscal, conforme preleciona o art. 965 do Decreto nº 6.284/1997, do Regulamento do ICMS/Bahia, bem como, de igual o art. 174 do CTN.

Assevera que em qualquer uma das datas em se tome por base o início da contagem do prazo prescricional, chega-se a mesma conclusão – o presente Auto de Infração encontra o óbice da prescrição – exercício de 2005 - visto que a constituição definitiva do crédito tributário denota que foi transcorrido 5 (cinco) anos.

Ressaltou que o CTN é lei ordinária, com força de LC, que regula de forma incontroversa a questão relacionada à prescrição e suas causas de interrupção, cumprindo assim preceito constitucional e disciplinando a matéria em seu art. 174, que fixa o prazo prescricional de 5 (cinco) anos e determina, em seu parágrafo único, as seguintes causas de interrupção: “citação pessoal feita ao devedor, protesto judicial, qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor e ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

Reproduziu também o art. 142, que fixa com precisão e clareza a esta data, não mais se justifica qualquer divergência doutrinária. Disse mais, que a peça fiscal um ato administrativo vinculado: “*a) é constatada a ocorrência do fato gerador; b) é determinada a matéria tributável; c) é calculado o montante do tributo; d) é identificado o sujeito passivo (autuado); e e) é proposta a aplicação de penalidade*”, assim, ocorrido o fato gerador, o crédito fazendário está provisoriamente constituído e após a lavratura do Auto de Infração está ele “definitivamente” constituído, em razão do lançamento.

Transcreve o art.151, III do CTN, reza segundo o autuado que se têm prazos fatais para interposição de defesas e recursos perante o contencioso interno (Unidades de Julgamento e Tribunal de Impostos e Taxas, respectivamente), e que a Secretaria da Fazenda Estadual, por seus órgãos, tem a disponibilidade desses processos para determinar o dia do julgamento, não há como atribuir ao autuado malícia ou má-fé, com o objetivo de retardar o trâmite processual em detrimento do Fisco Estadual. E se o retardamento venha ocorrer por acúmulo de serviços internos (verdade absoluta), a SEFAZ poderia interromper o curso do prazo prescricional se valendo da disposição do art. 174, II, do CTN, onde se constata que a prescrição se interrompe “pelo protesto judicial”.

Menciona o mestre tributarista Yoshiaki Ichihara (Direito Tributário -Uma Introdução - pág.128) onde ensina que “*O protesto judicial é medida prevista no Código de Processo Civil, visando, entre outras finalidades, a proceder a conservação e ressalva de direitos de quem o promove (artigo 867 do CPC), inclusive a interrupção do prazo prescricional*”.

Concluiu que por força do art. 965 do Decreto nº 6.284/1997, do Regulamento do ICMS/BA, o presente Auto de Infração fiscal, se encontra prescrito e, em consoante com o art. 142 do CTN, a obrigação tributária somente se torna exigível com o lançamento do respectivo tributo, sendo que para tanto a SEFAZ dispõe do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia útil do ano subsequente àquele em que ocorreu o fato gerador (artigo 173 do CTN), sendo que a contagem do prazo prescricional, deve ser feita com base no CTN, pois os fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ser efetuado (Auto de Infração), se extingue o direito da SEFAZ a constituir o crédito tributário por decadência (art. 173 do CTN), assim, em síntese, ocorre a extinção do crédito tributário em razão de: “*a) DECADÊNCIA pela ausência de lançamento cinco anos após o fato gerador; b) PRESCRIÇÃO por falha de inscrição do débito na dívida ativa executiva e citação*”.

peçoal do devedor; e c) SUSPENSÃO da exigibilidade do crédito tributário, durante o prazo de cinco anos para julgamento do processo administrativo, porém sem interrupção do prazo prescricional”.

Na questão do mérito, fls. 417 a 456, logo diz que no DEMONSTRATIVO DO ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO EXERCÍCIO DE 2005, fl. 23, consta no item “3. ESTOQUE FINAL” o valor de R\$347.312,57, bem como, à fl. 26, no DME, também, consta no item “FINAL (INVENTARIADO NO FINAL DO PERÍODO): valor de R\$347.312,57”, na fls. 263, consta um novo DEMONSTRATIVO DO EXERCÍCIO DE 2005, apresentado pelo autuante no qual no item “3. ESTOQUE FINAL” conta a redução do valor em R\$196.824,76”.

Neste novo demonstrativo, afirmou que a fiscalização não informa claramente de onde se originou tal valor, visto que é por demais significativo para o funcionamento da máquina administrativa, sua eficiência e transparência que se torna mister do processo, pois o Auto de Infração tem que ser claro quanto à tipificação da infração, sem deixar margens a dúvidas, assim, não ficou claro nos autos Como? Onde Originou? Onde foi encontrado tal valor?

Defendeu que o demonstrativo contábil e os documentos fiscais não apontam como o autuante chegou ao valor, sendo que é necessária a informação do método pelo qual alcançou o valor de R\$196.824,76 (ESTOQUE FINAL) de fl. 263 nos autos, discrimine, em detalhes, posto que, de outro modo, impede o autuado de se defender quanto ao valor atribuído, pois tal diminuição foi verificada sem nenhum critério.

Transcreve o art. 5º, LV, da Constituição Federal-CF, que dispõe garantia constitucional a qualquer pessoa o direito à apresentação de defesa, bem como de utilização de todas as suas formas, desde que estabelecidas em legislação, sempre que contra si houver sido instaurado processo judicial ou administrativo e, neste caso, há incerteza quanto à caracterização dos fatos que se estende na apuração do valor cobrado, pois é total a falta de liquidez do lançamento, não havendo, portanto, fundamento fático ou jurídico para aplicação do arbitramento. Citou também descrição da infração 1 e afirmações do autuante, fls. 260, da informação fiscal, no qual diz contradição, pois o fisco alega que o autuado não apresentou documentação fiscal e contábil, no entanto, volta a transcrever o entendimento do 1ª CJF (A-0202-11/11) para diluir a opinião da fiscalização.

Depois destacou que as planilhas apresentadas pela fiscalização “DEMONSTRATIVO DO ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO”, afirma que se seguir às normas contábeis, calcula-se o Custo das Mercadorias Vendidas (CMV) ou Custo dos Produtos Vendidos (CPV) utilizamos a seguinte fórmula:

“CMV ou CPV = EI + Compras (Produção) - EF

Onde EI = Estoque Inicial

Onde EF = Estoque Final

...

EF = EI + Compras (Produção) - CMV (CPV)”

Na fls. 263, considerando o citado demonstrativo se configura da seguinte forma:

“Estoque Inicial 270.733,10 (fl. 26)

Compras 1.243.457,30 (fl. 26) em descompasso com o valor de 1.243.437,30, exposto à fl. 263.

Estoque Final 196.824,70 (fl. 263) em descompasso com o valor de 347.312,57, exposto à fl. 26.”

Afirmou que após a verificação, a fiscalização atribuiu erroneamente o valor a título de Compras de R\$1.243.437,30 (fl. 263) em descompasso com o valor mencionado no DME de R\$1.243.457,30, exposto à fl. 26.

Frisou que ao seguir as normas contábeis, a conta a título de estoque não se calcula com os números de notas fiscais e sim com o movimento apresentado, conforme a equação apresentada, pois persiste perguntando que se com o estoque inicial + compras do período e as vendas não se

calcula o estoque? Porque estes dados estão no processo através das cópias dos livros apresentado pela empresa autuada, afirmativa da 1ª CJF.

Informa que, quanto à legislação do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às pessoas jurídicas consideradas como Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), nos termos definidos na Lei nº 9.317/96, e alterações posteriores, estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da CF/88. Constitui-se em uma forma simplificada e unificada de recolhimento de tributos, por meio da aplicação de percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre uma única base de cálculo, a receita bruta. A pessoa jurídica que optar por se inscrever no Simples terá os seguintes benefícios:

“A tributação com alíquotas mais favorecidas e progressivas, de acordo com a receita bruta auferida;

a) recolhimento unificado e centralizado de impostos e contribuições federais, com a utilização de um único DARF (DARF-Simples), podendo, inclusive, incluir impostos estaduais e municipais, quando existirem convênios firmados com essa finalidade;

b) cálculo simplificado do valor a ser recolhido, apurado com base na aplicação de alíquotas unificadas e progressivas, fixadas em lei, incidentes sobre uma única base, a receita bruta mensal;

c) dispensa da obrigatoriedade de escrituração comercial para fins fiscais, desde que mantenha em boa ordem e guarda, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações, os Livros Caixa e Registro de Inventário, e todos os documentos que serviram de base para a escrituração; (grifo nosso)

d) dispensa a pessoa jurídica do pagamento das contribuições instituídas pela União, destinadas ao Sesc, ao Sesi, ao Senai, ao Senac, ao Sebrae, e seus congêneres, bem assim as relativas ao salário-educação e à Contribuição Sindical Patronal (IN SRF nº 355, de 2003, art. 5º, § 7º);

e) dispensa a pessoa jurídica da sujeição à retenção na fonte de tributos e contribuições, por parte dos órgãos da administração federal direta, das autarquias e das fundações federais (Lei nº 9.430, de 1996, art. 60; e IN SRF nº 306, de 2003, art. 25, XI);

f) isenção dos rendimentos distribuídos aos sócios e ao titular, na fonte e na declaração de ajuste do beneficiário, exceto os que corresponderem a pró-labore, aluguéis e serviços prestados, limitado ao saldo do livro caixa, desde que não ultrapasse a Receita Bruta.

A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial para fins fiscais, desde que mantenham em boa ordem e guarda, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deve estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual devem constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

Ressaltou que o autuado apresentou os livros de Inventário, Entrada, Saída e Apuração do ICMS, bem como as notas fiscais que serviram para escrituração dos aludidos livros dos respectivos anos fiscalizados e que está claro e cristalino, pois a escrita contábil juntada aos autos pelo contribuinte é revestida de todas as formalidades legais, a qual comprova a real movimentação do estoque da empresa, assim, deverá prevalecer como prova, mesmo que no momento da fiscalização, o proprietário da empresa declare por escrito que não tem os documentos, posto que, nada impede que a qualquer momento, o mesmo constitua sua escrita contábil, mormente, para servir de prova processual, com isso, caberia à fiscalização comprovar vício que a tornasse apócrifa, para assim, tentar desclassificá-la, o que não foi feito, pois nos autos não vislumbra tal hipótese.

Reproduz os arts. 332, 397 e 364, todos do CPC (Código de Processo Civil) e 5º, LV, da CF, se infere por ser legítimo o acolhimento pelos órgãos julgadores da contabilidade apresentada após a ação fiscal. Portanto, não há o que tergiversar acerca da matéria visto a hialina ilação de ser descabida a arguição de que a empresa não apresentou os livros durante a fiscalização.

Pede, data vênua, quanto à alegação da fiscalização no que tange ao exercício de 2005, pois aduz que a empresa já demonstrou nesta peça, não pode servir, para gravar pena pecuniária nem exigir crédito tributário, o que caracteriza cerceamento de defesa, assim, a não observância de requisito legal, é indispensável para se caracterizar uma infração, macula de nulidade o Auto de Infração, onde o mesmo foi apurado, traz ao autuado em abono as suas depreciações, preliminarmente, excerto de norma positivada albergada no art. 112 do CTN.

Verifica que, em boa parte dos casos de autuação por arbitramento de omissões, seja de receita e em outros casos, são abusos da autoridade fiscalizadora, ao extrapolar os critérios previstos na legislação para proceder ao lançamento, no qual destaca que uma verificação nos livros e pelas notas fiscais e guias de recolhimentos apresentados ao Fisco, que se trata de empresa séria e responsável, tendo como norma de conduta o regular recolhimento dos tributos, sendo comprovado o recolhimento do imposto (ICMS) devido e, que, em nenhum momento, o imposto foi pago inferior ao devido e a escrituração se encontra em perfeita ordem nos livros fiscais apresentados.

Acrescenta que, durante a fiscalização, sempre colaborou com o autuante, apresentando a documentação pertinente dentro dos prazos estabelecidos pelo Agente Fiscal, nunca omitindo qualquer informação. Portanto, conclui que o argumento do autuante cai por terra. Transcreve o voto do Acórdão da 1ª CJF (CONSEF).

Assevera que o arbitramento tem caráter excepcionalíssimo, devendo ser utilizado em casos extremos, na medida em que deve sempre prevalecer a base de cálculo originária, regra-matriz de incidência tributária. Ademais, cumpre salientar que é entendimento pacífico na doutrina que o arbitramento não é penalidade ou castigo, mas sim uma forma de averiguação em que se procura restabelecer ou apurar resultados impossíveis de ser conhecido diretamente, assim, o exercício desse mecanismo se encontra ancorado nos princípios da razoabilidade, da finalidade da lei e da proporcionalidade, podendo ser utilizado quando realmente se mostra impossível utilização da base de cálculo originária, com isso, com a apresentação correta da documentação do autuado, o fisco deve utilizá-la e adotá-la, sendo que não ao autuante pautar-se por critérios arbitrários, devendo respeitar os princípios mencionados, bem como os pressupostos objetivos do arbitramento.

Em face dessas características, verificou que o arbitramento é regra de exceção, que só deve ser exercido em casos especiais, já que a base de cálculo originária é a que deve ser utilizada, por ser a prevista na regra-matriz de incidência tributária e por guardar relação direta com as riquezas constitucionalmente previstas. E que é corrente na doutrina e na jurisprudência que o arbitramento só tem cabimento quando impossível ao Fisco verificar a documentação fiscal do contribuinte, se tornando esta imprestável é lícita à aplicação do arbitramento, que não é o caso em tela, pois em nenhum momento, houve desclassificação e/ou impugnação da documentação fiscal apresentada ao fisco. Assim, afirma que há elementos suficientes para apuração da verdade material, não cabe o arbitramento, sob pena de ser desconstituído.

Registrou que os vícios, erros ou deficiência só legitimam a utilização do arbitramento se os mesmos tornarem a documentação imprestável para os fins a que se destina, vale dizer que, se comprometerem à descoberta do objeto que se provar. Se o fisco tiver meios para sanar os erros apontados, deve suprir oficiosamente tais irregularidades, no entanto, não significa que o erro em um ou mais lançamentos comprometa os valores probatórios do conjunto, que apenas será afetado se, e quando, tornar impossível a prova do objeto principal a que visa, tais como lucro, o faturamento, estoques, etc. Portanto, o critério para determinar se um ou mais vícios ou erros são ou não suscetíveis de ensejar a desconsideração da documentação reside no seguinte: “*se implicarem a impossibilidade por parte do Fisco de, mediante imprestável e a base de cálculo arbitrada*”.

Declarou que é certo que de restauração da verdade material pelo Fisco deve contar com a efetiva colaboração do contribuinte, mediante a apresentação de livros, notas fiscais, guias de

recolhimento dos tributos, etc., vale dizer, através de prova material, se repita, que o autuado apresentou os livros de Inventário, Entrada, Saída e Apuração do ICMS, bem como, as notas fiscais que serviu para escrituração dos aludidos livros dos respectivos anos fiscalizados, conforme se notícia às fls. 16, 17, 18, 324 e 326.

Aborda que é essencial a constituição da prova, cabendo nesse caso o respectivo ônus a empresa autuada, devidamente comprovado o alegado, servindo como meio formador de convicção, visto que procedeu os devidos lançamentos nos livros fiscais dos fatos relativos à sua movimentação fiscal, alicerçados, em documentos idôneos e hábeis, entregues à fiscalização. Ademais, não é admissível reduzir a fiscalização à condição de mera verificadora de documentos, visto que para se apurar a verdade material, percorre-se um longo caminho, até resultar na obtenção de indícios concretos de fraudes cometidas pelo contribuinte, exemplo disso que, a não apresentação dos documentos por parte do contribuinte o compromete, ou seja, sua inação volta-se contra ele próprio, prejudicando-o, que não foi o caso em tela. Portanto, quando a empresa autuada a lisura de seu procedimento, mediante a apresentação de provas corroborativas, sejam elas, por meio de documentos fiscais, evidenciando que suas operações não se realizaram ao arrepio da lei, o ônus da prova se inverte.

Vale dizer, passa o Fisco a ter que percorrer o caminho para alcançar seu desiderato, ou seja, cumpre-lhe mostrar que aquilo que o contribuinte apresentou não se coaduna com a verdade, contudo, afirma que o autuante em nada inovou na sua peça de fl. 261, evasivamente menciona que no exercício de 2005 que a empresa autuada não exibiu a documentação solicitada, que não é verdade, pois tudo o que foi solicitado pelo Agente Fiscal foi atendido pela autuada, ou seja, não se furtou, ao ônus da prova e, conseqüentemente, de posse dos elementos recebidos poderia a fiscalização restabelecer a verdade material, ao invés de aplicar o arbitramento, bastando confrontar as vias das notas fiscais com aquilo que estava escriturado nos livros fiscais, no entanto, optou pelo caminho típico dos procedimentos inquisitoriais e totalitários, desconsiderando a robusta prova trazida a seu conhecimento, desprezando o trabalho de verificação.

A aplicação do autuante quanto à multa de 60% (MVA) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas (CVM), para, então, encontrar uma suposta Saídas Arbitradas (CMV – MVA) de R\$2.107.753,02 (fl. 263), sem analisar pormenorizadamente os documentos que lhe foram entregues, não procede, pois não foram confrontados com a documentação apresentada, conforme fls.16, 17, 18, 324 e 326. Indo de frente ao art. 5º da CF.

Assim, defende que é fácil constatar que o arbitramento não somente foi realizado ao arrepio dos fatos, mas também das normas e da jurisprudência que regem suas aplicações administrativas, sendo o procedimento adotado ilegal e inconstitucional. Repete reprodução do art. 148 do CTN, no qual compreende a condição necessária para comprovação direta da base originária é: “*(a) inexistência da escrituração; (b) recusa de apresentação da escrituração; e (c) imprestabilidade da escrituração*”.

Ressaltou ainda que não basta a ocorrência de apenas um desses requisitos para que se legitime ao Fisco o poder de arbitrar. É preciso que, além disso, o resultado da omissão ou do vício da documentação implique completa impossibilidade de descoberta da grandeza manifestada pelo fato jurídico. Não obstante, um dos requisitos de maior relevo para aplicação do arbitramento consiste na escrituração.

Salientou que o autuado mantém e apresentou uma escrituração absolutamente em ordem, jamais se furtando às intimações do autuante, tanto que se encontram nas fls. 16, 17, 18, 324 e 326 o TERMO DE ARRECADAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS, o que significa dizer que houve completa e irrestrita colaboração da empresa autuada nas diligências, demonstrando sempre seriedade e respeito no trato da questão, assim, a escrituração foi apresentada. Portanto, somente seria admissível o arbitramento se houvesse recusa na apresentação de sua escrituração formal, ou não colaborasse com o fisco.

Justificou que os documentos fiscais são idôneos, merecem credibilidade e reiterou que, em nenhum momento, foi informado por parte da fiscalização que ocorreram erros na aludida escrituração. Cita ensinamento do emérito Sacha Calmon Navarro Coelho sobre as hipóteses de arbitramento.

Transcreve julgado do CONSEF (A-0033-01/09 – 1ª JF – Relator: JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS), no qual afirma que foi arquivado o PAF, devido a demonstração que o autuado apresentou os livros de Inventário, Entrada, Saída e Apuração do ICMS, bem como, as notas fiscais que serviu para escrituração dos aludidos livros dos respectivos anos fiscalizados, anexos aos mesmos, os pagamentos dos ICMS e as antecipações do período.

Em relação ao exercício de 2006, nas fls. 440/446, aduziu os mesmos argumentos, modificando a robusta defesa em algumas razões deliberativa de que as empresas fornecedoras (4 Estações, Luzon, Miro Star, Via Blumenau, Brasil Tropical, Hiroshima, Demillus, Abelha Rainha), revendem seus produtos através do mercado de venda, porta-a-porta, em todo o Brasil, através de um CATÁLOGO onde deve encontrar seus diversos tipos de produtos.

Pronunciou-se que o papel ou procedimento do distribuidor *“(empresa recorrente) é captar revendedores, passar o catálogo de acordo com a vontade do revendedor e determinar uma data para que ela possa levar os pedidos dos clientes na distribuidora (empresa recorrente); com a chegada desse pedido do revendedor, o distribuidor (empresa recorrente) através de um sistema interno, digitaliza e encaminha para seu destino (empresas fornecedoras citadas acima), quando no prazo de 15 (quinze) a 20 (vinte) dias, já estipulado com os revendedores, chegam suas mercadorias (pedido solicitado) devidamente separadas e encaixadas em nome de cada revendedor; daí o próximo passo é a retirada da caixa por cada revendedor, que funciona da seguinte maneira: o revendedor arrecada o dinheiro de seus clientes e totalizando a captação, segue até a loja (empresa recorrente) onde vai retirar a mercadoria dos seus clientes; os revendedores ganham um desconto de 20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) de acordo com a Revista (empresas fornecedoras dos catálogos), sendo que o distribuidor (empresa recorrente) efetua o pagamento dos boletos destinados a si para as empresas fornecedoras dos catálogos, já abatido sua comissão que vai de 15% (quinze por cento) a 30% (trinta por cento), de acordo com a Revista (empresas fornecedoras dos catálogos), já preestabelecido no momento da parceria”*.

Acrescenta dizendo que o distribuidor para que possa trabalhar com de acordo com a Revista (empresas fornecedoras dos catálogos), tem que possuir a atividade de comércio, pois as mercadorias seguem com Notas Fiscais em nome da distribuidora, e com isso tendo um prazo para pagamento de 25 (vinte e cinco) a 28 (vinte e oito) dias da data do faturamento dos pedidos. O distribuidor é responsável pelos pagamentos das mercadorias, mesmo que, ainda, não ter sido entregue ao proprietário (revendedor), assim, depois do prazo estimulado pelas empresas fornecedoras dos catálogos, o revendedor não retirar sua caixa (mercadorias solicitadas) no prazo de 45 (quarenta) a 60 (sessenta) dias, o distribuidor tem por obrigação de devolver as (empresas fornecedoras dos catálogos), e com isso obter o crédito referente a essa mercadoria que já foi paga dentro do prazo estipulado pelos referidos fornecedores.

Esclarece que o autuado (distribuidora dos catálogos) está revendo a sua rotina de trabalho, promovendo o processo administrativo perante a repartição fazendária para adequar a sua atividade que realmente realiza a de prestação de serviços invés a atividade de comércio.

Destacou também que os recolhimentos correspondentes ao ICMS pagos (01 de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2006) foram pagos, pelo autuado, aos cofres estadual, por ocasião das apurações do ICMS (débitos e créditos de entradas e saídas de mercadorias) levadas a efeito pela empresa autuada, que atestam na farta documentação residente nos presentes autos, bem como, conforme denota no arquivo existente nessa administração pública, seja através do DAE ou do DMA, onde demonstra o pagamento dos valores descritos que guardam correspondência lógica com as operações praticadas.

Cita o art. 938 do RICMS em relação à questão da falta de dedução do arbitramento do crédito fiscal, devidamente atualizado. Transcreve o art. 112, incisos I a IV do CTN, no qual reitera em violação da obrigação tributária sem que a mesma seja confirmada através de apreciação pelo judiciário, onde obviamente será dada a empresa Autuada o mais amplo direito de defesa, com todos os tipos de provas em direito admitidos.

Registrou novamente que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional. Essa é uma norma na sua origem constitucional, de defesa dos direitos. Sobretudo uma norma que, como princípio visa resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrado. Abrange, assim, desde logo, todos aqueles atos de autoridade capazes de causar lesão flagrante produzida ou por produzir pela administração, pois o órgão administrativo não pode a pretexto do seu poder de polícia, atuar ao arrefio da lei e do ordenamento jurídico, agindo com paixão de seus dirigentes para, extrapolando as disposições da Lei Maior do País, impor sanções que se convertam em abuso de autoridade, excesso de exação, eivando sua conduta de nulidade relativa, quando não absoluta, parcial, quando não total de nenhum efeito na ordem jurídica tornando tais atos passíveis de decretação de nulidade pelo Poder Judiciário.

Quanto à multa fiscalizatória alude que abrangeu os mesmos argumentos alegando que o Auto de Infração é inconstitucional por está em descompasso com a norma (CF/88, art. 24, § 1º; art. 22, VI e VII).

Passa a arguir à inconstitucionalidade do percentual legal da multa moratória e conseqüente excesso, pois resume entendimento de que a multa (100%) de exercício de 2006, é indevida, pois possui caráter abusivo e confiscatório, sendo o dobro do valor do imposto indevido reclamado.

Assevera que sem prova material da existência de fraude fiscal ou sonegação fiscal, como definidas em leis federais, a multa por eventual infração de regulamento fiscal, sem má-fé, não pode ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação ou do imposto. A própria CF em seu art. 150, IV, repele o confisco tributário, não distinguindo se ele se aplica a tributos, juros, multa ou contribuições, a fim de que o corolário-garantia do direito de propriedade, bem como os outros direitos-garantias (CF/88, arts. 1º, IV, in fine, 5º, XIII; 170 caput e inciso IV), se mantenha, incólumes, mesmo porque a imposição fiscal deve ater-se à capacidade contributiva; e a multa como pena, deve sua gradação aos elementos de fato, subjetivos, como: a máxima para os delitos fiscais, a média para a reincidência e a mínima, quando se trata de mero atraso no cumprimento de obrigação acessória, sem qualquer reflexo quanto aos tributos e contribuições devidas.

Sustenta afirmativa de que o montante da multa exigido conduz ao confisco tributário, que a CF/88 citada veda e, tal dispositivo sendo norma maior, não pode ser desconhecida pela Administração Pública, nem ofendido pela legislação ordinária invocada pelo autuado, nomeadamente porque o servidor público não é obrigado a cumprir normas ilegais ou lei inconstitucionais (inteligência do art. 116, I, III dos Estatutos, Lei nº 8.112/90). A multa de 20% (vinte por cento), calculada pela Excipiente/Executada, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96, no caso em óbito, “eiva-se” de inconstitucionalidade, o que faz com que a pretensa multa de mora cobrada pela Fazenda Nacional nesta ação, retire a presunção de certeza de liquidez e exigibilidade da CDA, carreie-se de excesso de execução, impondo-se assim, que se tenha por improcedente a presente execução.

Reitera que com a inflação inferior a 1% ao mês e as remunerações de capital em torno de 3%, parece-nos que esses percentuais assemelham-se mais ao confisco, vedado pela Carta Magna, como citamos. Neste aspecto, inviável a cobrança de multa moratória que ultrapasse o legalmente permitido, entendendo-se para esta finalidade, a análise de todo o conjunto modificador e inovador, já instituídos em diversos setores, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, e outras de igual projeção nacional, não obstante a Magna Carta de 1988, com as modificações inerentes. Em particular, não se trata de “premiar” ou de qualquer forma “isentar” a figura do “inadimplente”, mas adequar uma “punição” ou “sanção” a título moratório

ou outras do gênero levando em conta tratar-se de figura jurídica – empresas -, sem dúvidas, direta e indiretamente ligadas à sociedade que a constitui, e por ela formada, responsável inevitavelmente pelo desenvolvimento não apenas do país, mas sobremaneira e com muito ênfase social.

Concluiu observação em outra situação: “*a) a falta de comprovação material o ilícito fiscal constante do Auto de Infração; e b) a comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através da qual a Autuante quer receber tributos sem o fato gerador que justifique seu nascedouro*”.

Por fim, requer Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

O Autuante presta nova informação fiscal, fls. 461/471, concluindo a diligência solicitada anteriormente pelo relator. Passa a arguir as preliminares de nulidades.

Em relação à infração 1 – exercício de 2005 – diz que o Auto de Infração está de acordo com RPAF e suas alterações, no seu Título II, dos Procedimentos Fiscais, Capítulo I, da Ação Fiscal, Seção I, que trata do Início da ação fiscal, especificamente no Art. 26, é dito que “*Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da: III – intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.*”

Assevera, que o art. 28, II, do RPAF, diz que o Termo de Intimação substitui o Termo de Início de Fiscalização, inclusive dispensa o próprio Termo de Início de Fiscalização. Diante disso, a solicitação da nulidade por falta do Termo de Início de Fiscalização não procede, uma vez que o aspecto legal inicial fiscalizatório foi atendido pelo autuante, às fls. 09 a 15, deste PAF, já que inúmeras intimações foram efetuadas a fim de que o contribuinte pudesse disponibilizar a documentação fiscal/contábil, sendo que, no final, apenas, parcialmente, foi atendida.

Após intimações datadas de 30/12/09 (fl. 09), 06/01/10 (fl. 10), 11/01/10 (fl. 11) e 13/01/10 (fl. 12) - quatro, o contribuinte solicitou “... *que seja concedido prazo para realização de toda escrituração.*”, prazo esse que foi concedido, conforme atesta as novas intimações, já agora efetuadas nas seguintes datas: 16/03/10 (fl. 13), 25/03/10 (fl. 14) e 28/05/10 (fl. 15) – três intimações.

Acrescenta que tem nos autos os Termos de Arrecadação lavrados em 17/06/10 (fl.16) e 25/03/10 (fl. 17), o que confirma que a fiscalização efetivamente se realizou no trimestre seguinte (2º trimestre de 2010), por força da transferência a pedido do próprio contribuinte, também, o fato de o contribuinte apenas ter feito a declaração do extravio e perda de documentos através do jornal “A Tarde”, em 02/04/10 (fl. 20, deste PAF), e cientificado à SEFAZ em 22/04/10, conforme fl. 19, deste PAF. E isto (Declaração à SEFAZ e comunicação ao público, via jornal) se deveu por orientação do autuante, haja vista que até aquele momento, o autuado sequer tinha tomado esta providência.

Finalizou que o contribuinte entende que seria alvo de nulidade, apresento a Ordem de Serviço nº 517.474/09, tal como foi emitida em 11/12/2009, e o HARDCOPY do seu cancelamento, em anexo. Assim, encerra mais uma solicitação de nulidade feita pelo contribuinte, declarando que esta é improcedente, uma vez que foram obedecidas as normas legais do processo fiscalizatório.

Afirma que o autuado se confundiu com Informação Fiscal, pois a mesma se baseia no Art. 39, do RPAF, que efetivamente prevê, nos seus diversos incisos estas informações no demonstrativo de débito; na Informação Fiscal, que se baseia nos artigos 126 até o 129, não há previsão para tal questão. Diante disso considerou improcedente a solicitação sobre a nulidade do PAF.

Quanto à etapa processual em discussão na Informação Fiscal, que se baseou nos Artigos 127 e 128, do RPAF. E neste último artigo é dito que “*A inobservância do prazo para prestação de informação ou para cumprimento de diligência ... fixado pela legislação ou estabelecido pelo órgão ou autoridade competente ... esse fato não acarretará nenhuma consequência no julgamento da lide.*” Opinou, assim, não acolhimento da nulidade do PAF.

Em relação à prescrição suscitada, informa que conforme o art. 965, a extinção do crédito tributário se dá no prazo de cinco anos, a partir do exercício seguinte daquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (exercício de 2005). Como foi feito o arbitramento em 2010 (ou seja, a apuração da base de cálculo do ICMS do exercício de 2005 ocorreu em 18/06/2010), se entende que não houve decadência para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito, uma vez que tem-se que contar os 5 (cinco) anos a partir do dia 1º de janeiro de 2006. Portanto, temos os exercícios de 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010, em que eram momentos que se poderia constituir o crédito. Como foi constituído no mês de junho de 2005, para todo o exercício de 2005, e que este se findou em 31/12/2005, não há porque se questionar a decadência.

Assim, aduz que não houve a possibilidade de prescrição de cobrança, uma vez que, além de não ter havido decadência, conforme foi devidamente provado no parágrafo anterior, o prazo atual não conta, já que este PAF está em processo de julgamento, portanto, suspenso para efeito de contagem de prazo.

No mérito, questão do arbitramento do crédito, afirma que há provas líquidas e certas do procedimento adotado de como se encontrou o novo Estoque Final do exercício de 2005 ; ou seja, como o contribuinte apresentou os livros fiscais de Registro de Inventário dos exercícios de 2005 e 2006 no período da primeira Informação Fiscal (conforme o Termo de Arrecadação datado de 18/08/2011, anexo a este PAF, à fl. 326), foi refeito o lançamento dos valores do Estoques Final de 2005 e Inicial de 2006, e informado na fl. 262, não se podendo questionar o método de determinar estes valores, porque devidamente esclarecido desde a Informação Fiscal anterior.

Em relação ao descompasso entre o valor das compras considerado no Demonstrativo do Arbitramento da Base de Cálculo, R\$1.243.437,30, e o verificado na DME (fl. 26), R\$1.243.457,30, informou que o artigo 18, em seu §1º, do RPAF, diz que: *“As eventuais incorreções ... não acarretam a nulidade do Auto de Infração ..., desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções ... serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”*

Esclarece que foram no valor de R\$0,20 (vinte centavos) que deram diferença, o que é uma pequeníssima incorreção.

Já sobre os cálculos do CMV (Custo das Mercadorias Vendidas) também questionados, às fls. 431 e 432 deste PAF, sustenta que os mesmos estão claros nas planilhas e consubstanciadas no RICMS-BA (Art. 938, inciso I, alínea b, do referido Regulamento), ou seja, se ao Estoque Inicial foi somados com as Compras e abatidos com o Estoque Final, no qual encontrou o Custo das Mercadorias Vendidas. E, se a este adicionar a Margem de Valor Adicionado chega-se às Saídas arbitradas. Isto se procedeu pelo fato do contribuinte não ter apresentado as Notas Fiscais de Saídas, conforme devidamente documentado neste PAF.

Prossegue dizendo que o contribuinte se insurge contra a forma em que foi fiscalizado, mas, sem razão, haja vista que não apresentou ao autuante, durante o processo fiscalizatório os livros fiscais de Registro de Inventário (e só entregando estes no período da primeira Informação Fiscal) e as Notas Fiscais de Saída, embora regularmente intimado.

Assim, à fl. 427 deste PAF, mesmo o contribuinte afirmando que apresentou os livros e notas fiscais solicitados pela fiscalização, o que não ocorreu, inclusive porque até este momento (segunda Informação Fiscal) as Notas Fiscais de Saídas não foram apresentadas, motivo pelo qual foi realizado o roteiro de Arbitramento da Base de Cálculo para apurar o imposto quando da fiscalização.

Esclareceu que tem outro elemento que não pode deixar desapercibido é a afirmação do contribuinte de que apresentou a escrita contábil. No entanto, os termos de arrecadação anexos a este PAF deixam seguro de que não foi feita qualquer arrecadação destes documentos.

Declarou que o Auto de Infração foi julgado nulo pela 2ª JF (conforme Acórdão CJF 0202-11/11) pelo fato de que o Setor competente de Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não ter concedido vistas ao contribuinte da Informação Fiscal prestada pelo autuante em 13/09/2010, anexa ao PAF às fls. 259 a 328. Nas palavras contidas neste Acórdão, à folha 380, deste PAF: *“Em opinativo de fl. 376, a PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário consignando que ainda que a JF não tenha acatado os novos números apresentados pelo autuante em sua informação fiscal de fls. 259 a 262, tal manifestação, que se fez acompanhar de novos elementos, como planilhas, cópias de livros fiscais e novas intimações ao contribuinte, deveria ter sido disponibilizada ao contribuinte autuado ... Assim, conclui opinando pela decretação da nulidade da Decisão recorrida, para que o contribuinte tenha a oportunidade de se manifestar sobre a informação fiscal prestada e os documentos que acompanham.”*

Já sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, afirma que só houve alteração no Estoque Final para o exercício de 2005, Estoque Inicial e Final do exercício de 2006, uma vez que o contribuinte, na fase da Informação Fiscal, apresentou os livros de Inventário dos exercícios de 2005 e 2006, assim, com estes novos dados, o resultado se modificou, e o ICMS reclamado para o exercício de 2005 passou de R\$ 204.709,72 para R\$ 245.642,40; já para o exercício de 2006, o ICMS reclamado passou de R\$187.383,93 para R\$ 76.451,82, conforme resumo à fl. 262, deste PAF.

Assevera que houve mais um equívoco por parte do autuado, uma vez que, conforme a fl. 01, deste PAF, a multa aplicada baseou-se no Art. 42, inciso IV, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96 e não pela alínea “a”, conforme afirma.

No exercício de 2006, passa arguir que não houve nenhum vício por parte da fiscalização em relação ao exercício de 2005, muito menos, não houve contaminação no que tange ao exercício de 2006.

Afirma que o CMV foi tratado pelo autuado no exercício de 2006 com o mesmo estigma em que foi tratado para o exercício de 2005, pois salienta que já foi feita análise do exercício, e os mantém também para o exercício de 2006. Acerca do preço de venda, não há o que se falar sobre tal, uma vez que o autuante não disponibilizou as Notas Fiscais de Saída (conforme se pode verificar nos termos de Arrecadação, anexos a este PAF).

Disse que verificou todas as planilhas dos Demonstrativos do Arbitramento da Base de Cálculo do exercício de 2006 (como também do exercício de 2005), fls. 51 a 264, no qual sustenta que houve a dedução do crédito do imposto, cuja apuração deste crédito se deu através das DMAs de janeiro a dezembro de 2006. Além disso, deduziu-se também o ICMS recolhido pelo contribuinte em foco, conforme bem atesta estes mesmos demonstrativos.

Na correção monetária, observa que no índice aplicado no quadro do demonstrativo de débito, fl. 3, não houve qualquer atualização do valor do crédito constituído. Já quanto à multa aplicada, informa que aplicou conforme o fato do contribuinte não ter declarado o tributo devido, assim, é constatada nas planilhas dos Demonstrativos dos Arbitramentos das Bases de Cálculos. Portanto, não foi consequência do contribuinte não ter recolhido o imposto no prazo fixado. A multa de 100% representa uma punição ao contribuinte, posto que não declarou o ICMS que devia ter pago, mas não o fez.

Acrescenta que não há motivo para o autuado reclamar, uma vez que a exação fiscal não ocorreu; ou seja, o tributo exigido é devido, conforme se comprovou nas planilhas de demonstrativo do Arbitramento da Base de Cálculo do imposto e que a fiscalização não concordou com este pleito (fls. 455) do contribuinte, uma vez que este Auto de Infração possui fundamento, além do que a infração lavrada procede.

Rechaça pelo mesmo entendimento da informação fiscal anterior, no qual pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração conforme as planilhas anexadas o qual configura: *“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”*.

Novamente, o relator da 2ª JF, solicitou diligência, via Pauta Suplementar (20/03/2012), à INFAZ de origem para que seja entregue ao autuado, mediante recibo, cópia da informação fiscal, reabrindo o prazo de defesa em 30 (trinta) dias para manifestação do autuado.

Após cumprir a solicitação da diligência, o autuado, se manifestou, fls. 484/554, e suscitou preliminares de nulidades (quanto à discrepância entre o histórico da autuação, à falta de pedido de prorrogação, à falta de apresentação em disco de armazenamento de dados, à falta de clareza do Auto de Infração – princípio do contraditório e da ampla defesa, Termo de Início da Fiscalização, Termo de encerramento da fiscalização, Prazo Processual e Prescrição do Crédito Tributário), no entanto arguiu novamente as mesmas razões das duas defesas anteriores. Relembrando todos os dispositivos do RPAF, RICMS, CPC, CTN e COTEB.

Conclui pedindo acolhimento das preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, na infração 1, reafirma que não procede o argumento do autuante, haja vista que, foi aberto prazo pelo fisco, para apresentação pela empresa autuada, sendo a documentação entregue, contudo o mesmo só analisou o que achou do seu interesse.

Perguntou como foi que o autuante se baseou para se chegar a conclusão da suposta existência de débito do período compreendido do Auto de Infração, já que nos autos constam os Livros Fiscais do período autuado.

Fundamentou respostas quanto às perguntas aduzidas pelos autuante em relação à elaboração do Auto de Infração:

PREGUNTAS:

1ª) Qual a natureza técnico-contábil dos trabalhos efetuados pelo Autuante no caso da Auto de Infração do ICMS apurado por meio de arbitramento de base de cálculo?

2ª) Se houve a elaboração dos trabalhos técnico-contábeis efetuadas pelo agente do fisco? Descrever.

*3ª) Como foi possível a elaboração da peça, intitulada “**Demonstrativo do Arbitramento das Base de Cálculo**” a que se referem os exercícios de 2005 e 2006 de fls. 263/264 nos autos? Demonstrar de uma maneira sucinta, Como? Onde Originou? Onde foi encontrado tal valor.*

*4ª) Como foi possível a lavratura da peça, intitulada “**Informação Fiscal**” a que se referem os exercícios de 2005 e 2006 de fl. 471 nos autos? Demonstrar técnico-contábil como se chegou a tais números.*

5ª) Quais os respectivos documentos que embasa o Auto de Infração?

6ª) Quais lançamentos que não têm documentos idôneos, contemporâneos e pertinentes, que lhes deram origem, relacionados com o citado Auto de Infração?

7ª) Em caso positivo, a pergunta do item 6º, elaborar quadro demonstrativo dos lançamentos, anexando-lhe as respectivas páginas ou folhas dos livros onde se encontram assentados, lançados, registrados, com documentos de origem dos fatos constantes dos registros. Em caso negativo demonstrar o motivo do não aproveitamento dos livros.

8ª) Existem provas materiais da exteriorização e materialização do fato gerador?

....

9ª) Qual o suporte fático do aludido Auto de Infração?

10) Quais as verdadeiras causas ou origens desses fatos, que resultaram em diferenças a favor da Fazenda Pública? Fundamentar tecnicamente a resposta.

11) Quais os livros fiscais apresentados pela empresa Autuada, que serviram de base para o trabalho fiscal? Descrever.

12) Se não foram aproveitados os livros fiscais apresentados pela empresa Autuada, explicar o motivo.

13) Se o Sr. Fiscal efetuou um levantamento específico de estoques, com embasamento nos livros de Registro de Entradas, de Saídas, nas notas fiscais de aquisição e de vendas, tendo por base o inventário físico em determinado período inicial? Informar qual o período inicial e como encontrou tal número, detalhando.

14) Se houve comprovação da existência de: passivo fictício, estouro de caixa ou depósitos bancários da empresa, sem origem lícita?

15) Se há prova 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?

16) Se o Sr. Fiscal prova a imprestabilidade da escrita fiscal da empresa Autuada? Fundamentar.

17) Se houve omissão de documentos ou informações da empresa Autuada? Se positivo, quais. Descrever sucintamente.

18) Se o Sr. Fiscal efetuou os lançamentos mediante processo regular? Mencionar e descrever.

19) Se nos períodos autuados, se houve a presunção do fato gerador?

20) Se os levantamentos originários, por adoção da margem de lucro, foram elaborados de acordo com as normas técnicas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia? Fazer exposição, mencionar e descrever.

21) Qual a porcentagem no cálculo do lucro no Auto de Infração? E qual o método utilizado para sua determinação e o detalhamento do lucro? Fazer exposição, mencionar e descrever.

22) Se o Sr. Fiscal analisou os livros fiscais levando em consideração os créditos dos ICMS? Se positivo descrever detalhadamente. Se negativo fundamentar.

23) Se a empresa Autuada apresentou ao Sr. Fiscal, dos períodos autuados, os livros: Registro de Entrada, Saídas, Apuração do ICMS e Inventário?

24) Se foram utilizados tais livros, conforme mencionado no item 22, para efetuar os lançamentos mediante o processo regular? Se negativo fundamentar o motivo da não utilização dos livros.

25) Em face da impugnação da ora Defendente da Intimação Fiscal de fl. 461/471, haja vista que no demonstrativo do arbitramento entende a Autuada existir arbitrariedade nos lançamentos, conforme demonstrativo abaixo. Queira o Sr. Fiscal analisar e explicar com fundamentação sucinta os cálculos a seguir apresentado:

INFORMAÇÃO

INFORMAÇÃO

NOMENCLATURA

FISCAL

CONTRIBUNTE

Estoque Inicial

196.824,76

196.824,76

Compras

625.207,90

625.207,90

Estoque Final

(257.350,83)

(257.350,83)

Custo das Mercadorias

564.681,83

564.681,83

Saídas Arbitradas 903.490,93

Saídas Normais 870.352,06

(Veja - Livros: Apuração de ICMS e de Saída)

Imposto Debitado 870.352,06 X 17% = 147.959,85

Créditos

ICMS/Crédito/Jan/Dez 2006 conforme DMA's mês a mês anexadas: 41.171,10

ICMS Recolhido: 35.970,54 (documentos de arrecadação, conforme registro nos arquivos/Sefaz

Créditos de Notas Fiscais de Entradas, conforme Livros de Entradas e Apuração do ICMS: 52.863,94, conforme registro nos arquivos/ Sefaz

Total dos Créditos: 130.005,58

Saldo Devedor: 17.954,27

Assim, com a demonstração de que a fiscalização engendrou a bel prazer o arbitramento fiscal, sendo que deixou de considerar os créditos do ICMS das entradas das mercadorias, no saldo a recolher do ICMS no importe de R\$17.954,27, o que, por si só, o fato descrito pelo fiscal, se confunde, pois faltam diversos registros, o que não está de forma clara e precisa.

Sustenta que não poderá ser considerado como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpore a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que podem interromper a ligação entre o descrito e o ocorrido.

Em relação às fls. 58 a 554, o autuado aduz os mesmos argumentos que já foram esclarecidos na defesa anterior.

Em nova manifestação do autuante, fls. 558/559, afirma que a defesa do contribuinte é praticamente cópia da anterior, datada de 16/10/2011, às fls. 403 a 456, deste PAF. No geral, em que pese mudanças na ordem de apresentação, a diferença se dá apenas em dois itens, como segue:

“1º) nos questionamentos que faz acerca das normas contábeis, em 25 (vinte e cinco) questões, às folhas 510 até 513. Destes questionamentos informo que as respostas se encontram na própria fiscalização, naquilo que couber, não restando ao autuante nada mais a esclarecer, uma vez que o contribuinte recebeu todos os elementos deste PAF, o qual, está tudo detalhado, tudo claro;

2º) e na questão de o autuante não ter entregue em disco o armazenamento dos dados desta fiscalização, fato este que o defendente solicita a nulidade deste Auto de Infração, esta demanda não procede; entendo que esta solicitação deve ser resultado da leitura superficial efetuada no conteúdo deste artigo 8º, §3º, do RPAF-BA., de 1999, senão vejamos:

- a) este Artigo 8º, §3º, se encontra no Título I, das Disposições Gerais, Capítulo II, Das Petições do Sujeito Passivo e de suas Intervenções no Processo;
- b) e assim diz o Art. 8º, “As petições deverão conter:”
- c) e no parágrafo §3º, assim começa: “As peças processuais...”

Afirmou que o Capítulo II, do Título I, é bastante claro no sentido de informar a quem é obrigado a atender as normas contidas no parágrafo terceiro do artigo oitavo, ou seja, é obrigação do contribuinte apresentar em disco, as peças processuais como: defesa, etc. Isto decorre do fato de que o Art. 8º, seus incisos e parágrafos estarem, hierarquicamente, vinculados ao Título I, Capítulo II (Das Petições do Sujeito Passivo e de suas Intervenções no Processo), deste Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/1999. Diante disso, cai por terra mais uma solicitação do autuado.

Assim, foram mantidos todos os elementos contidos na segunda Informação Fiscal, datada de 31/01/12, uma vez que o contribuinte não apresentou fatos e documentos novos que realmente pudessem modificar o resultado da fiscalização. Segue, abaixo, o resumo do ICMS reclamado constante na segunda Informação Fiscal: “Em 2005, o ICMS reclamado, em valor histórico, passou de R\$204.709,72 para R\$245.642,40; Em 2006, o ICMS reclamado, em valor histórico, passou de R\$187.383,93 para R\$76.451,82”.

Ratifica pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

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 indicando o autuado a discrepância alegada; 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, informando 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 as aludidas considerações tanto para o exercício de 2005 como no exercício de 2006.

Em relação ao Início da ação fiscal, o Art. 26 do RPAF-BA, alinha que: “*Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da: III – intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.*”

O art. 28, II, do RPAF, diz que o Termo de Intimação substitui o Termo de Início de Fiscalização, inclusive dispensa o próprio Termo de Início de Fiscalização. Assim, a solicitação da nulidade por falta do Termo de Início de Fiscalização não procede, uma vez que o aspecto legal inicial fiscalizatório foi atendido pelo autuante, às fls. 09 a 15 dos autos.

Quanto ao termo de encerramento consta da fl. 01 do auto de infração, conforme se pode observar com a indicação “AUTO DE INFRAÇÃO/TERMO DE ENCERRAMENTO”. Destarte, em consonância com artigo 30 do RPAF/BA, não há o que se falar em nulidade.

O art. 128, prevê que *a “A inobservância do prazo para prestação de informação ou para cumprimento de diligência ou perícia fixado pela legislação ou estabelecido pelo órgão ou autoridade competente implicará a perda da gratificação de produção correspondente à tarefa e constitui falta disciplinar, porém esse fato não acarretará nenhuma consequência no julgamento da lide”*. Assim, não há o que alega nulidade quanto ao prazo da diligência.

O presente PAF foi submetido à apreciação da segunda instância. A decisão de 1ª Instância, Acórdão 2ª JJF número 0033-02/11, foi anulada pela 1ª CJF A-0202-11/11 em 05/07/2011, determinando que fosse proferido novo julgamento, depois de intimado o sujeito passivo a se manifestar quanto aos novos elementos apresentados pelo autuante, no prazo disposto no §1º do art. 18 do RPAF/BA. Através da diligência à fl. 479 dos autos, foi sanada o vício formal que inquinou em nulidade a primeira decisão, na medida em que consta recibo, à fl. 482, certificando que o autuado recebeu cópia da informação fiscal às fls. 259 a 328 dos autos, com a reabertura do prazo de defesa, aproveitado pelo autuado com manifestação posterior.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova 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.

Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

Quanto à alegação de prescrição, entendida como decadência, o Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2005 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2011 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2010, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2005 e seguintes.

Realmente, não houve a possibilidade de prescrição de cobrança, uma vez que, além de não ter havido decadência, conforme foi devidamente provado nos parágrafos anteriores, a prescrição, no presente caso, se iniciaria com o processo transitado e julgado administrativamente, considerando que este PAF está em processo de julgamento, portanto, suspenso para efeito de contagem de prazo prescricional, há como concluir pela ocorrência de tal instituto.

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”, 7ª 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 omissor 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 inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas ou mesmo quanto às arguições 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 nº 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 e 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 fornecido a essa SEFAZ, conforme alinhado na análise das arguições 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.

Em relação ao descompasso entre o valor das compras consideradas no Demonstrativo do Arbitramento da Base de Cálculo, R\$1.243.437,30, e o verificado na DME (fl. 26), R\$1.243.457,30, o artigo 18, em seu §1º, do RPAF, diz que: *“As eventuais incorreções ... não acarretam a nulidade do Auto de Infração ..., desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções ... serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”*A diferença de uma pequeníssima incorreção.

Quanto aos cálculos do CMV (Custo das Mercadorias Vendidas) também questionados, às fls. 431 e 432 deste PAF, os mesmos estão claros nas planilhas e consubstanciados no RICMS-BA (Art. 938, inciso I, alínea b, do referido Regulamento), ou seja, se ao Estoque Inicial foi somados com as Compras e abatidos com o Estoque Final, no qual encontrou o Custo das Mercadorias Vendidas. E, se a este adicionar a Margem de Valor Adicionado chega-se às Saídas arbitradas. Tal procedimento ocorreu pelo fato do contribuinte não ter apresentado as Notas Fiscais de Saídas, conforme devidamente documentado neste PAF.

O contribuinte se insurge contra a forma em que foi fiscalizado, mas, sem razão, haja vista que não apresentou, durante o processo fiscalizatório os livros fiscais de Registro de Inventário (e só entregando estes no período da primeira Informação Fiscal) e as Notas Fiscais de Saída, embora regularmente intimado.

Ainda que o sujeito passivo afirme que apresentou os livros e notas fiscais solicitadas pela fiscalização, o que não ocorreu, inclusive porque até este momento as Notas Fiscais de Saídas não foram apresentadas, convalidado o motivo pelo qual foi realizado o roteiro de Arbitramento da Base de Cálculo para apurar o imposto quando da fiscalização.

No que alude a afirmação do contribuinte de que apresentou a escrita contábil, não se materializa, pois os termos de arrecadação anexos a este PAF asseguram que não foi feita qualquer arrecadação destes documentos.

Equivoca-se o autuado quanto à multa, uma vez que, conforme a fl. 01, deste PAF, a multa aplicada baseou-se no Art. 42, inciso IV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96 e não pela alínea “a”, conforme afirma. O CMV foi tratado pelo autuado no exercício de 2006 da mesma forma que foi tratado para o exercício de 2005, pois feito análise pelo autuante do exercício, e os manteve acertadamente também para o exercício de 2006. Acerca do preço de venda, não há o que se falar sobre tal, uma vez que o autuante não disponibilizou as Notas Fiscais de Saída.

Verifico que todas as planilhas dos Demonstrativos do Arbitramento da Base de Cálculo do exercício de 2006 (como também do exercício de 2005), fls. 51 a 264, houve a dedução do crédito do imposto, cuja apuração deste crédito se deu através das DMAs de janeiro a dezembro de 2006. Além disso, deduziu-se também o ICMS recolhido pelo contribuinte em foco, conforme bem atesta estes mesmos demonstrativos.

Na correção monetária, observa que no índice aplicado no quadro do demonstrativo de débito, fl. 3, não houve qualquer atualização do valor do crédito constituído. Já quanto à multa aplicada,

informa que aplicou conforme o fato do contribuinte não ter declarado o tributo devido, assim, é constatada nas planilhas dos Demonstrativos dos Arbitramentos das Bases de Cálculos.

Quanto aos 25 questionamentos, às fls. 510 a 513 dos autos, alinhados pelo impugnante em sua terceira manifestação, além de serem extemporâneos, cabe aludir que realmente todas as respostas que têm pertinência se encontram nas informações fiscais prestadas, uma vez que o autuante detalhou os seus procedimentos, indicou os livros que foram considerados, apontou a metodologia aplicada no arbitramento, fundamentou a exigência, demonstrou o elemento material, quantitativo, pessoal, temporal espacial do fato gerador, oferecendo a documentação necessária para fundamentar suas conclusões, embasado o auto de infração. As questões suscitadas que não foram respondidas através das informações fiscais, desse voto ou mesmo dos documentos acostados aos autos, já mencionados, são periféricas sem o efeito de influenciar o núcleo da questão em debate, ou seja, na legalidade da exigência, de fundamentar a nulidade ou mesmo em elidir a imputação.

Em relação à questão de o autuante não ter entregue em disco o armazenamento dos dados desta fiscalização, fato este que o defendente solicita a nulidade deste Auto de Infração, esta demanda não procede, pois não há previsão legal para tanto.

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 arguições 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 folhas dos 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 as folhas de 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. Esse mesmo entendimento é manifestado pelo autuante nas informações fiscais que apresentou, transferido para os julgadores a aceitação ou não das folhas dos livros de inventários apresentados. 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 arguições 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 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, 16 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR.