

PROCESSO - A.I. Nº 03362524/97
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRUNELI MODAS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PROFAZ
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 20.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0040-11/02

EMENTA: ICMS. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA DÍVIDA ATIVA. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, da Lei nº 3.9956/81 (COTEB)., alterada pela Lei nº 7.438/99, tendo em vista que o crédito exigido no Auto de Infração, pela via do arbitramento da base de cálculo do ICMS, não se aplicava ao sujeito passivo, face a inexistência das motivações apresentadas pela autoridade fiscal. O procedimento fiscal é nulo. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da Procuradoria da Fazenda Estadual – PROFAZ, com fulcro nos art. 119, inciso II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), na qual se pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, pelas razões e fatos a seguir relatados. Conforme historiado no texto da citada Representação, a fiscalização exigiu, por meio de lançamento de ofício, ICMS através de arbitramento da base de cálculo do imposto, atribuindo ao contribuinte a prática omissão de vendas de mercadorias tributáveis, nos exercícios de 1992 a 1994. Foi fundamentado pela autoridade fiscal, para adoção do arbitramento, a falta de apresentação pelo sujeito passivo de notas fiscais de vendas de mercadorias séries D-1 – numeração de 80.251 a 100.000 e B-1, numeração de 201 a 500, além da falta de apresentação de livros contábeis e utilização de máquina registradora, circunstâncias essas que impossibilitariam o levantamento quantitativo de estoques por espécie, tudo conforme detalhamento contido no Termo de Encerramento de Fiscalização, tendo o auditor consignado que ao contribuinte foram entregues sucessivas intimações para a apresentação da documentação solicitada, não sendo as mesmas atendidas no curso da ação fiscal. Vale ressaltar, ainda, que os procedimentos de fiscalização foram desenvolvidos em virtude do pedido de baixa de inscrição solicitada pelo autuado. Ao formular sua defesa administrativa, o contribuinte, através de seus advogados, afirmou que o lançamento deveria ser anulado, pois baseado em mera presunção, visto que a autoridade fiscal desprezou o registros fiscais que lhe foram disponibilizados, incluindo aí o livro Registro de Inventário, com a informação dos estoques existentes até o encerramento das atividades do estabelecimento. Argumentou, ainda, a falta escrita contábil se deu virtude de ser optante da sistemática de apuração denominada de Lucro Presumido, aplicável ao tributos federais e que a fiscalização desprezou todas as informações disponibilizados pela empresa, adotando, de forma ilegal e abusiva o critério de arbitrar a base de cálculo para fins de fixar o montante tributável. Não obstante essas circunstâncias alegadas pela defesa, faz observar, a procuradora signatária da presente Representação, que o Auto de Infração fora julgado procedente em 1ª e 2ª instâncias. Encaminhado o processo para fins de inscrição do débito na Dívida Ativa, a autuada requereu à PROFAZ, na fase de controle da legalidade do lançamento, que se revisasse novamente o Auto de

Infração, tendo em vista os seguintes fatos, constante dos autos como prova da inaplicabilidade do arbitramento:

- a) os talonários de notas fiscais da série D-1, correspondente ao intervalo de 80.251 a 100.000, pertenciam efetivamente a outro estabelecimento da empresa, de Inscrição nº 02046710, situado na Rua Marquês de Leão, nº 59, na Barra, em Salvador, tendo preposto da empresa se equivocado ao preencher formulário Termo de Devolução de Documentos Fiscais, vinculando esses documentos à inscrição do estabelecimento autuado, o que ensejou que o agente fiscal exigisse a apresentação dos mesmos, e não havendo a entrega desses talonários, vez que foram apresentados à INFAZ da jurisdição do outro estabelecimento, ensejou o arbitramento da base de cálculo, fato que foi relatado na petição constante da fl. 184 do presente PAF, na fase de Recurso Voluntário, porém não apreciados devidamente no julgamento da Câmara;
- b) consubstanciando esse fato, a procuradora signatária desta Representação faz observar que consta, nos autos, cópia do dossiê do contribuinte autuado, juntados pelo agente fiscal na fase instrutória do processo, contendo duas autorizações de Impressão de Documentos Fiscais, relacionados às Notas Fiscais, série B-1, numeração de 001 a 500 e Nota Fiscal série E-1, numeração 01 a 50 – correspondente a 1 (um) talão – além de autorização de uso de máquina registradora, em substituição ao uso da nota de venda a consumidor, num total de 4 (quatro) equipamentos, não havendo, portanto, pedido de impressão, para o estabelecimento autuado, de notas da série D;
- c) quanto às demais notas fiscais, correspondentes à série B-1, os mesmos foram apresentados à PROFAZ, estando em poder do deste órgão, conforme relato contido a fl. 231 do processo, estando também registrado pelo contribuinte, nas fases de impugnação que os referidos documentos foram disponibilizados para entrega ao agente fiscal, não tendo o mesmo procedido as devidas diligências;
- d) por último, é registrado no texto da Representação, que os demais documentos fiscais - entradas, saídas, apuração, inventário e RUDFTO - foram apresentados no curso da ação fiscal e por ocasião de diligência realizada pela ASTEC, cujo texto encontra-se na fl. 146 do processo, não sendo, portanto, motivo para aplicação do arbitramento as justificativas apresentadas pela autoridade fiscal.

A representante da PROFAZ conclui seu arrazoado, afirmando que a ausência de escrita contábil, que constituiu outro motivo justificado pelo autuante na conclusão dos trabalhos de fiscalização, não enseja a aplicação do arbitramento, sendo cabível, no caso, não somente a aplicabilidade do art. 136 do COTEB, mas especialmente o art. 149 do CTN (Código Tributário Nacional), que prescreve a obrigação da Administração de rever seus atos de lançamento de ofício, observando os princípios da legalidade e da tipicidade, e dessa forma, solicita do colegiado da Câmara que declare a improcedência do Auto de Infração e o correspondente cancelamento de inscrição do débito na Dívida Ativa.

VOTO

Conforme evidenciado nos autos, a lacuna documental que serviu de base principal para a aplicação do arbitramento não ficou demonstrada. Restou provado que as notas fiscais da série D-1 pertenciam a outro estabelecimento da empresa, não podendo portanto ser imputado ao estabelecimento autuado

a falta de entrega da documentação solicitada pelo agente fiscal. Já com relação às notas fiscais da série B-1, ficou demonstrado que a empresa as possuía, posto que as mesmas se encontram atualmente em poder da Procuradoria Fiscal, não estando claro e devidamente provado nos autos que à época da ação fiscal tenha o contribuinte se recusado a apresentá-las ao preposto fiscal. O fato incontroverso é que as mesmas estão à disposição da Secretaria da Fazenda para os devidos exames.

Quanto aos demais fundamentos utilizados para a adoção do arbitramento, os mesmos são frágeis. A simples ausência da escrita contábil não autorizava o preposto fiscal adotar métodos indiciários de apuração da base de cálculo do ICMS, imposto que não tem por substrato, para a revisão do atos de lançamento, a confecção de escrita comercial. A mesma é um elemento auxiliar da apuração, posto que este tributo tem documentação e livros próprios, destinados a dar publicidade ao fisco da operações praticadas pelo sujeito passivo. Devemos distinguir a escrita contábil dos documentos que espelham a movimentação comercial e operacional da empresa. Portanto, caberia ao auditor solicitar a documentação fiscal e comercial relacionada às atividades da empresa para aplicar os roteiros de auditoria pertinentes. A ausência de balanço patrimonial ou de escrituração comercial pode constituir sim um ilícito às cláusulas do contrato social e às normas societárias, mas não é em si, como fato isolado, motivo que enseje a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS. Essa medida só tem autorização legal ante a impossibilidade da fiscalização proceder a ato de lançamento pela ausência de elementos que documentam as operações ou prestações praticadas pelo sujeito passivo. No presente caso esta situação impeditiva não ficou caracterizada. Já a circunstância da empresa ser usuária de máquina registradora não constitui ilícito que autorize o arbitramento, pois essa sistemática de apuração é autorizada pela lei e a fiscalização dispõe de roteiros de auditoria próprios para a revisão dos atos praticados pelo contribuinte, de que é exemplo a conhecido ajuste para a determinação dos estornos relacionados às mercadorias isentas, não tributadas, com imposto pago pelo regime de antecipação tributária ou sujeitas a alíquotas diferenciadas.

Isto posto, manifesto meu voto no sentido de que Representação seja ACOLHIDA, declarando-se a NULIDADE do Auto de Infração nº 03362524/97, lavrado contra BRUNELI MODAS LTDA., devendo, nos termos do art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), ser renovada a ação fiscal para fins de homologação do período objeto do procedimento fiscal, por ser este NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala de sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2001.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ