

PROCESSO	- A.I. Nº 00450043/90
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LANCHONETE FRIOS GOSTOSOS LTDA.
RECORRIDOS	- LANCHONETE FRIOS GOSTOSOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 2020-03/01
ORIGEM	- INFRAZ BROTAS
INTERNET	- 26.02.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0065-12/02

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. USO IRREGULAR DE MÁQUINA TIPO COMANDA. EMISSÃO DE DOCUMENTOS NÃO FISCAIS. Modificada a decisão. **a)** EXERCÍCIO DE 1989. Item nulo, tendo em vista a inexistência de elementos que justifiquem o arbitramento. **b)** EXERCÍCIO DE 1990. Justifica-se o arbitramento uma vez que foram atendidos os requisitos legais. Levantamento parcialmente modificado, remanescendo o quantum devido. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado, a fim de que fosse reappreciada a decisão exarada através do Acórdão 3ª JJF nº 2020-03/01.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir: pagamento de imposto apurado através de arbitramento das despesas gerais referentes aos exercícios de 1989 e 1990, além de multa formal por descumprimento de obrigações acessórias.

Auditor Fiscal estranho ao feito, em diligência solicitada ao DICO, às folhas 103 a 109 do PAF, constatou que o autuado possuía Livros e documentos fiscais em condições de serem utilizados para determinar o valor do Imposto arbitrado.

A PROFAZ emite parecer opinativo onde conclui que os argumentos expedidos pelo recorrente são incapazes de modificar a decisão de Primeira Instância. Afirma que o autuado cometeu infração à obrigação principal prevista na legislação tributária, descritas nas infrações 01 e 03, pelas quais cabível a aplicação das penalidades aplicadas.

### VOTO

Referentemente ao arbitramento do exercício de 1989, verificamos que nem o Auditor Fiscal autuante, nem o Diligente do DICO, anexaram documentos comprobatórios à autuação (comandas), fazendo-o somente ao exercício de 1990. Por esse motivo e aliado às declarações do Auditor Fiscal Diligente, de que a escrita fiscal da empresa estava condizente com as normas legais e fiscais, somos pela NULIDADE do mesmo.

Quanto ao exercício de 1990, matemos a decisão da 3<sup>a</sup> JJF que julgou o item referente ao diferencial de alíquota no valor de CR\$23.125,08 PROCEDENTE.

Em relação ao arbitramento do exercício 1990 fica demonstrado pelo Auditor Diligente à folha 107 do PAF o cálculo do imposto devido através de arbitramento pelo CMV, concluímos que a empresa tem a recolher o seguinte:

Exercício de 1990 – Imposto devido a recolher CR\$186.003,38 porque neste tipo de levantamento tem-se que se levar em consideração que a empresa deveria ter um Estoque Final em 30.06.1990 diferente de zero, considerado pelos Auditores Autuantes e Diligente. Na falta de outro valor constante no processo, deve-se considerar as compras do mês de junho de 1990, no valor de CR\$397.372,44, mesmo porque estas podem ter ocorrido até o último dia do mês de junho. Desta maneira o demonstrativo constante da folha 107 do PAF será o seguinte:

#### DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO ARBITRAMENTO PELO MÉTODO CMV

(a) total do estoque inicial das mercadorias tributadas (31.12.89) – valor nominal	CR\$10.916,00
(b) total atualizado do estoque inicial = valor nominal x 6,16=	67.308,06
(c) total das entradas de mercadorias tributadas no exercício – valor atualizado	2.722.060,12
(d) total do estoque final das mercadorias tributadas (30.06.90) – valor nominal	397.372,44
(e) total do Custo das Mercadorias Vendidas (CMV) = b + c – d	2.391.995,74
(f) taxa de Valor Acrescida (TVA) de acordo, com o art. 91, § 1º, inciso I	100%
(g) total de saída arbitrada = CMV + valor da TVA	4.783.991,48
(h) ICMS devido – alíquota de 18%	861.118,47
(i) saldo credor do imposto existente em 31.12.89	0,00
(j) saldo credor do imposto atualizado monetária = valor nominal x 6,166	0,00
(l) valor do imposto pago no exercício – valor atualizado	409.654,53
(m) imposto líquido a ser deduzido = j + i	409.654,53
(n) créditos fiscais destacados nas Notas Fiscais – valor atualizado	265.460,56
(o) total do imposto a recolher = h – m – n	CR\$186.003,38

Em decorrência do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

#### VOTO DISCORDANTE

Com a devida *venia*, discordo do ilustre Relator deste PAF.

O arbitramento da base de cálculo do imposto foi motivado pela utilização de uma máquina financeira, denominada Comanda-2000, marca Olivetti, que foi flagrada emitindo cupom assemelhado a cupom fiscal, como controle paralelo das vendas efetuadas sem a respectiva emissão da documentação fiscal, em 24 de maio de 1990, com reincidência em 11 de junho do mesmo ano.

O Relator, acompanhado dos demais membros desta Câmara de Julgamento Fiscal, concluiu que a utilização deste equipamento é motivo ensejador do arbitramento da base de cálculo, mas, no entanto, como nem o Auditor Fiscal Autuante, nem o Diligente do DICO, anexaram documentos comprobatórios à autuação (comandas), fazendo-o somente ao exercício de 1990, e aliado às declarações do Auditor Fiscal Diligente, de que a escrita fiscal da empresa estava condizente

com as normas legais e fiscais, declarou a nulidade do procedimento em relação ao exercício de 1989, mantendo quanto exercício de 1990.

Inicialmente, esclareço o meu pensamento quanto a este equipamento.

No meu entendimento, a utilização do mesmo, como controle paralelo de vendas sem emissão de nota fiscal, se assemelha a fraude da utilização de “talonário paralelo”.

Ora, se um determinado contribuinte confeccionar o tal “talonário paralelo”, como por exemplo, de numeração 0001 a 1000, em sendo flagrado utilizando o talão de n.º 0951 a 1000 (o último), eu concluo que o arbitramento é devido sobre toda a série, desde o início da sua utilização, cabendo ao autuado a prova em contrário de que não os utilizou, apresentando-os “em branco”, ou qualquer outra prova capaz de demonstrar a impossibilidade do arbitramento.

No presente caso, encontra-se apensada à fl. 13 dos autos uma nota fiscal de prestação de serviços, de n.º 4445, datada de 16/02/89, emitida pela RECOMAC Representação e Comércio de Máquinas Ltda., tendo como destinatário do serviço o recorrente, cujo objeto foi “Ref. A assistência, garantia, programação e implantação de uma Comanda 2000 n.º 111475”, a mesma apreendida em 11/06/90, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 9.

Assim, a minha conclusão é de que está comprovada a propriedade de tal equipamento desde fevereiro de 1989, e cabe ao recorrente, na mesma forma que no caso do “talonário paralelo”, a prova em contrário de que esta máquina jamais foi usada antes do flagrante dado pelo fisco. Portanto, se a utilização deste equipamento é motivo ensejador do arbitramento da base de cálculo, como entenderam os demais membros desta Câmara, o é desde 1989, e, por este motivo, entendo equivocada a nulidade decretada em relação a este exercício.

Quanto ao exercício de 1990, o Relator do PAF, conjuntamente com os demais membros desta 2ª CJF, votou que o arbitramento da base de cálculo deve ser feito através do CMV, pois seria mais benéfico ao contribuinte (esta afirmativa foi feita oralmente durante a Sessão de Julgamento, apesar de não constar no voto do Relator), ao invés de ser feito pelas despesas gerais.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar o que reza o § 1º, do art. 91, do RICMS/89, a saber: “*O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir*”.

Ora, quando o texto legal se reporta a “*qualquer um dos métodos a seguir*”, entre eles, o CMV (Inciso I) e as despesas gerais do estabelecimento (Inciso II), está concedendo o poder discricionário ao autuante de eleger o que lhe for mais conveniente, sem que esteja obrigado a avaliar qual deles seria mais ou menos benéfico ao contribuinte, e vou mais longe, neste exercício de 1990, em razão da ausência de estoque final, pois o arbitramento foi feito em relação ao período de janeiro a junho de 1990, é impossível apurar o imposto pela sistemática do CMV, e, obviamente, a sistemática eleita pelo autuante (pelas despesas gerais do estabelecimento) é a mais adequada.

Em relação ao Recurso de Ofício, o julgamento da 1ª Instância não carece de qualquer tipo de reparo.

Por tudo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, para homologar a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentados para alterar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **00450043/90**, lavrado contra **LACHONETE FRIO GOSTOSO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **Cr\$209.128,46**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre Cr\$23.125,08, e 100% sobre Cr\$186.003,38, previstas no art. 61, III, "b", da Lei nº 4.825/89 e art. 42, IV, "i", da Lei nº 7.014/96, c/c art. 106 do CTN, respectivamente, e dos acréscimos moratórios correspondentes devendo ser convertido em moeda vigente.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ - RELATOR

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO DISCORDANTE

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ