

**PROCESSO** - A.I. Nº 108880.0005/00-6  
**RECORRENTE** - POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 2014-02/01  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 22.05.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0174-11/02

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DESENQUADRAMENTO PELO AUTUANTE, NO CURSO DA AÇÃO FISCAL, DE EMPRESA ENQUADRADA NO REGIME DE APURAÇÃO DO IMPOSTO MENSAL EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Suscitada, de ofício, a nulidade do lançamento, em razão de que o desenquadramento deverá ser feito pela autoridade fazendária com poderes para tal procedimento, observadas as disposições regulamentares. Como agravante, os documentos tidos como não apresentados, encontram-se juntados aos autos. Inexistência de elementos que justifiquem o desenquadramento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS na quantia de R\$79.355,46 e multas por descumprimentos de obrigações tributárias de natureza acessória, com a seguinte imputações:

1. Desenquadramento do regime de apuração em função da receita bruta por falta de apresentação de documentos fiscais referentes aos lançamentos no livro Registro de Saídas de Mercadorias, do período 1995 e 1996, sob a alegação de extravio. Divergências de valores em todos os livros contábeis, fiscais e respectivos documentos fiscais.
2. Extravio das Notas Fiscais D-1, de números 0001 a 12500, Notas Fiscais-Fatura nºs 0001 a 0250, conforme cópia de comunicado protocolado no SAC Litoral Norte, sendo aplicada à multa de 100 UPFs-BA.
3. Extravio dos equipamentos marca IBM, modelo 4679-3, números de fabricação 8000333, 8000327 e 8000332, sendo aplicada a multa de 1 UPF-BA.

A 2ª JJF decidiu a lide com base no seguinte Voto : *“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo constatei que em relação ao primeiro item do Auto de Infração, a autuante realizou confronto entre os valores recolhidos no período fiscalizado com os registros efetuados nos livros Razão e Registro de Saídas e demonstrativo de faturamento, constante de relatório expedido pelo franqueador.*

*Em decorrência da inexatidão constatada entre o que foi declarado e os valores efetivos, referentes à receita bruta utilizada como base de cálculo do imposto, foi providenciado o desenquadramento e exigido o tributo apurado com base no cotejo, realizado, apurando o imposto devido pelo regime normal à alíquota de 17%, abatendo o imposto que foi recolhido pelo Regime Simplificado, sendo exigidas as diferenças encontradas, conforme demonstrativo de fl.*

14, tomando como referência o valor total da receita declarada nas GIAS, xerocópias de fls. 87 e 88.

Considerando que foi alegado na defesa do autuado que os elementos tidos como extraviados encontravam-se à disposição da fiscalização, o PAF foi convertido em diligência à ASTEC para verificar se efetivamente houve extravio de notas fiscais e equipamentos IBM, e apurar o imposto devido, considerando as irregularidades constantes da autuação fiscal.

De acordo com a diligência efetuada por fiscal estranho ao feito, foi apurado que o autuado apenas alegou na defesa a existência dos documentos fiscais, mas não apresentou qualquer um deles, com exceção de alguns Cupons de Leitura, considerados pelo revisor insuficientes para comprovar a receita do estabelecimento.

Foi informado também, que em visita ao estabelecimento, o fiscal revisor não encontrou os equipamentos marca IBM, de números 8000333, 8000327 e 8000332, declarados extraviados, sendo encontradas apenas as impressoras, sem funcionamento.

Conforme o Parecer da ASTEC, nº 008/2001, não podem merecer fê:

- a) a receita declarada no Registro de Saídas, por ser a menor dentre os valores declarados pelo contribuinte e apurados pela autuante;
- b) as receitas consignadas nos relatórios do franqueador por constar somente alguns meses do período fiscalizado;
- c) as receitas escrituradas no livro Razão, tendo em vista que não foram comprovadas documentalmente.

Assim, chegou-se à conclusão de que deve ser calculado o imposto pelo regime normal de apuração sobre a receita declarada pelo contribuinte nos DAEs, por ser esta a de maior expressão monetária e a que o autuado recolheu o imposto pelo Regime Simplificado.

Quanto aos créditos, não foram considerados na diligência fiscal, por não serem apresentados os comprovantes, conforme informado pelo fiscal revisor, fl. 148.

Novo cálculo foi efetuado através da diligência fiscal, sendo elaborado novo demonstrativo de débito, fl. 148, ficando alterado o imposto exigido para R\$72.361,70.

Em consequência dos valores apurados através da diligência fiscal, o PAF foi encaminhado à INFAZ de origem para ciência da autuante e dar vista ao autuado, o que foi providenciado, conforme visto da autuante fl. 152 (verso) e intimação ao contribuinte (fl. 154) com cópia do Parecer ASTEC, cuja ciência do autuado está comprovada pelo Aviso de Recebimento, fl. 153, sendo que não foi apresentada qualquer impugnação.

De acordo com a legislação, o imposto pago mensalmente através do regime adotado pelo autuado, será calculado com base na aplicação de 5% sobre o valor da receita bruta do período, estando previsto o desequilíbrio no caso de o contribuinte prestar declaração falsa ou inexata, hipótese que será exigido o imposto deixado de recolher, resultado do confronto com o sistema de apuração pelo regime normal (art. 504 do RICMS/97). Assim, considero procedente este item do Auto de Infração, tendo em vista que a exigência fiscal está amparada pela legislação em vigor.

*Quanto aos itens 02 e 03, o autuado alegou em sua defesa que não houve extravio dos documentos fiscais e do equipamento, argumentando que sempre estiveram à disposição da fiscalização. Por isso, o presente processo foi convertido em diligência para fiscal estranho ao feito apurar a efetiva existência dos elementos considerados extraviados.*

*De acordo com o resultado da diligência fiscal, fls. 146 a 149, ficou confirmado o extravio dos documentos fiscais, bem como dos equipamentos IBM, fato que determinou a aplicação das penalidades consignadas nos itens 02 e 03 da autuação fiscal.*

*Observo que estão caracterizadas as infrações apontadas nos itens 02 e 03. Entretanto, considerando que o descumprimento da obrigação acessória teve como consequência a aplicação das multas, cuja irregularidade está diretamente relacionada com a primeira infração, que resultou na exigência do imposto, entendo que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória é absorvida pela multa relativa ao descumprimento da obrigação principal, conforme § 5º, do art. 42, da Lei 7.014/96. Por isso, não deve prevalecer a multa aplicada nestes itens, permanecendo somente o imposto apurado na primeira infração.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.*

Irresignado com a Decisão supra o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário argumentando que se encontram equivocados tanto o Auto de Infração quanto a Decisão da JJF por entender que não lhe pode ser imputada qualquer conduta capaz de ser tipificada como violação dos princípios tributários vigentes. Explica que a autuação decorreu de desenquadramento efetivado em virtude da falta de apresentação dos documentos fiscais relativos aos exercícios de 1995 e 1996, com exigência do imposto com aplicação da alíquota de 17% fato este que considera sem amparo legal.

Aduz que não se trata de simples modificação na cobrança de tributos e sim, uma descon sideração pelo autuante do regime tributário até então adotado. Acrescenta que as disposições legais a possibilitar o desenquadramento decorrem das hipóteses de má fé na prestação de informações pelo contribuinte, fato este que afirma não ter ocorrido, não se justificando uma medida de tamanha gravidade, agravada com a multa de 60%, citando que o que poderia, no máximo acontecer, seria, se fosse o caso, a exigência do imposto entre a diferença recolhida e o entendido pelo Fisco como devido.

Salienta que não existe no Auto de Infração qualquer documento capaz de gerar a diferença apontada afirmando, ainda, que o demonstrativo que o acompanhou encontra-se desprovido de qualquer elemento mais consistente que permita a desconstituição dos próprios cálculos. Assevera que estão ausentes elementos para aplicação do instituto do desenquadramento, ante a completa ausência de fundamento jurídico para tanto. Acrescenta, por fim, que tanto mais se revela equivocado o fato de que, para imposição da multa em questão, não foram levados em conta os valores efetivamente recolhidos, incorrendo em cobrança em duplicidade do mesmo tributo, ainda que sob alíquota diferenciada.

Requer o Provimento do Recurso Voluntário para que o Auto de Infração seja declarado Improcedente.

À fl. nº 1.688 dos autos a Douta PROFAZ emitiu Parecer opinativo onde destaca que o Recurso Voluntário traz os mesmos argumentos já analisados e decididos, não acrescentando nada de novo que possa elidir a infração cometida. Destaca que em que pese o fato do Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação deste Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

Opina pelo Não Provimento do Recurso.

## VOTO

Realmente, o Recurso Voluntário devolve toda a matéria a ser analisada pelo CONSEF e, justamente por isso, entendo que os argumentos já trazidos e ora repetidos pelo recorrente merecem ser reexaminados, razão pela qual divirjo e deixo de acolher o respeitoso opinativo da Douta PROFAZ.

O que vejo no presente Auto de Infração é que, a autuante, sem qualquer base legal para implementar o procedimento que adotou, às fls. 13 e 14 dos autos, efetuou o desenquadramento do recorrente do regime de apuração do imposto com base na receita bruta, procedimento este que não cabe ao autuante e sim, se ocorridas às hipóteses previstas no art. 505, XII, do RICMS/96, à autoridade fazendária com poderes para tanto.

Não vejo nos autos qualquer fundamento jurídico suficiente para possibilitar o desenquadramento do recorrente do regime de apuração do imposto da forma na qual estava enquadrado, ou seja, apuração com base na receita bruta declarada, hipótese em que, acaso ocorresse qualquer divergência entre o declarado e o devido caberia a exigência do imposto sobre a parcela omitida. O que jamais poderia ocorrer seria a exigência do imposto calculado com base na alíquota integral, diretamente sobre o valor da receita bruta, sem levar em consideração, inclusive, os créditos fiscais, fato este que fere o princípio da não cumulatividade do imposto.

Como agravante, observo que todos os documentos solicitados pela autuante estão juntados aos autos, formando os volumes II a VI do PAF, fato este que descaracteriza, mais uma vez a acusação fiscal.

Do exposto, considero válidos os argumentos do recorrente e, apesar do mesmo ter requerido a improcedência da autuação, suscito, de ofício, a nulidade do procedimento fiscal e, nesta ótica, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso Voluntário para que o presente Auto de Infração seja julgado NULO, renovando-se o procedimento fiscal na forma regulamentar.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **NULO** o Auto de Infração nº **108880.0005/00-6**, lavrado contra **POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVCALCANTE - REPR. DA PROFAZ