

A.I. N.º - 269616.0004/01-6
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE CEREAIS ALTO JEQUITIBÁ LTDA
AUTUANTES - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI, WAGNER RUY DE OLIVEIRA
MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 11/04/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0096-03/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO VINCULADO. Para se proceder ao arbitramento da base de cálculo, o procedimento deve embasar-se na efetiva ocorrência de hipótese prevista na legislação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 04/01/02, exige ICMS no valor de R\$601.206,57, imputando ao autuado a seguinte infração: “Débito apurado com base nas saídas constantes dos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte. Foram abatidos os créditos correspondentes à denúncia espontânea, GNR, Antecipações e crédito ICMS na aquisição de mercadorias conforme notas fiscais de entrada apreendidas pela fiscalização de trânsito e ação da CINFI”.

O autuado apresentou impugnação às fls. 44 a 47, preliminarmente pedindo a nulidade da autuação, sob o argumento inicial de que a descrição da infração não é suficiente para se conhecer de que efetivamente é acusado. Além de entender que houve cerceamento do direito de defesa, também alega que a infração não está suficientemente caracterizada nos autos. Aduz que a base de cálculo não está propriamente calculada já que a legislação não prevê sequer o método de apuração que foi utilizado pelos autuantes. Transcreve o art. 22, da Lei 7.014/96 visando comprovar sua argumentação.

No mérito, diz que segundo entendeu, os autuantes, de posse do valor, espécie e quantidade das mercadorias saídas do estabelecimento, determinou a participação percentual de cada grupo de produtos sobre o faturamento total em cada exercício e, com base nesses dados, projetou o valor mensal das saídas, sobre o qual aplicou as alíquotas internas, determinando o débito do imposto, do qual abateu o crédito apurado nas notas fiscais de entradas e o valor dos recolhimentos por substituição tributária. Afirma que, dessa forma, foi ferido o processo legal de apuração do imposto, já que somente comercializa com produtos sujeitos à substituição tributária, sem convênios ou protocolos com outros Estados, e o referido método não é previsto na legislação. Ao final, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 50 a 53), se manifestaram da seguinte forma: “Antes de apreciarmos os termos da defesa, faz-se oportuno detalhar os fatos que precederam, e até ensejaram, a própria ação fiscal.

Todo processo iniciou-se com a ação desenvolvida pela Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, que investigando a circulação de carga de cerveja da marca CRISTAL - destinada no documento fiscal ao estado de Pernambuco (DISTRIBUIDORA ITAIPÚ, a qual, por contrato, distribui exclusivamente produtos da marca PRIMO SCHINCARIOL) - seguiu o veículo transportador. Ao

final, constatou que o mesmo dirigiu-se à cidade de Salvador, efetuando a entrega da mesma no bairro de Pirajá, mais precisamente no endereço da autuada. Tal fato resultou na lavratura de auto de infração relativo às mercadorias desviadas, além de termo de apreensão próprio, cuja numeração consta dos autos. O comportamento suspeito da autuada propiciou ação subsequente da CINFI - Coordenação de Inteligência Fiscal, que culminou com a obtenção de autorização judicial destinada à apreensão de livros e documentos fiscais, nos quais esta fiscalização está baseada.

Iniciado os trabalhos de levantamento fiscal - atribuídos, por solicitação da CINFI, a estes auditores - constatamos que a documentação apresentava-se incompleta, especialmente quanto aos documentos de entrada de mercadorias e aos livros fiscais. Buscando sanar a lacuna, visitamos reiteradamente o contribuinte (desde MAI/2001), sempre em contato com o Gerente de então - Sr. Bronze - que repetia não dispor dos mesmos, justificando com a alegação de que a contabilidade da empresa era desenvolvida por escritório contábil localizado no município de São José dos Campos - SP, tendo como responsável o Sr. Delcio. Considerando que nos registros da SEFAZ, consta o nome do Sr. Alvaro Lima de Oliveira como contador responsável, efetuamos visita ao mesmo no bairro do Comércio. Deste obtivemos argumentos coincidentes com os do gerente da autuada, segundo os quais era o contador contratado e formalmente responsável, mas não o efetivo executor dos trabalhos, sobre o caso, que aponta a formação de uma rede de estabelecimentos "laranjas" que outros inclui, além da DISTRIBUIDORA JEQUITIBÁ, a DISTRIBUIDORA NOVATERA, DISTRIBUIDORA SOL NASCENTE e a TRANSPORTADORA OLINDA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, dedicados a operações com cerveja. "Coincidentemente" todos têm como responsável contábil o Sr. Álvaro, e como efetivo o Sr. Delcio. Sempre que intimados apontaram como detentor da documentação o escritório de São José dos Campos. Buscando a obtenção das provas, desde maio de 2001 vimos mantendo contato telefônico com o Sr. Délcio que reiteradamente comprometeu-se com a apresentação dos mesmos, o que nunca cumpriu. Tal dificuldade, e a necessidade de melhor levantamento das operações praticadas, levou a CINFI a sugerir a visita dos autuantes à matriz da autuada - localizada no Rio de Janeiro, além da posterior visita ao estado de São Paulo - onde se localizava a sede da contabilidade do grupo. Naquele estado, após firmar mais uma vez o compromisso do contato direto e da entrega da documentação, o Sr. Délcio não compareceu, enviando mensageiro com parte da documentação solicitada e disquetes contendo arquivos magnéticos da DISTRIBUIDORA JEQUITIBÁ-BA.

Por operar principalmente com produtos sujeitos à substituição tributária - CERVEJA que por força de protocolo têm a retenção e recolhimento do ICMS atribuídas ao remetente, estes autuantes priorizaram a obtenção dos documentos de entrada/GNR's, únicos capazes de atestar o efetivo pagamento do que é devido ao nosso estado. Da documentação recebida do mensageiro do Sr. Délcio, constam cópia de notas fiscais de aquisição de cerveja, correspondentes a parte irrisória das saídas registradas nos arquivos magnéticos. Oportuno comentar que as cópias xerox de notas fiscais de entrada apresentadas correspondem a planilha que, relacionando determinada listagem de aquisições, serviu de base à denúncia espontânea efetuada pelo contribuinte à época das primeiras investidas da CINFI.

Assim, não tendo o contribuinte apresentado os documentos fiscais de entrada para que se apurasse a efetiva antecipação do imposto devido, lançamos mão dos arquivos magnéticos de saída fornecidos pelo seu efetivo contador. Adotamos os passos conforme segue:

1. As saídas declaradas nos arquivos magnéticos tiveram seus valores transpostos para planilha constante à fl. 6 dos autos;
2. A seguir, dentre a documentação apreendida, buscamos levantar todos os créditos que pudessem ser considerados em favor da autuada - parcelamentos, GNR'S, fiscais traziam anexadas cópias xerox de GNR'S, cujos valores não aparecem nos registros do SIDAT, e que, por conseguinte, não puderam ser consideradas (vide relação às fls. 7 e 8);

3. Como os arquivos magnéticos apenas indicam o número e o valor das notas fiscais de saída, sem especificar os itens que as compõem, estes autuantes recorreram aos relatórios mensais de venda encontrados na documentação apreendida. Tais relatórios especificam o faturamento mensal e o percentual correspondente a cada tipo de produto - cerveja, vinho, aguardente, refrigerantes, etc. (vide planilha fl. 10);

4. Com base nos percentuais de participação mensal de faturamento por produto (fl. 48 e 49), e o total de faturamento vendas/mês informado nos arquivos magnéticos, consolidamos valor do volume mensal por produto e o correspondente valor do ICMS total devido (fls. 10 a 15).

De fato, tivemos que recorrer ao artifício do método acima descrito, para chegarmos ao montante do imposto devido pela autuada. Ocorre que tal método só foi adotado em decorrência da negativa da mesma em fornecer os documentos fiscais de entrada e de saída reiteradamente solicitados, prometidos, mas nunca entregues. Nem mesmo o esforço do deslocamento a outros estados da federação foi suficiente para sensibilizar a defendente ao cumprimento da obrigação básica de apresentação dos documentos necessários ao desenvolvimento das atividades fiscalizatórias. Não à toa, sentiu-se a CINFI obrigada a recorrer ao recurso judicial para obtenção de documentos que esclarecessem as reais operações do contribuinte em nosso estado. Ademais, todos os cálculos se basearam em fontes da própria autuada.

Podemos afirmar que, antes de qualquer cerceamento do direito de defesa, teve a administração tributária cerceado o consagrado direito de conhecimento e fiscalização das atividades da defendente.

Se desejar a DISTRIBUIDORA JEQUITIBÁ a substituição da metodologia de levantamento adotada, basta que solicite diligência e apresente ao fisco os documentos básicos de suas operações. Seria oportuno também que apresentasse os Livros Fiscais obrigatórios, o que até aqui se recusou a fazer.

A propósito da alegação de que se tratou de um arbitramento da base de cálculo não previsto na legislação, ressaltamos que a base de cálculo foi obtida diretamente dos arquivos participação do percentual de cada tipo de produto no faturamento mensal informado. Se tal não fosse feito, isto é, se tomássemos todo faturamento como correspondente ao produto principal – CERVEJA – o montante do débito levantado seria de valor superior, em prejuízo do contribuinte. Se algum dado resta obscuro, seriam estes os valores constantes dos arquivos magnéticos, vez que não puderam ser confrontados com os documentos fiscais sonegados. A rigor, prova fazem contra autuada, que os forneceu. Os autuantes não tiveram outra fonte a recorrer.

Do exposto, entendemos que o procedimento adotado nenhum prejuízo acarretou para a autuada, antes o contrário, inobstante seu comportamento de flagrante desrespeito às obrigações – principal e secundárias – estabelecidas na legislação tributária. Em todo caso, julgamento mais próprio terá o CONSEF na sua avaliação final”.

VOTO

Inicialmente devo observar que o CONSEF tem reiterado o entendimento de que uma ocorrência constatada na fiscalização só justifica a adoção do arbitramento, se ela impedir ao Fisco a apuração normal do imposto por meio das técnicas de fiscalização já consagradas, que estão contidas no Manual de Fiscalização, a exemplo: Auditoria de Estoque, Auditoria das Contas do Passivo, Auditoria das Disponibilidades, dentre outros.

O próprio legislador tributário quis evitar que o instituto do arbitramento fosse adotado indiscriminadamente e desprovido de fundamentação que dê supedâneo ao mesmo. Logo, definiu

critérios e estabeleceu as hipóteses em que o preposto fiscal poderá constituir o lançamento do crédito tributário lançando mão dessa modalidade.

No caso em exame, os autuantes recorreram ao arbitramento da base de cálculo, ao alegar que o autuado não apresentou seus livros, nem os documentos fiscais.

A priori constato que não se encontra nos autos nenhuma intimação ou prova da recusa do autuado em fornecer a referida documentação.

Ademais, a legislação não prevê o método de apuração que foi utilizado pelos autuantes, ou seja, a apuração da base de cálculo por produto e o correspondente valor do ICMS (fls. 10 a 15), com base nos percentuais de participação mensal de cada produto no faturamento mensal do contribuinte (fls. 48 e 49), projetando tais percentuais no total do faturamento anual informado pelo autuado nos arquivos magnéticos.

No entanto, diante dos fortes indícios apresentados pelos autuantes, em sua informação fiscal, de que o sujeito passivo vem procedendo de maneira irregular no cumprimento de suas obrigações, recomendo a realização de nova ação fiscal visando cobrar o débito porventura existente, de acordo com o que preceitua as normas contidas no RICMS/BA, já que para se utilizar da medida excepcional do arbitramento da base de cálculo, o procedimento deve embasar-se na efetiva ocorrência de hipótese prevista na legislação.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269616.0004/01-6, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE CEREAIS ALTO JEQUITIBÁ LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR