

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 206924.0007/01-6
<b>RECORRENTE</b>	- COMERCIAL PINTO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0178-04/02.
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ FEIRA DE SANTANA
<b>INTERNET</b>	- 15.08.03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0057-12/03

**EMENTA : ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E DA CONTABILIDADE GERAL.** Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Rejeitadas as preliminares de nulidade, tendo sido vencido o relator quanto às 1ª e 2ª preliminares. Decisão por maioria. Quanto à 3ª preliminar, decisão unânime. Em relação ao mérito, Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/09/01, exige ICMS no valor de R\$124.164,72, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, referente aos exercícios de 1996 e 1997, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Em 21/05/2002, através Acórdão nº 0178-04/02, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, após afastar as nulidades suscitadas pelo contribuinte, por entender que “o arbitramento está justificado e que são devidos os valores cobrados na autuação”.

Inconformada com tal Decisão, a Empresa entra com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, suscitou as seguintes nulidades:

1 - É nulo o Auto de Infração pois só tomou conhecimento da ação fiscal em 14/09/01, como consta do doc. de fl. 08, quando foi intimada a apresentar em 48 horas toda a sua escrita fiscal e contábil. Salienta que a intimação de fl. 11, datada de 30/07/01, não foi recebida por qualquer de seus representantes. Afirma que não foram observadas as formalidades essenciais à existência do Auto de Infração, pois a ação fiscal foi iniciada em 14 de setembro, o Auto de Infração foi lavrado em 26 de setembro, o Termo de Fiscalização data de 27 de setembro e os anexos só foram confeccionados em 28 de setembro, tudo de 2001. Tal procedimento ofendeu o contido nos artigos 26 e 28 do RPAF/99, não sendo apenas “um descumprimento de uma exigência meramente formal” como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal. Ocorre, ainda, salienta a Empresa, que o próprio Acórdão reconheceu que o autuante alterou a data do Termo, de 27/09/01, para 21/09/01, com o claro intuito de conferir legalidade ao Auto de Infração, não tendo a diligência “saneadora”, solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, sanado a irregularidade, permanecendo o Auto de Infração maculado por irregularidade insanável, o que o torna nulo de pleno direito.

2 - O lançamento é nulo por falta de motivação para o arbitramento da base de cálculo do imposto, pois havia meios para verificar uma eventual sonegação de impostos e, além disso, não

foi encontrado um só indício de fraude em toda a sua escrita fiscal. Afirma que o autuante conseguiu em curto espaço de tempo, 08 dias, efetuar a ação fiscal, a seu ver de forma bastante rápida, o que não combina com a quantidade de documentos que lhe foram apresentados, pois só de notas fiscais entregou 24 pastas com mais de 2000 documentos, quatro livros de saídas e entradas e livro de apuração do ICMS, sendo a pressa demonstração de que a intenção foi cumprir a determinação que lhe foi imposta e não apurar a real existência de possíveis débitos tributários. Afirma que se encontra de posse de todos os livros, que estão à disposição do fisco, que poderiam ter sido entregues ao autuante se o mesmo tivesse concedido um prazo mais dilatado além das 48 horas, que era necessário vez que a Empresa estava fechada a mais de dois anos, tendo que localizar os mesmos em caixas guardadas em seu antigo depósito.

3 – O Auto de Infração é nulo pois, por ser optante da apuração do Imposto de Renda com base em lucro presumido não está obrigado a possuir escrita contábil, não tendo obrigação de possuir os livros que a compõe. Além disso, jamais declarou a perda ou se recusou a apresentar cupons e notas fiscais, estando os mesmos à disposição do fisco; o livro Registro de Inventário foi localizado, está escriturado e encontra-se à disposição do fisco; as DMAs foram entregues e o fiscal poderia ter utilizado o banco de dados da SEFAZ para obter os valores das mesmas.

No mérito, afirma que comercializava preponderantemente com produtos da cesta básica, tributados com a alíquota de 7%, o que podia ser comprovado pelo autuante se analisasse as notas fiscais de compras constantes das 24 pastas que lhe foram entregues. Ressalta que o auditor fiscal considerou, indevidamente, os estoques iniciais e finais como sendo zero, quando, em realidade, possuía estoques. Frisa que se houve recolhimento de impostos em Janeiro de 96, 97 e 98, torna-se evidente que os estoques finais de 95, 96 e 97 não eram zero e que havia outros métodos para apuração do valor do estoque, que se encontra escriturado no Livro de Inventário.

A Empresa reafirma ser necessária revisão fiscal, especialmente quanto aos demonstrativos que originaram o suposto débito fiscal, tendo inclusive o autuante, em sua informação fiscal, concordado com a realização de diligência para que se analisasse o Livro de Inventário e os cupons e notas fiscais. Salienta a Empresa que o Inventário não é imprescindível para o fisco fiscalizar o usuário de máquina registradora pois à época dos fatos não era possível se efetuar levantamentos quantitativos de estoques, pois as máquinas não identificavam as mercadorias. A falta de apresentação de tal livro ensejaria apenas a aplicação de multa formal.

Após referir-se à multa aplicada, que considerou confiscatória, o que afronta o artigo 112, IV, do CTN, a Empresa pede, se não se julgar nulo ou improcedente o Auto de Infração, que se faça diligência que poderá verificar a existência de algum imposto a recolher.

A PGE/PROFIS, diante das argumentações da Empresa, relativamente às alíquotas aplicadas pelo autuante, solicita, após afirmar que o arbitramento foi correto, diligência no sentido de “separar os produtos ( estoque inicial, compras e estoque final) por faixa de tributação, alíquotas de 7%, 17% e 25%, apurar as saídas arbitradas também por alíquotas e afinal apurar o imposto devido, se houver, levando-se em consideração os estoques inicial e final de cada exercício”.

Após concordância da Câmara de Julgamento Fiscal, com o solicitado pela Procuradoria, a ASTEC, instada a intervir no processo, em Parecer de fls. 270/274, conclui não ser possível atender o quanto solicitado pela PGE/PROFIS, tanto por razões técnicas quanto por razões legais. As razões técnicas são a falta do conhecimento de todas as mercadorias envolvidas no contexto do processo, ou seja, as existentes no estoque inicial e no estoque final, bem como as referentes a

todas as entradas e saídas. As razões legais estão diretamente ligadas à forma especial de tributação dos estabelecimentos usuários de máquina registradora, pois de acordo com as normas estabelecidas nos artigos 743 e 744 do RICMS/96 e 97, todas as saídas devem se sujeitar à alíquota de 17%, ainda que sejam de mercadorias da cesta básica ou objeto de isenção, não incidência, etc..., tendo os usuários o direito de efetuar compensações através de estornos de créditos e de débitos no Livro de Apuração do ICMS.

Intimadas a tomar ciência do resultado da diligência, as partes não se manifestaram.

A PGE/PROFIS, acatando o contido na diligência, após análise, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Em 24/03/2003, mais uma vez quando da assentada de julgamento, a Câmara de Julgamento Fiscal decidiu por nova diligência a ASTEC, solicitando que designasse fiscal estranho ao feito para que intimasse a Empresa a apresentar os Livros de Registro de Inventário dos períodos fiscalizados, bem como as notas fiscais de entradas e principalmente as fitas detalhes e as notas fiscais de saídas do referido período, sendo que, se a Empresa não apresentasse as fitas e as notas de saídas, deveria o auditor designado refazer os cálculos do arbitramento, levando em consideração os estoques finais e iniciais dos períodos fiscalizados. Ao término dos trabalhos deveriam ser intimadas as partes para tomar conhecimento das conclusões.

Às fls. 281/284, do processo, foi anexada manifestação da Empresa ainda relacionada à diligência solicitada pela Procuradoria, onde, discordando da conclusão do revisor de que não havia condições técnicas para separar as mercadorias por faixa de alíquotas, afirma não poder ser punida a arcar com carga tributária superior à real, já que comercializa, preponderantemente com produtos da cesta básica, tributados sob a alíquota de 7%. Ao final o contribuinte pede seja o Auto de Infração julgado nulo ou improcedente.

Em resposta à nova solicitação da Câmara de Julgamento Fiscal, auditor designado pela ASTEC, o mesmo que atuou na revisão solicitada pela Procuradoria, em trabalho anexado às fls. 286/307, inicialmente rebate as razões da Empresa contidas na manifestação de fls. 281/284, ratificando o teor do seu Parecer anterior, especialmente quanto à impossibilidade, tanto técnica quanto legal, de se aplicar alíquotas distintas da de 17% à base de cálculo apurada, tendo em vista a legislação tributária e a forma especial de tributação a que se submetia o autuado, usuário de máquina registradora, a Empresa, salientando, ainda, que o contribuinte deveria trazer aos autos os ajustes que imagina possíveis, para análise da Câmara. Diz ainda o revisor que a Empresa, no que se refere ao direito de efetuar eventuais compensações de débito/ crédito, por meio de estorno de débito, deve ser o mesmo pleiteado nos termos da legislação tributária em vigor, para que possa ser devidamente apreciado pela SEFAZ. Quanto à diligência, o auditor, após afirmar que o contribuinte não apresentou todos os documentos solicitados, refez os cálculos relativos ao arbitramento, levando em consideração os estoques iniciais e finais, referentes aos períodos fiscalizados, concluindo que o débito do período de 1996, que no lançamento era de R\$54.974,11, seria de R\$25.447,84 e o do período de 1997, que era de R\$69.190,61, seria de R\$57.218,33.

Intimados a se pronunciar sobre o resultado da diligência, como consta das fls. 308/310, o autuante limitou-se a apor seu ciente e a Empresa não se manifestou.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 312/313, após reafirmar que o arbitramento está amplamente justificado, devido à falta de apresentação, por parte do contribuinte, dos documentos fiscais e livros fiscais, indispensáveis aos roteiros convencionais de fiscalização, opina pelo Provimento Parcial do Recurso, acatando integralmente os cálculos apresentados pela ASTEC.

## **VOTO (VENCIDO QUANTO ÀS 1ª e 2ª PRELIMINARES DE NULIDADE)**

Inicialmente, analisarei as preliminares de nulidade suscitadas pelo contribuinte.

A primeira e a segunda tratam das questões que envolvem as datas de lavratura do Termo de Fiscalização, dos Demonstrativos de Débitos e do Auto de Infração propriamente dito, além das intimações e da motivação para aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto. Da análise dos fatos verificasse que:

1 – A intimação constante da fl. 11 do processo, recebida por Fábio Figueiredo, em 30/07/01, foi desqualificada pela Empresa, que já estava fechada a mais de dois anos. Da análise do referido documento constatei que há nele o número 508143/01, que é da Ordem de Serviço, escrito à mão. Confrontando tal número com o constante do Termo de Início de Fiscalização, de fl. 09 do processo, verificasse que não confere, pois o ali escrito dá conta de OS nº 508138/01. Isso a meu ver significa que a intimação datada de 30/07/01, não pode ser parte integrante deste processo. Desse modo resta, a meu ver, a apreciação dos documentos e dos fatos a partir do Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos cujo recebimento, reconhecido pela Empresa, data de 14/09/01, dando prazo de 48 horas para que apresentasse o quanto ali solicitado pelo autuante. É de se registrar que o Termo de Início de Fiscalização data do mesmo dia; o Termo de Fiscalização, rasurado na data, que era 27/09/01, passou para 21/09/01; o Auto de Infração levou data de 26/09/01 e os “demonstrativos”, onde deve se basear o Auto de Infração, anexados às fls. 06 e 07, datam, sem rasuras, de 28/09/91. De tudo isso restam como conclusões: a) a Empresa não teve o tempo necessário, se considerarmos os argumentos de que estava fechada a mais de dois anos, fato não contestado pelo autuante, para apresentar o quanto solicitado pois a intimação válida data de 14/09/01 e o Auto de Infração foi lavrado em 26/09/01, doze dias após intimada; b) o Auto de Infração foi lavrado antes da elaboração dos demonstrativos onde se deveria basear, o que é totalmente irregular, pois contraria frontalmente o disposto no artigo 28, parágrafo 4º do RPAF; c) o Termo de Fiscalização está rasurado na data, o que também é totalmente irregular; d) o autuante, se formos levar em consideração que o dia 14/09/01 era sexta-feira, o que daria direito à Empresa de apresentar o quanto solicitado até o dia 18/09/01, elaborou todo o seu trabalho em apenas oito dias corridos, contando aí o tempo gasto para se deslocar até Irará, o que se pode considerar como pouco tempo para a devida análise dos documentos da Empresa e se decidir por um arbitramento da base de cálculo, fato que talvez motivasse o próprio autuante a sugerir ao CONSEF, o que para mim soa como “descargo de consciência”, que retornasse o processo em diligência para que um fiscal estranho ao feito pudesse intimar a Empresa a fim de comprovar a disponibilidade dos Livros e Documentos fiscais em condições de serem utilizados pela fiscalização; e) o arbitramento da base de cálculo deve ser feito após ser efetivamente constatada a sonegação fiscal e o autuante, no Termo de Fiscalização, afirmou que decidiu pelo arbitramento “diante das evidências de sonegação fiscal”, o que não é possível, pois a momentânea falta de apresentação de livros e documentos não é sinônimo de sonegação fiscal, não havendo nada no processo que nos leve a concluir que, efetivamente, como exigido pela Norma, houve sonegação por parte do autuado.

Diante de tudo quanto foi exposto entendo, de acordo com o artigo 18, II, III e IV do RPAF/99, que o Auto de Infração é NULO e, por isso, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, quanto às preliminares suscitadas, para que se reforme a Decisão Recorrida.

Quanto à outra nulidade suscitada, referente à exigência da escrituração contábil, não prospera pois as normas do Fisco Federal não devem ser confundidas com as do Fisco Estadual.

Quanto ao mérito, entendo que, finalmente, a última diligência solicitada, esclareceu o assunto, pois deu à Empresa a chance de apresentar todos os documentos necessários à comprovação de que o arbitramento era desnecessário. No entanto, o apresentado pelo contribuinte permitiu apenas a revisão dos cálculos pois, finalmente, foram considerados os estoques iniciais e finais contidos nos Inventários apresentados. A aplicação do método do arbitramento, portanto, se mostrou necessário pois o contribuinte não apresentou as notas fiscais de entradas nem as de saídas ou as fitas detalhes que foram solicitadas. Diante de tudo quanto consta da diligência, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para que se reforme a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

**VOTO VENCEDOR QUANTO AOS ITENS 1 E 2 DAS PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELO RECORRENTE.**

Com a devida vênia para divergir do entendimento consignado em seu Voto pelo ilustre Conselheiro Relator do presente PAF no tocante aos itens 1 e 2 das preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo.

Quanto a primeira preliminar, vejo que esta já foi objeto de análise no julgamento realizado na 1ª Instância, no qual, de forma correta e bem fundamentada, foi afastada, sendo que, em fase que antecedeu aquele julgamento, foi reaberto prazo para que o recorrente se manifestasse a respeito dos documentos juntados pelo autuante. Não resta dúvida que se trata de uma irregularidade meramente formal e que foi plenamente sanada.

É de se registrar, ainda, que consta nos autos intimação regular para apresentação dos livros e documentos fiscais, Termo de Início da Fiscalização e Ordem de Serviço, também regular. Apesar dos demonstrativos constarem data posterior a da lavratura do Auto de Infração, os mesmos foram entregues ao recorrente, sendo-lhe concedido prazo regulamentar para manifestação, não ensejando qualquer cerceamento ao seu mais amplo direito de defesa. Aliás, a falta de apresentação dos documentos fiscais indicados nos autos, implica na adoção do arbitramento da base de cálculo, independentemente da “constatação de sonegação fiscal”.

No que tange a segunda preliminar, isto é, falta de motivação para o arbitramento da base de cálculo, as próprias diligências realizadas ratificam a correção do procedimento fiscal, posto que, livros e documentos fiscais imprescindíveis à execução da fiscalização deixaram de ser apresentados ao Fisco, conforme comprova o documento à fl. 297 dos autos. Desta forma, não há como se sustentar a nulidade suscitada.

Por fim, no tocante a terceira preliminar de nulidade e quanto ao mérito, acompanho o entendimento do Conselheiro Relator e, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário para que seja exigido o imposto na forma demonstrada pela ASTEC à fl. 292 dos autos.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206924.0007/01-6, lavrado contra **COMERCIAL PINTO LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$ 82.666,17**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES QUANTO AOS ITENS 1 E 2 DAS PRELIMINARES DE NULIDADE: Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS QUANTO AOS ITENS 1 E 2 DAS PRELIMINARES DE NULIDADE: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO ITENS 1 E 2 DA PRELIMINAR

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – VOTO VENCEDOR – ITENS 1 E 2 DA PRELIMINAR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. PGE/PROFIS