

PROCESSO	- A.I. Nº 102104.0016/01-1
RECORRENTE	- MERCANTIL DE DOCES PIONEIRO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0601/01
ORIGEM	- INFRAZ BONOCÔ
INTERNET	- 06.10.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0084-12/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Preterição do direito de defesa, por não ter sido juntado ao Auto de Infração as cópias das notas fiscais que serviram de base ao levantamento. A descrição dos fatos diverge do enquadramento legal, posto que, o procedimento fiscal apesar de referir-se a arbitramento de base de cálculo, indica a exigência de imposto por substituição tributária. Decisão modificada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$68.164,66 em razão arbitramento da base de cálculo para mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, utilizando-se dos percentuais previstos no anexo 88, nos termos do art. 938, I, “f” do RICMS/97, em virtude de falta de apresentação ao fisco de documentos fiscais e contábeis.

O contribuinte apresentou defesa, preliminarmente, alegando cerceamento de defesa diante de equívocos cometidos pela fiscalização, em face da falta de justificativa para o arbitramento da base de cálculo, porque como optante do regime SIMBAHIA está dispensado de escriturar livros de Registro de Entradas, Saídas, de Apuração do ICMS e contábeis; e questionou a respeito de como o autuante atribuiu valores, se não teve acesso à documentação fiscal, qual a alíquota e o valor agregado incidentes nas mercadorias, quais as notas que embasaram o demonstrativo e quais as provas de que tais valores foram gerados pelo estabelecimento autuado. Pediu a nulidade do Auto de Infração ou a revisão fiscal.

O autuante, em informação fiscal, disse que o autuado negocia com os produtos relacionados no item 7 do anexo 88 e a margem de valor agregado foi obtida no referido anexo. Sobre as notas fiscais e seus valores, que estão listados no programa CFAMT da SEFAZ e os valores foram gerados para o estabelecimento autuado. Disse que cabe a este apresentar provas de que as mercadorias listadas não foram fornecidas de fato para a empresa.

A 2ª JJF votou pela procedência do Auto de Infração, estando consignado em ser corpo um voto discordante afirmando que, segundo o art. 937 do RICMS/97, para a utilização do arbitramento da base de cálculo necessário se faz que se prove a prática de sonegação fiscal pelo contribuinte e cumulativamente à impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo. Assim, disse que, da análise dos autos, não restou comprovado que o contribuinte tenha sonegado imposto, pois apuração de débito por meio de arbitramento não faz tal comprovação, pois esta

prática precisa ser provada antes da aplicação do método e após ou por intermédio deste. Aduziu que a inversão não obedece à regra do citado artigo.

Além disso, verificou que os elementos materiais que fundamentam a acusação não estão no PAF, pois a exigência tem por base a relação das notas fiscais em relatório do CFAMT, porém essas notas não estão acompanhando o demonstrativo nos autos o que caracteriza cerceamento de defesa. Atestou que o autuante não deu mostras de que tivesse posse dessas notas e que o autuado tem o direito de conhecê-las para a produção da defesa. Por isso, entendeu, anteriormente, a conversão do PAF em diligência para a juntada das referidas notas e, como isto não foi feito, votou pela nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, II, do RPAF/99.

O voto vencedor, por sua vez, pugnou pela procedência do Auto de Infração. Entendeu que o autuado, intimado para a apresentação dos livros fiscais e contábeis, como sujeito ao regime do SIMBAHIA, teria esta obrigação limitada a apresentação do livro de Inventário, além de DAEs consignando as notas fiscais objeto da antecipação tributária e das DMEs, correspondentes às DMAEs, devido a sua condição cadastral acima mencionada. Como não foram apresentados, ensejaram ao preposto fiscal a aplicação do arbitramento, com base no art. 937, I, do RICMS/97, utilizando-se o método previsto no art. 938, I, “f” do mesmo diploma, haja vista a atividade do autuado no comércio de doces. Assim, entendeu que não houve cerceamento de defesa e que o procedimento do autuante foi aplicado dentro dos requisitos legais, cabendo ao autuado a apresentação dos documentos fiscais para se desvincilar da autuação, e provar a existência de alguma nota fiscal que entenda não corresponder com a realidade dos seus negócios.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, preliminarmente, alegando a nulidade do Auto de Infração, em nome do princípio do “due process of law”, uma vez que a Decisão recorrida se baseou em mero demonstrativo, sem a existência de elementos complementares ao lançamento original, e sem a sua regular ciência sobre todos os demonstrativos anexados aos autos, em especial, a relação das notas fiscais que correspondiam à lista do CFAMT, o que fere o art. 46 do RPAF/99.

No mérito, afirma que a autuação não corresponde com a verdade dos fatos, porque a falta de apresentação dos livros contábeis, em especial o livro registro de inventário, não caracteriza situação autorizativa para o arbitramento da base de cálculo do imposto, conforme o art. 937 do RICMS/97, mas sim a aplicação de uma multa formal. Quanto aos demais livros, aduziu, não lhe caberia apresentar, porque submetido ao regime SIMBAHIA, e jamais manteve livros contábeis.

Do exposto, entende inadmissível a aplicação do arbitramento, pois ausentes os requisitos que o sustenta. Citou resolução deste órgão que entende ser necessário para a aplicação do arbitramento a existência de ao menos um dos seus requisitos. Disse que apresentou todos os livros fiscais, conforme cópias no PAF, mas apenas está isento de contabilidade geral por força de lei. Por fim, conclui que a mera falta de apresentação do livro registro de inventário não se confunde com fraude ou sonegação do imposto, citando súmula 76, incorporada ao STJ. Pediu a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso apresentado, porque o recorrente teve duas oportunidades de apresentar provas no sentido de descharacterizar o arbitramento e não o fez. Por outro lado, dentre as hipóteses que autorizam a utilização do arbitramento está a falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis necessários à fiscalização. Disse que está correta a utilização das informações constantes no relatório CFAMT, pois estão relacionadas todas as notas emitidas para acompanhar as mercadorias remetidas para o recorrente estando todas as notas ali mencionadas em poder do fisco estadual, as quais poderiam

ter sido juntadas aos autos se o recorrente tivesse apresentado argumentação de defesa quanto à matéria fática ou qualquer prova em contrário.

Na primeira assentada de Julgamento, esta Câmara decidiu pela realização de diligência para que a Gerencia de Trânsito juntasse as notas fiscais relacionadas no demonstrativo que serviu de base para o arbitramento.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, mas não se manifestou. Já o autuante, reiterou pela manutenção do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em novo pronunciamento, entendeu que o autuante completou o procedimento fiscal que se encontra a salvo de vícios e ratificou o Parecer anterior pelo Não Provimento do Recurso apresentado.

VOTO

O primeiro foco de discussão referente ao presente processo se localiza na fundamentação da aplicação do arbitramento da base de cálculo para determinar o montante do imposto exigido. Nesse ponto, a despeito de uma série de dispositivos que regulam o método do arbitramento, apresenta-se no art. 937 do RICMS/97 os dois requisitos indispensáveis para a sua consecução, a saber: a prova de sonegação fiscal e a impossibilidade de apuração do montante do débito por outro método.

Na autuação, o fiscal autuante completou esse comando, a partir da informação do recorrente de que não possuía documentos nem registros fiscais escriturados, com a citação do inciso primeiro do citado artigo, de seguinte teor:

“I – falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob a alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos.”

Então, para a análise do cabimento da aplicação do método do arbitramento necessário se faz o confronto do caso concreto a estes dispositivos.

Da leitura do *caput* do art. 937, verifica-se que para a realização do arbitramento, deve ser indiscutível a existência da sonegação fiscal. De maneira que essa observação vincula o procedimento fiscalizatório. Assim, o autuante deve demonstrar a falta de recolhimento afirmada no Auto de Infração.

Para isso, tendo em vista a informação do recorrente de não possuir documentos nem registros escriturados, utilizou-se do art. 938, I, “f” do citado diploma legal. Contudo, o citado artigo não dá azo a constatação da sonegação fiscal, pois se refere a uma das formas para a realização do arbitramento. O texto do *caput* é *“O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:”*.

Além desses dados, há um relatório de notas fiscais para antecipação do imposto, que fundamentou o demonstrativo de débito, porém as notas não foram juntadas aos autos. Motivo pelo qual também não tem o condão de demonstrar a sonegação fiscal, pois a ausência dessas notas provoca a impossibilidade de identificação da natureza dos produtos nelas consignados, o que prejudica a formação do convencimento do julgador e a produção de defesa do contribuinte.

Verifico, portanto, que em nenhum momento da fiscalização expressada nos elementos constantes dos autos, o autuante consubstanciou a sonegação fiscal, de forma que não atendeu este requisito para a aplicação do arbitramento da base de cálculo.

Ademais, o arbitramento também está adstrito à exigência do requisito da impossibilidade de apuração do real montante do débito e a sua verificação, no caso em comento, está relacionada com a fundamentação legal do inciso I, do art. 937, sobre o qual se assenta a autuação. O autuante enquadrou o caso concreto ao inciso I diante da ausência de apresentação dos livros fiscais e contábeis. Porém, o recorrente justifica tal ausência, uma vez que está submetido ao regime do SIMBAHIA e a legislação, inclusive conforme Decisão recorrida, o exonera da manutenção destes livros, somente o obrigando a apresentar o livro Registro de Inventário. Portanto, o referido enquadramento, o qual fundamenta o requisito da impossibilidade de apuração do montante real do débito, apenas se apegue à falta de apresentação do livro Registro de Inventário.

Todavia, esse fato, isoladamente, não impossibilita a constatação do montante real do débito. A falta de apresentação do livro Registro de Inventário não se enquadra na hipótese do inciso I do art. 937, nem em nenhuma outra constante nesse artigo, portanto, por si só, não fundamenta a aplicação do método de arbitramento, nem impede a utilização de outros meios de apuração do montante real do débito.

Por outro lado, o fato narrado é incompatível com a acusação. Na verdade, inexiste o arbitramento, o demonstrativo, às fls. 7 e 13, indica a exigência de substituição tributária, porém sem a devida comprovação, que poderia ser realizada com a juntada das respectivas cópias das notas fiscais.

Assim, verifico pelo menos duas situações previstas no RPAF para julgar NULO o Auto de Infração, quais sejam: no art. 18, II, por preterição do direito de defesa, pelo fato de não ter sido apresentado ao autuado as cópias das notas fiscais que serviram de base ao levantamento; e a estabelecida no art. 19 do mesmo regulamento, posto que a descrição dos fatos diverge do enquadramento legal.

Voto, pois, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, o Auto de Infração é NULO, porém represento ao Inspetor Fazendário da circunscrição do recorrente, recomendando a repetição da ação fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 102104.0016/01-1, lavrado contra **MERCANTIL DE DOCES PIONEIRO LTDA.**, devendo ser renovada a ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS