

PROCESSO - A.I. Nº 233037.0083/02-6  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - KARMUS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0164-04/03  
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA  
INTERNET - 30.06.03

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0325-11/03**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. O levantamento fiscal efetuado não possui respaldo legal na legislação do ICMS. Infração não caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 4ª JJF, 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 7.851/00, ao Acórdão JJF n.º 0164-04/03.

No relatório da Decisão recorrida consta o seguinte:

*“O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/02, exige ICMS, no valor de R\$ 35.310,34, em razão de “Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apuradas através de Levantamento Fiscal (Anexo I), de acordo com o artigo 936 do Decreto nº 6284/97.” (SIC).*

*O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 46 a 58) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração com base nos artigos 18, IV, “a”, e 39, III, do RPAF/99, alegando que inexistem pressupostos legais para a autuação. Diz que o lançamento não possui fundamentação legal, e que as mercadorias comercializadas (confecções) não estão sujeitas a margem de lucro prefixada.*

*No mérito, o autuado afirma que sempre cumpriu as suas obrigações tributárias, que é uma empresa comercial varejista e que é optante pelo regime do SIMBAHIA. Diz que não declarou a sua margem de lucro, que o CMV da empresa era positivo, que teve lucro em suas operações comerciais e que desconhece o motivo da autuação.*

*Referindo-se aos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, especialmente os intitulados de “MIX DE VENDAS E MARGEM DE LUCRO BRUTO” (fls. 7 e 21), o autuado afirma que os mesmos não servem para justificar omissão de saída, como quer caracterizar o autuante. Diz que não foram consideradas as saídas e as entradas de mercadorias e, como prova, apresenta os Anexos 1 e 2 (fls. 96 e 104), onde relaciona uma amostra de notas fiscais de entradas e de saídas não consideradas pelo autuante. Frisa que esses anexos demonstram que os levantamentos efetuados pelo autuante são incompletos, contêm falhas, distorções e omissões que prejudicam a defesa e revelam uma situação bem diferente da real.*

*Prosseguindo em sua defesa, o contribuinte mostra como o autuante apurou o imposto que está sendo exigido no Auto de Infração. Alega que a base de cálculo do imposto foi arbitrada, sem que ele tivesse infringido qualquer dispositivo do RICMS-BA/97 que autorizasse o arbitramento. Transcreve trecho do Parecer ASTEC Nº 275/98 para embasar*

sua alegação. Frisa que a base de cálculo do imposto foi fixada por método não previsto na legislação tributária estadual. Cita farta doutrina e afirma que a base de cálculo do imposto só pode ser arbitrada nas hipóteses previstas no art. 937 do RICMS-BA/97. Em seguida, transcreve ementas de decisões deste CONSEF.

Às fls. 87 a 95, anexou aos autos fotocópias de DAEs referentes a recolhimentos efetuados. Também acostou ao processo fotocópias das notas fiscais de entradas citadas nos Anexos 01 e 02 elaborados pelo defendant. Ao final, solicita a nulidade ou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal (fls. 115 e 116), o autuante diz que não há no Auto de Infração pressupostos que justifiquem as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Quanto ao mérito da lide, afirma que a irregularidade praticada pelo autuado consistia em atribuir quantidades e valores fictícios às mercadorias arroladas no inventário. Diz que, além dessa prática de sonegação fiscal, foi constatada inconsistência no livro Razão Analítico de 2000. Cita divergências entre os valores constantes nesse livro e os informados nas DMEs. Em seguida, diz que, à fl. 118, apresentou que um questionário a ser respondido pelo autuado.

O autuante afirma que realizou “o Levantamento Fiscal considerando os estoques inicial e final, as entradas e saídas realizadas no período bem como, a margem de lucro praticada para os itens selecionados conforme demonstrativos e planilhas em anexo; encontrando uma MB – Margem Bruta de 62,01%. Diante da afirmativa do contribuinte de que sua margem bruta de venda era de 45% (quarenta e cinco por cento), optei por essa, por considera menos onerosa, que resultou nos valores ora reclamados. Esse procedimento fiscal está previsto no artigo 936 do Decreto nº 6284/97, e deve ser aplicado para se conhecer o valor real da base de cálculo e o valor do imposto devido”.

À fl. 117, apresentou um demonstrativo intitulado de “Espelho da Movimentação no Livro Razão em 2000”. Às fls. 119 a 143, acostou ao processo cópias do livro Razão Analítico do autuado.

Foi reaberto o prazo de defesa do autuado, tendo em vista os novos demonstrativos e documentos anexados ao processo quando da informação fiscal.

Nessa nova defesa (fls. 149 a 153), o autuado voltou a requer a nulidade do lançamento, por entender que inexistem pressupostos legais para a autuação. Explica que o valor exigido na autuação foi apurado multiplicando o CMV pelo TVA de 45% e, do resultando dessa operação, foi deduzido o total das saídas.

No mérito, além dos argumentos apresentados na defesa inicial, o autuado afirma que não artificializou resultados para omitir saídas de mercadorias, sendo a tese do autuante de “sub-avaliação e superavaliação” totalmente equivocada. Explica que os preços das mercadorias variam em virtude do tipo, origem, fabricante, qualidade, etc.

Frisa que os lançamentos efetuados no seu livro Razão estão corretos e de acordo com as DMEs, bastando que se observe os lançamentos efetuados. Ao final, solicita a improcedência do Auto de Infração e protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Instado a se pronunciar nos autos, o autuante afirma que os novos argumentos defensivos são desprovidos de sustentação e que em nada mudam as exigências feitas no

*Auto de Infração. Alega que o contribuinte não respondeu o questionário apresentado à fl. 118. Diz que o contribuinte está tentando procrastinar o pagamento do débito. Mantém a autuação.”*

O voto proferido pelo relator do PAF, que culminou no julgamento pela Improcedência do Auto de Infração, em Decisão unânime, foi este:

*“Inicialmente, apreciando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, constato que o Auto de Infração em lide é nulo, uma vez que não contém elementos que permitam determinar, com segurança, a infração e o montante do débito tributário. A acusação é vaga e imprecisa e o método empregado não possui amparo legal. Dessa forma, conforme prevê o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, é nulo o presente lançamento, não sendo possível suprimir os vícios existentes no processo mediante a realização de diligência saneadora.*

*Todavia, com fulcro no disposto no parágrafo único do art. 155 do RPAF/99 (acrescentado pelo Decreto nº 8.001/01), adentro no mérito da lide para declarar que o presente Auto de Infração é improcedente, conforme passo a demonstrar.*

*Analizando os demonstrativos apresentados pelo autuante (fls. 6 a 30), constato que a metodologia utilizada, além de não prevista na legislação tributária estadual, não comprova a ocorrência de operação de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão da devida documentação fiscal. A auditoria realizada está baseada no pressuposto de que o autuado apresentou uma margem de lucro bruto de 45%. Porém, como as mercadorias objeto da ação fiscal (confecções) não estão sujeitas a controle de preço, não há amparo legal para a utilização de qualquer margem de lucro no levantamento.*

*O fato de o inventário estar sub-avaliado não serve para caracterizar, por si só, a omissão de saída de mercadorias. Entendo que a presente ação fiscal poderia ser utilizada como um indício de irregularidade, a qual deveria ser investigada por meio de roteiros de auditoria fiscal capazes de detectar e caracterizar a infração.*

*Considerando que os demonstrativos apresentados pelo autuante não comprovam a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, entendo que não está caracterizada a infração imputada ao autuado e, em consequência, é improcedente o lançamento.*

*Pelo acima exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

## VOTO

Corroboro, integralmente, com o pensamento dos membros da 4<sup>a</sup> JJF, quando concluíram que o presente Auto de Infração, inicialmente, seria Nulo.

O que se vê nos demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 6 a 30, é que o mesmo efetuou o “arbitramento” da base de cálculo, respaldado no art. 936 do Decreto n.<sup>º</sup> 6.284/97.

Digo “arbitramento”, porque, segundo o “Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa – Versão 3.0” (disponível na rede de computadores desta SEFAZ), arbitrar significa determinar, fixar (quantia) por arbítrio, e foi, exatamente, o que ocorreu neste caso, pois o autuante partiu de um percentual fixo de margem de lucro (45 %) para apurar uma possível omissão de saída.

Vejamos o que nos diz o art. 936 do RICMS/97 – e não do Decreto n.<sup>º</sup> 6.284/97 – em que o autuante procura socorro:

*“Art. 936. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final, os serviços tomados ou, conforme o caso, prestados pelo estabelecimento, as despesas e encargos do contribuinte, o lucro auferido, e outros elementos, dados ou informações concernentes às atividades do contribuinte ou responsável.”*

O meu entendimento é que este artigo só vem definir o que seria um levantamento fiscal, e quais os dados a serem utilizados, “*a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido*”, sendo que, jamais, autorizou a adoção do arbitramento da base de cálculo sem que se cumpra os precedentes contidos no art. 937, e, além disso, este levantamento deve seguir a metodologia prevista no art. 938, do mesmo Regulamento.

A Câmara Superior deste Conselho de Fazenda Estadual editou as Súmulas nº 4 e 5, que trago à baila, por caracterizarem, indubitavelmente, a nulidade da presente ação fiscal:

#### **CÂMARA SUPERIOR**

##### **SÚMULA CONSEF Nº 04**

**ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DISTORÇÃO NA CONTA “MERCADORIAS”. INDÍCIO DE VENDA DE MERCADORIAS POR PREÇO ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.** A verificação de prejuízo no resultado com mercadorias ou a constatação de distorções no custo de mercadorias vendidas que inclusive impliquem “custo negativo” constituem indícios de possível subfaturamento ou de omissão de lançamento de operações mercantis, não se encontrando essas situações elencadas na lei como pressupostos para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS.

#### **CÂMARA SUPERIOR**

##### **SÚMULA CONSEF Nº 05**

**ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO.** Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Entretanto, arrimado no Parágrafo único, do art. 155, do RPAF/99, trilharei o mesmo caminho da 4ª JJF e apreciar o mérito da autuação, pois, no meu conceito, esta é improcedente.

De fato, a metodologia utilizada, além de não prevista na legislação tributária estadual, não comprova a ocorrência de operação de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão da devida documentação fiscal, pois, como ressaltou o relator da Decisão recorrida, não sendo as mercadorias objeto da ação fiscal (confecções) sujeitas a controle de preço, não há amparo legal para a utilização de qualquer margem de lucro no levantamento.

Desta forma, concluo que foi correto o entendimento manifestado no julgamento de 1ª Instância, ora em reexame, que não carece de qualquer ressalva, e o meu voto, portanto, é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para homologar a Decisão recorrida.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, para homologar a Decisão Recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233037.0083/02-6 lavrado contra **KARMUS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ