

PROCESSO - A.I. N° 206881.0017/02-4  
RECORRENTE - DE CHAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0121-02/03  
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI  
INTERNET - 09.07.03

## 1ªCÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF N° 0349-11/03

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NOTA FISCAL CONSTANDO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO DIVERSO DO CREDITADO. Infração caracterizada. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ERRO NA ALÍQUOTA APLICADA. b) REGISTRO DE OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Exigências devidamente comprovadas. 3. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de alterar o julgado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/02, exige o imposto de R\$ 942.049,31, consoante documentos às fls. 10 a 332 dos autos, em razão:

1. da utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$1.634,30, referente à Nota Fiscal nº 2167, emitida em 21/09/01, destinada a outro estabelecimento comercial do contribuinte;
2. do recolhimento a menos do ICMS, no montante de R\$ 3.139,95, inerente ao exercício de 2001, decorrente da alíquota de 7% no livro Registro de Saída, quando das transferências interestaduais de mercadorias;
3. do registro de operações tributadas como não tributadas, no período de abril de 2000 a janeiro de 2001, com ICMS exigido no valor de R\$ 979,89, tendo em vista que o contribuinte, usuário de ECF, cadastrou mercadorias tributáveis como isentas ou não tributáveis, o que é incompatível com sua atividade de comércio varejista de artigos do vestuário;
4. da falta de recolhimento de imposto, apurado mediante arbitramento da base de cálculo, pelo método CMV, relativo aos exercícios de 2000 e 2001, nos valores de R\$ 255.374,25 e R\$ 680.920,92, respectivamente, em virtude da:
  - falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, após cinco intimações, relativo as notas fiscais de entradas e de saídas, fita detalhe, leitura “X” e “Z” e arquivos magnéticos, inviabilizando apurar o montante da real base de cálculo do imposto através dos métodos convencionais;
  - da constatação de prejuízo na conta de mercadorias tributáveis, evidenciando omissão de saídas;

- da falta de recolhimento do ICMS normal parcelado, e
- da sua inscrição estadual encontrar-se cancelada por não mais exercer sua atividade.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 335 a 355 do PAF, limita-se apenas a contestar a exigência relativa ao arbitramento da base de cálculo do ICMS, sob a alegação de que se trata de método *presuntivo*, não podendo nem devendo prosperar, pois os documentos não foram apresentados por estar, a maioria deles, à disposição do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, consoante fls. 356 a 396, onde tramita ação de concordata preventiva requerida pelo autuado em maio de 2002.

Assim, entende o recorrente que o dispositivo legal tido como infringido não serve para amparar o arbitramento, pois: os documentos se encontram em poder do Juízo da concordata, não ocorrendo perda, desaparecimento, extravio ou sinistro, e foram todos devidamente escriturados.

Registra que o arbitramento, presumindo a ocorrência de omissão de saídas tributadas, tende a atingir a sua nulidade absoluta, do que reproduz na íntegra o Acórdão JJF nº 1896/00, neste sentido.

Em seguida, cita legislação, doutrina e julgados sobre base de cálculo e garantias do contribuinte, para afirmar que as vendas foram realizadas com prejuízo, em razão da necessidade de caixa para cobrir despesas, diante das dificuldades financeiras enfrentadas pelo contribuinte, o que não justifica a tributação com base em presunção do fisco de que houve omissão de saídas tributadas. Ressalta que a prova dessa situação é a concordata preventiva, do que reproduz Acórdão da CJF de nº 0001/99, que julgou nulo o Auto de Infração relativo a arbitramento decorrente de prejuízo na conta Mercadorias.

Por fim, entende o defendant que o lançamento é Nulo, por ter tomado as vendas com prejuízo como diferença decorrente de sonegação – omissão de registro de saída – o que não é verdade.

A autuante, na sua informação fiscal, às fls. 420 a 425, ratifica a autuação, ressaltando que se equivocou o autuado ao interpretar que o item “4” do Auto de Infração se refere à omissão de saídas de mercadorias tributadas levantadas através de prejuízo nas vendas, pois o mesmo refere-se ao arbitramento da base de cálculo.

Registra que o argumento defensivo para a falta de apresentação dos documentos fiscais não procede, pois os documentos que faltaram entregar à fiscalização não constavam dos itens arrecadados pelo cartório, uma vez que só consta como entregues em cartório os livros fiscais e comerciais da empresa (fls. 374 a 396 do PAF), não tendo sido entregue nenhuma nota fiscal de compra ou de venda, bem como as leituras “X” ou “Z” do ECF e os arquivos magnéticos.

Em seguida relata que deixando de apresentar tal documentação, após cinco intimações neste sentido, o contribuinte inviabilizou o roteiro de Auditoria de Estoque, já que a Auditoria das Contas do Ativo e do Passivo não havia possibilidade de se proceder, tendo em vista tratar-se de filial do total de 72 lojas e estando a contabilidade centralizada em São Paulo.

Assim, não sendo possível apurar o montante real da base de cálculo do imposto e diante dos fortes indícios de sonegação fiscal (fls. 280 a 294), onde se verificou prejuízo na conta mercadorias, só restou a adoção da medida do arbitramento da base de cálculo.

Por fim, ressalta que o contribuinte não apresentou provas de que vendia a preço inferior ao custo e que o pedido de nulidade com base nas alegações do autuado não está previsto nos dispositivos regulamentares.

A 2ª JJF do CONSEF após analisar as peças processuais fundamenta e prolata o seguinte voto:

*“O Auto de Infração fora lavrado para exigir imposto referente a diversas infrações, das quais o contribuinte insurge-se apenas contra a exigência do imposto apurado através do arbitramento da base de cálculo do ICMS, relativo aos exercícios de 2000 e 2001. Assim, acatou, tacitamente, as demais exigências, uma vez que não foram objeto de impugnação.*

*Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, diante das seguintes considerações:*

*O arbitramento, único ponto impugnado, foi aplicado, em último Recurso pela autuante, após cinco intimações ao sujeito passivo para apresentação de documentos fiscais, necessários à fiscalização para homologação dos lançamentos efetuados pelo contribuinte, através dos meios convencionais.*

*Observa-se, à fl. 332 dos autos, que não foram disponibilizados os seguintes documentos:*

- *Notas Fiscais de Aquisição de mercadorias (todas do exercício de 2000 e de 12/01);*
- *Notas Fiscais de Saídas de mercadorias (todas do exercício de 2000; 02/01; 04/01 e 05/01);*
- *Leitura X ou Z (todas do exercício de 2000);*
- *Fita - detalhe (de 02/00 à 05/00; 08/00 à 11/00; 03/01; 06/01; 08/01; 09/01 e 11/01), e*
- *Arquivos magnéticos (exercícios de 2000 e 2001)*

*Alega o defendente que tal documentação encontrava-se em poder do Juízo da concordata, o que não se confirma ao cotejar a relação da documentação entregue em Cartório, constante às fls. 374 a 396 dos autos, as quais só se reportam a entrega de LIVROS FISCAIS.*

*Também, em suas razões de defesa, aduz que, face a necessidade de caixa para cobrir despesas, vendia a preço inferior ao custo, porém, não apresenta qualquer prova de sua alegação.*

*Assim, restou provado que o autuado, incorreu na prática de sonegação do imposto, inclusive relativo às infrações tacitamente acatadas, e que, em momento algum, justificou a falta da apresentação da documentação solicitada reiteradas vezes, conforme provam as intimações, inviabilizando a apuração do montante real da base de cálculo do imposto pelos meios convencionais, a exemplo da Auditoria do Estoque e, consequentemente, de homologar os lançamentos escriturados pelo contribuinte, inerentes aos referidos exercícios, sendo justificada a aplicação do Recurso do arbitramento da base de cálculo do ICMS, já que foram atendidos os requisitos legais para o método adotado, de cujo imposto apurado foi deduzido os valores exigidos e acatados, conforme observações à fl. 4, a fim de não ocorrer duplidade dos valores.*

*Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE.”*

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0121-02/03.

Após fundamentar a interposição do recurso, protesta pela sustentação oral, para a qual deverá ser intimada.

A seguir transcreve a Ementa do Acórdão recorrido e a parte do voto quanto ao tema do arbitramento da base de cálculo. Destaca os princípios ou regras constitucionais que devem ser obedecidos nas pretensões fiscais no campo do direito tributário. Afirma que o arbitramento é um percentual que não representa o valor real da operação, e a pretensão de cobrança de imposto segundo tal fórmula, jamais atendeu ao princípio da legalidade, sem o qual, no Brasil não pode ser cobrado imposto (art. 150, I, da CF; 3º e 97, I e II do CTN).

Repete integralmente suas afirmativas quanto ao arbitramento, apresentadas na peça defensiva anterior, e apresenta cópia do Acórdão JJF nº 1896/00, cujo relator foi o Consº José Bezerra Lima Irmão sobre a questão do arbitramento.

Afirma que o lançamento fiscal em questão decorreu de presunção, pois exprime dedução, conclusão ou a consequência, que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato conhecido ou duvidoso.(Vocabulário Jurídico , de Plácido e Silva – Forense, 4ª edição, 1975, pág. 1.215). A seguir apresenta uma profunda aula sobre o tema presunção legal.

Comenta sobre a questão do arbitramento, apresentando diversos julgados e citando o CTN, a Lei Complementar nº 87/96, os Artigos 150, II, e 152 da CF, pronunciamento do STF, e ensinamentos do Prof. Roque Antonio Carraza e do também Prof. Geraldo Ataliba.

Afirma que não teve sensibilidade a Fazenda Pública Estadual para reconhecer que suas vendas nos exercícios glosados, se deram com prejuízo, em face de vários fatores apresentados, e na fórmula utilizada para apurar o custo das mercadorias, concluiu que o prejuízo de RS2.118.161,69, correspondia às vendas sem notas, com sonegação do ICMS sobre elas incidente.

A prova da real situação ocorrida é a concordata preventiva requerida pela matriz em maio de 2002 e deferida em outubro de 2002, o que demonstra que vendas com prejuízo não podem justificar a tributação com base em presunção de que houve omissão de saídas tributadas.

Finalmente, apresenta transscrito o Acórdão CJF nº 0001/99 no que tange à questão prejuízo/arbitramento, em sentido contrário ao afirmado pela Decisão atacada de que não provou o recorrente ter vendido mercadoria com prejuízo na conta Mercadoria contrária à evidência dos fatos.

Anexa seu balanço apurado quando do pedido de concordata, conceitua o que é uma concordata, para a seguir afirmar que todos os livros e documentos fisco-contábeis estão à disposição do fisco baiano nos autos da concordata. Contesta a afirmativa de que todas as notas fiscais não foram arrecadadas, pois todas estavam à disposição do fisco que se negou a deslocar-se até o local onde poderiam ser encontrados os documentos requeridos.

Espera neste momento em que a concordata foi deferida, que o fisco baiano em busca da verdade material, (diligencie) no sentido de se comprovar com quem está a verdade.

Requer o cancelamento do lançamento fiscal, e caso isto não seja possível, que seja transformado o julgamento em diligência para as verificações devidas, com a certeza de que a conclusão não será outra.

A PGE/PROFIS analisa as razões recursais, as quais afirma serem, praticamente, os mesmos argumentos já apresentados e exaustivamente apreciados pela Decisão recorrida, e que o arbitramento questionado se deu, após sucessivas intimações ao contribuinte, para a apresentação dos documentos fiscais indispensáveis à apuração do imposto através dos meios convencionais. O recorrente não logra justificar a falta de apresentação dos documentos fiscais, nem tampouco comprova a efetiva venda de mercadorias com preço inferior ao custo, o que em verdade apenas reforça o acerto do procedimento fiscal pautado nos termos da legislação tributária vigente.

## VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer da PGE/PROFIS exarado as fls. 460 e 461 deste Processo Administrativo Fiscal.

O recorrente repete integralmente as razões já apresentadas anteriormente e analisadas detalhadamente pela 2<sup>a</sup> JJF no seu voto, o qual, consta inclusive do relatório.

Nas razões deste Recurso Voluntário são apresentadas decisões que decidiram pela nulidade do procedimento fiscal, óbvio que em situações distintas com nuances próprias de cada processo, porém, não foi apresentada nenhuma preliminar de nulidade, logo nada temos para comentar.

Quanto ao arbitramento contestado, a 2<sup>a</sup> JJF já explicitou em seu voto que não foram disponibilizados os documentos constantes da fl. 332 dos autos, os quais, não constam da relação da documentação entregue ao Cartório de fls. 374 a 396 deste processo.

Não apresenta o recorrente nenhum demonstrativo que comprove algum erro ou equívoco cometido pelo autuante, nem nenhuma afronta aos roteiros de fiscalização ou formalidades legais previstas.

Afirma que operou os exercícios glosados com prejuízo nas operações realizadas, porém, justifica esta situação com a concessão da concordata, o que não comprova suas afirmativas pois, vários outros fatores também levam a uma concordata. Teria que demonstrar em separado esta ocorrência e em momento próprio.

Por concordar integralmente com os fundamentos da Decisão recorrida, com o opinativo da PGE/PROFIS, e não vislumbrar neste processo qualquer fato ou fundamento que possa modificar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206881.0017/02-4, lavrado contra **DE CHAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$942.049,31**, sendo R\$256.288,50, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60%, sobre R\$914,25 e 100%, sobre R\$255.374,25, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “a” e IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$685.760,81, acrescido das multas de 60%, sobre R\$4.839,89 e 100%, sobre R\$680.920,92, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “a” e VII, “a” e IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS