

**PROCESSO** - A.I. Nº 087015.0138/02-6  
**RECORRENTE** - UDMAX ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0359-03/03  
**ORIGEM** - INFAZ – ITAPETINGA  
**INTERNET** - 16.12.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0673-11/03

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento para adotar as medidas cabíveis ao caso. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/01/2003, exige ICMS no valor de R\$55.632,50, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação de documentação fiscal e contábil, sob alegação de sua perda e destruição em uma inundação ocorrida em sua matriz em Ibicaraí-Ba.

O autuado apresenta defesa, às fls. 531 a 537 dos autos, inicialmente alegando que houve cerceamento de defesa em virtude do não fornecimento das notas fiscais, quando do encerramento da ação fiscal, obtidas junto ao CFAMT, para que fosse possível junto aos seus Fornecedores, averiguar a veracidade das suas transações comerciais. Alega em segunda preliminar de nulidade que estando inscrito na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte não estaria obrigado a apresentar documentação fiscal e contábil. Como última preliminar entende que não caberia a utilização do arbitramento e que lhe foi podado o prazo para apresentação de defesa. Requer a nulidade da Ação Fiscal ou, alternativamente, que lhe seja devolvido o prazo para complementação da defesa.

O autuante na sua informação fiscal às fls. 558 a 559, rebate as preliminares de nulidade, e no mérito diz que o art. 408 do RICMS/97 prevê que se o contribuinte não dispuser dos elementos necessários e pertinentes à determinação da base de cálculo do imposto poderá ser aplicado o arbitramento.

### JULGAMENTO DA 1ª INSTÂNCIA

Em pauta complementar a 3ª JF determinou que o PAF fosse convertido em diligência a INFAZ de origem, para que fossem fornecidas ao recorrente cópias das notas fiscais obtidas junto ao CFAMT e a reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

Em seguida julga o Auto de Infração, cujo VOTO é transcrito a seguir:

*“Inicialmente observo que o Auto de Infração em lide está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18 do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada e a alegação de cerceamento de defesa, do contribuinte, não pode ser aceita, tendo em vista que o mesmo já tinha recebido cópia de todos os documentos fiscais (fls. 01 a 520) no dia 02/04/03, antes mesmo da interposição de sua impugnação (07/04/03), conforme recibo à fl. 529, assinado pelo Sr. Manoel Geraldo Sousa, sócio cotista da empresa.*

*Mesmo tratando-se de contribuinte inscrito na condição de empresa de pequeno porte, em que pese a obrigatoriedade da apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa somente vigorar a partir de 01/01/2000, a obrigatoriedade quanto às notas fiscais de entradas e saídas vigora para todos os exercícios, inclusive o de 1999.*

*Nego, ainda, o pedido de diligência formulado pelo autuado, haja vista que considero que os elementos constantes dos autos são suficientes para formação de minha convicção e ainda com base no que dispõe o art. 147, I, “b”, do RPAF/99.*

*No mérito, da análise acerca dos elementos constitutivos do PAF, chego às seguintes conclusões:*

- 1. No caso em exame, o arbitramento foi aplicado em virtude da falta de apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa, bem como de todas as notas fiscais de entradas e de saídas dos exercícios de 1999 a 2001;*
- 2. Na ação fiscal foi detectada que grande quantidade de notas fiscais, capturadas através do sistema CFAMT, não lançadas nas DMEs, implicando em omissão de entradas de mercadorias;*
- 3. Em que pese a obrigatoriedade da apresentação dos livros Registro de Inventário e Caixa somente vigorar a partir de 01/01/2000, a obrigatoriedade quanto às notas fiscais de entradas e saídas vigora para todos os exercícios;*
- 4. É impossível a verificação da regularidade do pagamento do imposto, sem a apresentação das notas fiscais de saídas e entradas;*
- 5. Especificamente na situação em exame, o art. 146, II, e §1º, do RICMS/97 preconizam que nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo. E que se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuar-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária;*
- 6. O diploma regulamentar de 1996, e o sucedâneo que se encontra vigente, ao tratarem do arbitramento, estabeleceu nos incisos I a IX, do art. 937, as situações que em ocorrendo, dão ensejo ao método de apuração do imposto pelo arbitramento da base de cálculo;*
- 7. Ademais, sendo o contribuinte uma microempresa, há disposições expressas nos artigos 408-R e 408-S, do RICMS/97, que nos casos em que o contribuinte não dispuser dos elementos necessários para determinação da base de cálculo do imposto ou se recusar a fornecê-los ao fisco, poderá ser apurado o imposto mediante arbitramento, e que quando se constatar a situação prevista no art. 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que lhe deram causa;*
- 8. O autuante adotou o método previsto no art. 938, I, “c”, do RICMS vigente, aplicando a MVA de 40%, relativa à móveis e eletrodomésticos, espécies preponderantes nas operações de circulação de mercadorias do estabelecimento autuado;*

9. Portanto, entendo justificada a aplicação do arbitramento para os exercícios em exame. Entretanto, em relação ao imposto reclamado pelo autuante, saliento que com a edição da Lei nº 8.534/02, foi incluído o § 1º, ao art. 19, da Lei nº 7357/98, que prevê a hipótese de utilização, como crédito fiscal para o cálculo do imposto a recolher, de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, no caso de ser mais benéfico para o contribuinte. Deste modo, o valor a ser exigido, tomando por base os demonstrativos de fls. 08 a 13 dos autos, é o seguinte:

Ano	Omissão	Alíquota	Débito	Crédito	Valor do Crédito	Imposto Recolhido	Imposto Devido
1999	185.908,40	17%	31.604,43	8%	14.872,67	967,97	15.763,79
2000	234.686,86	17%	39.896,77	8%	18.774,95	900,00	20.221,82
2001	120.479,06	17%	20.481,44	10.578,48	10.578,48	1.000,00	8.902,96
Total							44.888,57

10. Ressalte-se, por fim, que se encontram acostados ao PAF os documentos em que se fundamentou o autuante para realizar o arbitramento: o demonstrativo de apuração, as DMEs, as notas fiscais detectadas pelo CFAMT, e os demonstrativos de entradas de mercadorias.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

DATA OCORR.	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	VALOR DÉBITO
31/12/99	92.728,18	17%	60%	15.763,79
31/12/00	118.951,88	17%	60%	20.221,82
31/12/01	52.370,35	17%	60%	8.902,96
TOTAL				44.888,57

.....”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Ao tomar conhecimento do Acórdão JJF nº 0359-03-03 que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em lide, o recorrente, tempestivamente, e irredutível apresentou Recurso Voluntário, inicialmente requerendo a anulação do Auto de Infração com base no art. 127, § 7º do RPAF/97, evocando o seu direito de defesa reportando ao prazo de 30 dias que não foi observado, e a inobservância da diligência solicitada, requer sua intimação para sustentação oral e reitera o pedido pela NULIDADE do Auto de infração.

A PGE/PROFIS, instada a se manifestar emitiu Parecer, cujos dois tópicos finais transcrevo a seguir:

“Ante a análise dos autos observamos que, reiteradas vezes, a autuada evoca seu direito da ampla defesa e alega que houvera cerceamento de tal direito. É do nosso entendimento que o julgamento de 1ª instância deva ser ANULADO e ser intimado o contribuinte da reabertura do prazo de defesa a fim de que produza nova defesa e anexe fatos novos, se for o caso. Em razão da inobservância dos termos da diligência requerida pelo CONSEF, tanto pela INFAZ, como pelo próprio julgador que a requereu. Levando-se em consideração o fato de que a ciência do Auto de Infração pela autuada ocorreu em 06/03/2003 e a entrega dos documentos fiscais só veio a acontecer em 02/04/2003, ou seja, 5 (cinco) dias antes do término do prazo regulamentar de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa, fato que caracterizou efetivamente cerceamento de defesa.

*Vale ainda ressaltar que mesmo tendo o autuado interposto o Recurso Voluntário, o prazo inicial de defesa para um julgamento técnico em 1ª instância, fora sobremodo, prejudicado. Ademais, se persistirmos em um erro procedimental dessa gravidade, a certeza de liquidez necessária ao ajuizamento de possível execução fiscal, restarão temerárias.”*

## VOTO

A análise da documentação apensa ao PAF nos permite observar que razão cabe ao requerente quando pugna pela NULIDADE do Julgamento da Junta, isso porque observa-se que realmente lhe foi negado o seu direito de defesa.

Ademais arbitramento é uma medida extrema, e somente deve ser utilizado após exauridas todas as possibilidades de apurar o débito do contribuinte para com a Fazenda Estadual. Não nos pareceu, à luz dos argumentos e da documentação anexa aos autos que tais aspectos tenham sido considerados.

Assim, acato plenamente o Parecer da PGE/PROFIS, também entendendo que o Julgamento de 1ª Instância deve ser anulado, comunicando ao contribuinte da reabertura do prazo com o objetivo de permitir que produza nova defesa.

O Voto é pela NULIDADE da Decisão da 1ª Instância.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **087015.0138/02-6**, lavrado contra **UDMAX ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para adotar as medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ALBERTO NUNES VAZ DA SILVA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS