

PROCESSO - A.I. Nº 206825.0009/03-0  
RECORRENTE - BRUNELI MODAS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0321-02/03  
ORIGEM - INFAC IGUATEMI  
INTERNET - 18.12.03

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0695-11/03

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de apresentação dos cupons de leitura das máquinas registradoras ou as fitas detalhe correspondentes impossibilita que sejam aplicados os roteiros de auditoria próprios para contribuintes usuários de máquina registradora e identificados os valores da base de cálculo e do imposto devido pelas vendas efetuadas através destes equipamentos, o que justifica, plenamente, a adoção do arbitramento como método de apuração do imposto devido. Preliminares rejeitadas. Recurso NÃO PROVADO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 2ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração para exigir ICMS por arbitramento, em razão de falta de apresentação de livros e documentos fiscais devidos.

Sustenta a 2ª JJF na Decisão ora recorrida que:

- a preliminar suscitada acerca da coisa julgada administrativa não prospera, haja vista a possibilidade do contribuinte modificá-la na esfera judicial;
- tratando-se de renovação de procedimento fiscal, o Auto de Infração contém objeto e teor idêntico aos da autuação que fora anulada anteriormente, todavia quanto as datas dos fatos geradores e o motivo que ensejou o arbitramento não são coincidentes. Isto porque, enquanto a autuação anterior contemplava os exercícios de 1992, 1993 e 1994, o presente lançamento é concernente aos exercícios de 1993 e 1994; do mesmo modo os documentos fiscais apresentados à fiscalização que ensejaram o arbitramento não se confundem;
- o direito do fisco efetuar o lançamento do ICMS referente a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 1993 e 1994, objetos da presente autuação, não foi atingido pela decadência, posto que aplica-se o disposto no inc. II do art. 173 do CTN;
- a adoção do arbitramento está justificada, porque o contribuinte foi regularmente intimado por três vezes a apresentar os livros e documentos fiscais necessários à fiscalização das operações realizadas pelo estabelecimento relativas aos exercícios de 1993 e 1994, tais como livros contábeis, livros Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS, notas fiscais de entradas e de saídas, e ainda os cupons fiscais, entretanto não foram apresentados nos prazos estipulados;
- o recorrente não comprovou a alegação no sentido de que o autuante dispôs de uma gama de documentos representada pelas notas fiscais, livro Registro de Inventário, Livro de Registro de Entradas, de Saídas, RUDFTO e Registro de Apuração de ICMS.

- constitui obrigação acessória do contribuinte prestar todas as informações ao Poder Público com vistas ao fiel cumprimento da prestação tributária, constituindo também em sua obrigação a guarda dos livros e documentos fiscais, e a sua entrega quando solicitada pelo Fisco, consoante reza o art. 233 do RICMS/89;

Conclui entendendo que o lançamento consubstanciado no Auto de Infração por meio de arbitramento está adequado ao fato, visto que não foram apresentados os livros e documentos fiscais necessários e imprescindíveis à fiscalização.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual afirma as seguintes razões:

- a autuação fiscal objeto do presente processo configura-se na reedição da lavratura do Auto de Infração nº 03362524/97, o qual fora julgado improcedente conforme consignação no Acórdão do CJF nº 0040-11/02;
- a retroatividade da multa aplicada deixou de ser apreciada, requerendo-a em grau de Recurso Voluntário;
- sustenta o postulado da irretroatividade, afirmando que a suposta conduta faltosa do contribuinte referentes aos exercícios de 1993 e 1994 é inaplicável a multa baseada no RICMS/97;
- a Decisão recorrida se fundamenta na inexistência de coisa julgada administrativa, entretanto aduz que a Decisão administrativa irrecorrível na esfera administrativa é um instituto do nosso sistema jurídico;
- há contradição do decisório, uma vez que primeiramente afirma que as lavraturas não se equivalem, e posteriormente sustenta que a interrupção do prazo tem que confirmar a equivalência, uma vez que se tratasse de crédito distintos, não haveria falar-se em interrupção;
- o Auto de Infração anterior fora anulado não por vício formal, mas por restar descaracterizado a hipótese de arbitramento;

Por fim, pede o provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de julgar totalmente Improcedente o Auto de Infração sob exame.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o referido de Auto de Infração não mais poderia ser lavrado, já que não fora corrigida a anterior falha que provocou a nulidade, além de não ter sido considerada a documentação constante no Auto de Infração nº 033625224/97.

#### **VOTO (VENCIDO)**

Após análise dos autos verifico que o objeto do presente PAF coincide com o Auto de Infração nº 033625224/97, já declarado nulo pelo acolhimento da representação da PGE/PROFIS, em razão da ausência de hipótese ensejadora da prática do arbitramento.

Inicialmente, afasto a preliminar suscitada pelo recorrente relativa à irretroatividade da lei que dispõe sobre a aplicação da multa, tendo em vista que na época da ocorrência do fato já existia a referida previsão na legislação.

Do mesmo modo, não acato as preliminares de decadência, em face do disposto no art. 173, II do CTN, bem como da coisa julgada em matéria administrativa, uma vez que tal Decisão poderá ser reformada na esfera judicial.

No mérito, comungo com o entendimento da Douta representante da PGE/PROFIS, no sentido de que a Decisão ora recorrida não deva subsistir, eis que a situação jurídica configurada no Auto de

Infração n.º 033625224/97 não fora alterada, ou seja, a documentação constante neste não foi utilizada, nem levada em consideração para a lavratura do presente PAF.

Em razão disto, não poderia o autuante jamais se utilizar do arbitramento, uma vez que dispunha de outros meios suficientes para a apuração do débito.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, para que seja modificado o julgamento de 1<sup>a</sup> Instância, e, por conseguinte julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## VOTO VENCEDOR

Discordo do relator do PAF, e da representante da PGE/PROFIS, somente quanto ao mérito do Auto de Infração.

O tema em apreço – arbitramento da base de cálculo – já foi objeto de reiteradas decisões deste Colegiado, tendo sido, inclusive, editada a Súmula n.º 05, que tive a honra de relatar, que contém o seguinte mandamento:

### **CÂMARA SUPERIOR**

#### **SÚMULA CONSEF N° 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.*

Resta, então, neste diapasão, apreciar a motivação para a adoção do arbitramento.

O autuante justificou a adoção deste regime de apuração do imposto em razão da falta de apresentação de todos os livros contábeis, livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS (referentes ao final do período de 1992 e períodos de 1993 e 1994), notas fiscais de entradas, notas fiscais de saídas (referentes aos períodos de 1992, 1993 e 1994, exclusive as que já foram relacionadas) e fitas e cupons de máquina registradora, o que, segundo ele, demonstraria a impossibilidade da comprovação da veracidade dos registros inerentes às transações mercantis realizadas pelo contribuinte.

No relatório da Decisão que julgou nulo o primeiro Auto de Infração – Acórdão CJF n.º 0040-11/02, da 1<sup>a</sup> CJF – consta a seguinte informação:

*“a procuradora signatária desta Representação faz observar que consta, nos autos, cópia do dossier do contribuinte autuado, juntados pelo agente fiscal na fase instrutória do processo, contendo duas autorizações de Impressão de Documentos Fiscais, relacionados às Notas Fiscais, série B-1, numeração de 001 a 500 e Nota Fiscal série E-1, numeração 01 a 50 – correspondente a 1 (um) talão – além de autorização de uso de máquina registradora, em substituição ao uso da nota de venda a consumidor, num total de 4 (quatro) equipamentos, não havendo, portanto, pedido de impressão, para o estabelecimento autuado, de notas da série D;”*

No voto do relator desta decisão está consignado:

*“Já a circunstância da empresa ser usuária de máquina registradora não constitui ilícito que autorize o arbitramento, pois essa sistemática de apuração é autorizada pela lei e a fiscalização dispõe de roteiros de auditoria próprios para a revisão dos atos praticados pelo contribuinte, de que é exemplo a conhecido ajuste para a determinação dos estornos relacionados às mercadorias isentas, não tributadas, com imposto pago pelo regime de antecipação tributária ou sujeitas a alíquotas diferenciadas.*

*Isto posto, manifesto meu voto no sentido de que representação seja ACOLHIDA, declarando-se a NULIDADE do Auto de Infração n.º 03362524/97, lavrado contra BRUNELI MODAS LTDA., devendo, nos termos do art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), ser renovada a ação fiscal para fins de homologação do período objeto do procedimento fiscal, por ser este NULO.”*

Devemos sempre nos lembrar que o fato gerador do ICMS é à saída de mercadorias, no caso, pela sua comercialização. Parte-se do valor das vendas para, utilizando-se a alíquota cabível, calcular o débito do imposto que, após a compensação com os créditos a que o contribuinte faça jus, resultará no ICMS a recolher para o período em questão.

Então, qualquer roteiro de fiscalização que venha a ser utilizado deverá, necessariamente, partir do exame dos valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias.

Ocorre que, como dito, o estabelecimento é usuário de máquina registradora, num total de 4 (quatro) equipamentos, para emissão de cupom fiscal em substituição à nota fiscal de venda a consumidor.

O autuante, seguindo a determinação da decisão que anulou o primeiro auto de infração, lavrou 4 (quatro) intimações para a apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis (fls. 6 a 9), sendo que jamais lhe foram apresentados os cupons de leitura das máquinas registradoras ou as fitas detalhe correspondentes, o que impossibilitou, exatamente, que fossem aplicados os roteiros de auditoria próprios para contribuintes usuários de máquina registradora e identificados os valores da base de cálculo e do imposto devido pelas vendas efetuadas através destes equipamentos, o que justifica, plenamente, a adoção do arbitramento como método de apuração do imposto devido.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologar a decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração n.º 206825.0009/03-0, lavrado contra BRUNELI MODAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$12.375,43, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 106, II, “c”, do CTN, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert e Ivone de Oliveira Martins.

VOTO (VENCIDO): Conselheiros: Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Nelson Teixeira Brandão, Rosa Maria Santos Galvão.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS