

A. I. Nº - 128862.0006/03-1  
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS OSMAR LTDA.  
AUTUANTE - AGNALDO SERGIO RAMOS ROCHA  
ORIGEM - INFAC BONOCÔ  
INTERNET - 03. 06. 2004

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0186-04/04**

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DOS LIVROS E DE DOCUMENTOS FISCAIS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/09/2003, exige ICMS no valor de R\$66.012,99, em razão da falta de seu recolhimento, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da não apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. Em complemento a acusação, o autuante consignou que o autuado deixou de apresentar o Livro Registro de Inventário, notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias e das leituras “Z” da ECF.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 19 a 31 dos autos fez, inicialmente, um relato dos fatos que antecederam a lavratura do Auto de Infração, bem como transcreveu os termos da acusação fiscal.

Em seguida, aduziu que a origem da ação fiscal deu-se por conta de um “golpe” sofrido pelo proprietário da empresa, além do que durante o período de 30/07/2001 a 22/11/2001, o estabelecimento autuado foi dirigido por dois criminosos, os quais deixaram de cumprir inúmeras obrigações, inclusive as tributárias, oportunidade em que se comprometeu a apresentar a SEFAZ qualquer documentação anteriormente solicitada e não entregue.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado apresentou os seguintes argumentos para refutar a autuação:

1. Que não apresentou a leitura “Z”, uma vez que as ECF’s em funcionamento no estabelecimento, por autorização da SEFAZ, tiveram o seu uso cessado em data anterior ao período fiscalizado, cujo fato, à época da autuação, poderia ter sido identificado pelo autuante, que preferiu insistir na requisição de documentos fiscais impossíveis de serem exibidos;
2. Quanto ao livro de Registro de Inventário, diz que em razão do encerramento de suas atividades, o estoque foi transferido para a matriz da empresa, logo, não havia o que inventariar, fato que informado ao autuante, que poderia “ter checado” a sua veracidade’;
3. Com referência à não apresentação das notas fiscais, esclarece que tal obrigação não foi cumprida, porém, outra não é à vontade do proprietário da empresa, senão a de assegurar e facilitar a atuação do Fisco, pelo que se coloca desde já à disposição para apresentar a documentação que for necessária;
4. Que o autuante diante do quadro nebuloso acima, resolveu utilizar a medida extrema do arbitramento, com base no custo das mercadorias vendidas – CMV, cujo procedimento é anômalo e inconcebível, o qual deve ser de pronto repudiado por esse Egrégio CONSEF, oportunidade em que transcreveu à fl. 26 o teor de duas de suas Ementas ao julgar Autos de Infração lavrados, para exigir imposto através do arbitramento da base de cálculo;

5. Que a autuação é flagrantemente insubstancial, pelo que deve ser desprezada, para que uma outra fiscalização apure, de forma usual, se realmente a empresa promoveu omissão na tributação de mercadoria, tendo em vista o estabelecido no “art. 91 do RICMS, em seu § 9º”, que as ações e omissões descritas nos seus incisos I, III, IV e IX, somente autoriza o arbitramento quando a escrita fiscal se torna insuficiente para determinar as entradas, as saídas ou o estoque das mercadorias;

6. Que conforme exigência prevista no § 2º, do art. 26, do COTEB (Lei nº 3956/81), sempre que o auditor fiscal se deparar com um caso que enseje o arbitramento da base de cálculo, é indispensável à autorização expressa da autoridade competente, cuja autorização não foi mencionada na ação fiscal, sendo, portanto, de existência desconhecida por parte da empresa. Frisa que, se confirmada a inexistência da prévia autorização, outro caminho não poderá trilhar o CONSEF a não ser o de decretar a NULIDADE do Auto de Infração.

Continuando em seu arrazoado, o autuado fez uma abordagem às fls. 28 e 29 sobre a responsabilidade tributária e fez referência aos artigos 135 e 134 do CTN.

Ao concluir, o autuado fez um resumo à fl. 30 de suas alegações defensivas e disse confiar no acolhimento das mesmas, para que a ação fiscal seja julgada improcedente.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 55 e 56 dos autos, assim se manifestou para refutar a defesa apresentada:

1. Sobre a alegação defensiva, segunda a qual motivação da fiscalização decorreu de um “um lamentável fato policial”, esclarece não proceder, quando a mesma, em verdade, originou-se do Processo de Baixa nº 45036/2003-6, conforme O.S. nº 524896/03;

2. Quanto à afirmativa do autuado nos itens 05, 06 e 07, de que a empresa não apresentou o livro Registro de Inventário, notas fiscais de entradas e das leituras Z das máquinas ECF, o que motivou a lavratura do presente Auto de Infração, aduz que na verdade não fez tal alegação, cujos documentos não foram apresentados, para que fosse procedida a confrontação de seus registros;

3. Com referência aos itens 08 a 11, onde foi alegada a cessação de uso da máquina, diz que esse fato não isenta o contribuinte da não apresentação das leituras em Z, os quais são de grande relevância para serem comparados com os lançamentos no livro Registro de Saídas. No tocante à alegação do autuado de que o seu estoque estava zerado, “logo não havia o que inventariar”, salienta que o autuado não chegou a autenticar o livro Registro de Inventário na repartição e quanto a declaração de estoque zerado à fl. 14, argumenta com base no documento 7 (Auditoria da Taxa de Valor Agregado), que o estoque final não estava zerado quando do encerramento das atividades da empresa;

4. Acerca da afirmativa do autuado de que o seu estoque foi transferido para o estabelecimento matriz, em decorrência do encerramento das atividades da filial, sustenta que a mesma é apenas uma confissão de que o estoque não estava zerado, cuja transferência foi efetivada sem emissão de nota fiscal;

5. Com relação ao Auto de Infração nº 000916834-6 anexado pela defesa, aduz que foi lavrado em nome de particular e não da empresa, onde foi colocado como depositária a matriz situada na cidade de Candeias-Ba., além do que não serve como prova de que são as mesmas mercadorias da filial e objeto dessa fiscalização;

6.. No que diz respeito aos demais itens, em que o autuado questiona o arbitramento, particularmente no item 18, segundo o qual as vendas poderiam ser apuradas mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, fez a seguinte indagação: Como fazer o levantamento, se os elementos fundamentais para executá-lo não foram entregues a fiscalização,

ou seja, livro Registro de Inventário, notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias? Aduz que além deste fato, o contribuinte apresentou saldo credor constante em sua escrita fiscal, situação que revela fortes indícios de venda de mercadorias tributáveis como não tributáveis, fato que pode ser comprovado através do documento 7, onde foi constatado CMV negativo, motivo pelo qual o arbitramento se justifica plenamente;

7. Quanto ao questionamento do autuado no item 27, de que é necessário autorização expressa para efetuar o arbitramento, com base no art. 26, §2º, do COTEB (Lei nº 3956/81), diz não proceder, uma vez que o Inspetor ao colocar o seu visto, após o saneamento feito pela Supervisão referendou o presente Auto de Infração.

Ao finalizar, diz que por tudo que foi dito, não tem dúvida da total procedência do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo 4ª JJF decidido pela sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 68.

Cumprida a diligência de fls. 70/71 dos autos, o auditor fiscal designado por meio do Parecer ASTEC nº 0036/2004, transcreveu, inicialmente, o que foi solicitado pelo relator, o procedimento do autuado, bem como foi realizado o trabalho diligencial.

Ao finalizar, o diligente assim concluiu:

“De sorte que, tendo o autuado apresentado a documentação solicitada, conforme descrito acima, verifica-se a possibilidade de se apurar o imposto por outros meios de fiscalização, que não o arbitramento, tais como, Ajuste de Máquina Registradora, M.V.A. e Conta corrente fiscal.

A apuração do imposto por meio de levantamento quantitativo de estoque, não é possível, devido à falta de apresentação do livro registro de Inventário e também por ser o autuado usuário de máquina registradora, onde os cupons fiscais não são discriminativos.

O autuado alegou não possuir o livro Registro de Inventário, devido seu estoque na época do encerramento encontrar-se zerado, alegando que o estoque foi transferido para a matriz, sem conduto apresentar as notas fiscais de transferências. Porém pelo que se verifica no mês de outubro/2001, no livro Registro de Apuração do ICMS, fl. 84 do PAF, o autuado adquiriu R\$76.239,25 de mercadorias e deu saídas apenas de R\$10.365,13; logo existe uma diferença, só nesse mês de R\$65.874,12, sem nenhum acréscimo de MVA”.

## VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado deixar de recolher o ICMS, apurado mediante arbitramento da base de cálculo, pelo fato de não ter apresentado o livro Registro de Inventário, as notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias e das leituras em “Z” da ECF.

Para instruir a ação fiscal, foram anexados aos autos às fls. 6 a 15, além de outros documentos, o demonstrativo de cálculo do imposto arbitrado.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pelo fato de inexistir nos autos a autorização da autoridade competente para que o autuante procedesse ao arbitramento, a mesma não merece o meu acolhimento, haja vista que tal exigência não está prevista no atual regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, entendo razão não assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - Apesar do autuado haver apresentado os documentos fiscais e seus livros fiscais regularmente escriturados, a exceção do livro Registro de Inventário com o estoque existente em 31/12/2000, relativo às operações realizadas no exercício de 2001, entendo que, ao contrário do que concluiu o

diligente da ASTEC, não ser possível efetuar a fiscalização da empresa pelos meios convencionais de fiscalização. É que os roteiros Ajuste de máquina registradora, MVA e Conta-Corrente Fiscal, se destinam a verificar apenas se o contribuinte procedeu corretamente ao fazer a escrituração dos livros fiscais quanto às operações realizadas por meio de ECF, qual foi o percentual de lucro ou prejuízo na conta mercadorias e se os recolhimentos do ICMS foram efetuados corretamente; II - Analisando o Demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 7 (Auditoria de Taxa de Valor Agregado), constatei que foi apurado prejuízo em relação às mercadorias tributadas e com imposto pago por antecipação, relativo ao exercício de 2001 e objeto da ação fiscal; III - Ora, a constatação pelo fisco quando em fiscalização em estabelecimentos de contribuintes de prejuízo na conta mercadoria, é um indício forte de irregularidade na sua escrita, já que no exercício da atividade comercial, o objetivo do empresário é auferir lucro, não tendo sentido, portanto, vender mercadoria por preço inferior ao de custo; IV - Como a empresa é usuária de ECF, que não discrimina as mercadorias vendidas, além de não ter escrutinado o inventário com o estoque existente em 31/12/2000, bem como pelo fato de não haver apresentado a sua escrita contábil regularmente escriturada, torna-se impossível a fiscalização estadual a realização dos roteiros auditoria de estoques, das disponibilidades e das contas do passivo, destinada a verificar a sua regularidade fiscal quanto às suas obrigações tributárias com relação ao ICMS.

Com base na explanação acima e tendo em vista a comprovada impossibilidade de apuração do ICMS pelos meios convencionais de fiscalização, entendo caracterizada a infração, a qual tem respaldo legal no art. 937, I, do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 128862.0006/03-1, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS OSMAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.012,99**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR