

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0005/04-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BAPEC COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.
RECORRIDOS - BAPEC COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 2^a JJF nº 0019/02-05
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 17/06/2005

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0183-12/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL. LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO APRESENTADO, RELATIVO A PERÍODO ANTERIOR À AUTUAÇÃO, INVIAILIZA A UTILIZAÇÃO DE ESTOQUE FINAL ZERO. VÍCIOS IRREPARÁVEIS DO MÉTODO DE ARBITRAMENTO. NULIDADE DA EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se justifica a utilização do método de arbitramento do item 1, do Auto de Infração, posto que os estoques foram tributados incluindo mercadorias tributadas e isentas, bem como foi considerado pela fiscalização o estoque final “zero”, a despeito de ter sido apresentado no curso do procedimento administrativo fiscal o livro Registro de Inventário devidamente autenticado e registrado, comprovando ser de período anterior ao fiscalizado, o que possibilitaria a adoção de outro método de fiscalização. Modificada a Decisão. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 2^a JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0019/02-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a prática de infrações fiscais no valor de R\$691.738,98, em razão da ocorrência, segundo a fiscalização estadual, das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$672.938,60, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de arbitramento da base de cálculo do imposto, relativa aos exercícios de 2000 e 2001, em virtude da falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, conforme demonstrativos às fls. 301 a 303.
2. Ingresso no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a abril, e agosto de 2000, sujeitando-se à multa no valor de R\$3.451,37, equivalente a 1% sobre o valor comercial das entradas não escrituradas, conforme demonstrativos às fls. 303 a 305.
3. Ingresso no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, junho a agosto de 2000, sujeitando-se à multa no valor

de R\$8.164,66, equivalente a 10% sobre o valor comercial das entradas não escrituradas, conforme demonstrativo às fls. 305 a 306.

4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$7.184,35, no período de janeiro de 2000 a novembro de 2001, através de notas fiscais referente a material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 306 a 312.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, na qual impugnou a infração 01, transcrevendo inicialmente os artigos 937, inciso I, e o artigo 146, do RICMS/97, e alegando que o enquadramento legal com base nos citados dispositivos legais não está condizente com a autuação, sob o argumento de que:

- a) Em momento algum alegou o extravio, roubo ou quaisquer outros tipos de argumento para não entregar os documentos ou livros fiscais ao autuante;
- b) O motivo para o não fornecimento dos documentos solicitados decorre do fato de a fiscalização ter coincidido com os festejos do carnaval, e que em virtude de se tratarem de diversos documentos necessitaria de mais tempo;
- c) No mesmo período, o estabelecimento se encontrava sob a ação fiscal do Ministério do Trabalho, conforme documentos de fls. 20 a 322.

Pari passu, fez algumas considerações sobre a hierarquia das leis, para mostrar que a escrituração contábil de uma empresa é uma exigência legal da legislação comercial e do Código Civil, salientando que a CF e o Código Comercial Brasileiro oferecem tratamento especial à microempresa e à empresa de pequeno porte, asseverando ainda que a Receita Federal prevê somente a escrituração do livro Caixa, e o Parecer Normativo nº CST Nº 347/1970 possibilitou ao contribuinte a escolha pela forma de escrituração de suas operações, não cabendo à repartição fiscal opinar sobre aspectos de escrituração.

No que tange à infração 4, alegou o recorrente que faz jus à apropriação dos créditos fiscais, pois as mercadorias foram adquiridas para revenda, citando as Notas Fiscais nºs 5690; 8107; 62811; 45019; 9319; 9573; 46806; 46887; 47016; 48615; 114943; 10744; e 55596, todas acostadas aos autos.

Por fim, no desate de suas razões defensórias, concluiu o recorrente que a autuação era descabida, por entender que fere a capacidade econômico-financeira do estabelecimento, solicitando uma revisão fiscal para colocar à disposição todos os livros e documentos fiscais necessários, de conformidade com a legislação vigente, adequada às características do porte da empresa.

Na informação fiscal, o autuante contestou as razões defensivas sob o entendimento de que:

1. O prazo para apresentação dos livros e documentos fiscais não foi exíguo, conforme alegado na defesa, em virtude do estabelecimento ter sido inicialmente intimado em 26/01/04, e após várias outras intimações, a ação fiscal foi concluída após sessenta dias, no dia 26/03/04;
2. A cobrança fiscal ocorreu de acordo com o que determinam os artigos 937 e 146 do RICMS/BA;
3. Face a apresentação incompleta da documentação solicitada em 26/01/04, foram expedidas as intimações datadas de 29/01/04, 05/02/04, 10/02/04 e 20/02/04, solicitando os livros contábeis, Registro de Inventário nº 02, Registro de Empregados, DMA's de 02 a 08 e 12/2000, Contrato Social, notas fiscais de saídas do mês de abril/2000, duplicatas e comprovantes de despesas dos meses de janeiro a março de 2001 e 2002, o que não foi atendido pelo recorrente;
4. Sobre o porte da empresa, foram informados os valores dos estoques nos anos de 1995 a 1999, e aduzido que não foram apresentados os inventários dos anos de 2000, 2001, 2002 e 2003.

Sustenta que os citados livros e documentos fiscais não foram apresentados, implicando na necessidade do arbitramento da base de cálculo, o que foi perpetrado.

Quanto à alegação de que foram desconsideradas notas fiscais da empresa, o autuante salientou que algumas notas fiscais registram operação com isenção de ICMS, e outras constam as mercadorias adaptadores, tubos, IRR, curvas de nivelamento e outros produtos hidráulicos, que no seu entendimento não são materiais para revendas em estabelecimento de produtos agropecuários.

Sobre as infrações 2 e 3, o preposto fiscal salientou que o contribuinte não apresentou qualquer impugnação às mesmas.

Ao final, após ressaltar que a peça impugnatória não guarda nenhuma correlação com os trabalhos de auditoria desenvolvidos, bem como por não ter sido apresentada nenhuma matéria, de fato ou fundamento, que justifique a pretensão do contribuinte, ratificou a autuação procedida e requereu a procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, decidiu a referida 2ª JJF, converter o julgamento em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fossem atendidas as seguintes solicitações:

1. Que o contribuinte fosse intimado a apresentar os livros contábeis (Diário ou Caixa); Registro de Inventário dos exercícios 1999, 2000 e 2001 devidamente escriturados; notas fiscais de saídas, série D-1 relativas ao mês de abril/2000; Registro de Entradas com a escrituração das notas fiscais dos meses de janeiro a abril e julho a agosto de 2000, bem como que se verificasse se através dos livros e documentos fiscais existe a possibilidade do fisco adotar os procedimentos normais de fiscalização, ao invés de aplicar o arbitramento;
2. Que se não fossem apresentados os citados livros e documentos fiscais, e da contabilidade ou do livro Caixa devidamente escriturado, seria possível determinar o montante da base de cálculo do período de 2000 e 2002;
3. Que fosse informado se as mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 5690; 8107; 62811; 45019; 9319; 9573; 46806; 46887; 47016; 48615; 114943; 10744; e 55596 (docs. fls. 323 a 335) foram adquiridas para revenda ou para uso/consumo, recomendando-se que tal verificação fosse realizada através das notas fiscais de saídas, bem assim que se fosse confirmado que se tratam de mercadorias para revenda, que fossem excluídas as notas fiscais do Anexo 05 (docs. fls. 306 a 312), demonstrando o valor do débito remanescente.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 220/2004, foi informado pelo revisor fiscal que:

1. Depois de intimado por duas vezes, o autuado não apresentou os livros Diário ou Caixa, disponibilizando o Registro de Inventários dos anos de 1999, 2000 e 2001 (docs. fls. 353 a 398);
2. Foram apresentadas as notas fiscais de compras dos meses de janeiro a abril e julho a agosto de 2000 e o Registro de Entradas, conforme documentos às fls. 451 a 638;
3. Em relação à falta de emissão de notas fiscais D-1, foram apresentadas as Notas Fiscais nºs 51778 e 51779 de 20/03/2000, 51780 (não utilizada) de 22/03/2000, 51781, 51782 e 51783 de 15/09/2000, com numeração contínua entre os meses 03 e 09/2000. Foram apresentadas as Notas Fiscais nºs 52151 e 52154 em diante, relativas ao mês de junho de 2000, indicando que no mês de abril e maio/2000, não houve emissão de notas fiscais D-1. Além disso, foram apresentados cupons fiscais emitidos nos meses de abril e maio de 2000, conforme documentos às fls. 421 a 450;
4. Foi observado pelo revisor fiscal que o mês de setembro terminou em 15/09/2000, com a emissão da Nota Fiscal D-1 nº 51783, e o mês de junho de 2000 iniciou com a emissão da Nota Fiscal D-1 nº 52151 (docs. fls. 401 a 410). Diz que foram solicitadas as Notas Fiscais nºs

51784 a 52154, e o autuado apresentou as de nºs 51785 e 51800. Informa que não foram apresentadas as Notas Fiscais D-1 nº 51801 a 52154, no total de 353 notas fiscais;

5. Conclui que considerando os livros e documentos fiscais apresentados, não seria possível realizar os procedimentos normais de fiscalização em relação ao ano de 2000, tendo em vista a falta de apresentação das Notas Fiscais série D-1 nºs 51801 a 52154, observando que as mesmas não estão lançadas no Registro de Saídas do ano de 2000 (docs. fls. 716 a 749);
6. Em relação ao exercício de 2001, declara que não identificou restrições para a aplicação dos roteiros normais de fiscalização;
7. No tocante às mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 5690, 8107, 45019, 9319, 9573, 46806, 56887, 47016, 48165, 114943, 10744 e 55596 (fls. 323 a 335), foram apresentadas as notas fiscais de saídas às fls. 641 a 673 para demonstrar que se tratam de mercadorias comercializadas, porém, ao analisar item por item dos produtos nas notas de entradas e comparando com as notas de saídas apresentadas, não conseguiu identificar que se tratam das mesmas mercadorias, ou seja, não ficou comprovada a identidade, vez que nas notas fiscais de saídas os nomes são parecidos. Disse que solicitou várias vezes aos prepostos da empresa explicações que lhe convencessem de que se tratam das mesmas mercadorias, conforme intimação expedida em 19/07/2004, porém, que não foi possível identificar se as mercadorias adquiridas são as mesmas constantes nos documentos fiscais de saída.
8. Informou que a entrega dos documentos e livros necessários para o cumprimento da diligência foi dificultada pelo contador, só sendo possível diante de sua obstinada insistência em trazer aos autos a verdade material dos fatos.

Cientificado do resultado da revisão fiscal (doc. fl. 807), o autuado alega que o revisor fiscal cometeu os seguintes equívocos:

1. Que foi informado pelo revisor fiscal de que as Notas Fiscais nºs 52151 a 52154 foram apresentadas, e, ao mesmo tempo, disse que faltou apresentar as Notas Fiscais nºs 51801 a 52154.
2. Afirma que a Nota Fiscal nº 52154 foi apresentada e se encontra devidamente registrada no Registro de Saída nº 06, folha 05, bem assim a Nota Fiscal nº 51784 foi escriturada no livro nº 6, folha 14.
3. Diz que as Notas Fiscais nºs 52001 a 52050 estão escrituradas no Livro nº 6, folha 14.

Por conta disso, conclui que os livros fiscais de entrada, saída, apuração e inventário, as notas fiscais e os caixas, pagamentos junto com as duplicatas e boletos bancários que foram apresentados, são suficientes para que o fisco adote os procedimentos de fiscalização normais e geralmente aceitos, conforme foi declarado pelo diligente.

Com relação às mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 5690, 8107, 45019, 9319, 9573, 46806, 46887, 47016, 48615, 114943, 10744, 55596 e 62811 (fls. 323 a 335), reafirmou que são mercadorias para revenda, conforme demonstrativo e documentos fiscais de entradas e de saídas às fls. 812 a 910. Quanto às Notas Fiscais de nºs 51801 a 52154, excluídas as de nºs 52001 a 52050 e 52151 a 52200 que foram devidamente escrituradas, as demais foram extraviadas, podendo ser objeto de multa sem a adoção do arbitramento.

O autuante, por seu turno, em sua manifestação às fls. 913 a 914, chama a atenção para o fato de que a previsão legal para o arbitramento da base de cálculo em razão da falta de apresentação de livros e documentos fiscais e impossibilidade de levantamento dos reais valores da base de cálculo, deixa de existir e serve para desmoralizar a atividade fiscal, pois, o contribuinte é sabedor de que posteriormente pode desconstituir o lançamento com a juntada dos documentos. *In casu*, salienta que isto não ocorreu, haja vista a conclusão do Parecer ASTEC/CONSEF nº

220/2004 (doc. fl. 348), frisando que deveria ser levada em conta a tempestividade da documentação apresentada, ratificando o seu opinativo quanto à Procedência do Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF N° 0019/02-05, a 2^a JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) o arbitramento foi feito em função do motivo previsto expressamente no inciso I, do artigo 937, do RICMS vigente à época da ocorrência dos fatos, qual seja, em virtude da falta de apresentação dos livros contábeis, Registro de Inventário nº 02, Registro de Empregados, DMA's de 02 a 08 e 12/2000, Contrato Social, notas fiscais de saídas do mês de abril/2000, duplicatas e comprovantes de despesas dos meses de janeiro a março de 2001 e 2002, conforme intimações às fls. 09 a 16, datadas de 26/01/04; 30/01/04; 05/02/04 e 20/02/04;
- b) da análise dos documentos colacionados ao processo, notadamente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo revisor fiscal, no sentido de que parte das notas fiscais de saídas de nºs 51801 a 52154, excluídas as de nºs 52001 a 52050 e 52151 a 52200 que foram devidamente escrituradas pelo recorrente, não foram apresentadas sob alegação de extravio não comprovado, ressaltando-se, ainda, que o fato de estar lançado ou não nos livros fiscais não dispensa sua apresentação, concluiu que realmente tais documentos - por serem imprescindíveis para qualquer roteiro de auditoria fiscal, notadamente o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias – impossibilitam ao Fisco determinar o montante da base de cálculo, concernente ao exercício de 2000, subsistindo a infração no valor de R\$549.735,80;
- c) quanto ao arbitramento do débito relativo ao exercício de 2001, foi julgada nula a infração, tendo em vista que restou comprovado na revisão fiscal que o estabelecimento possui toda a documentação fiscal necessária para os procedimentos normais de fiscalização, representando-se a repartição fazendária a instaurar novo procedimento fiscal visando a homologação do lançamento do referido exercício;
- d) quanto aos itens 2 e 3, referentes à imposição das multas de 1% e 10% sobre as entradas não registradas nos livros fiscais, considerando que o contribuinte na sua defesa não fez qualquer referência aos mesmos, restou configurado o silêncio como um reconhecimento de tal descumprimento de obrigação acessória;
- e) no que concerne ao item 4, atinente à utilização indevida de créditos fiscais através de notas fiscais de aquisições de materiais para uso e consumo, tendo em vista que o autuado discordou apenas da inclusão das Notas Fiscais nºs 5690; 8107; 62811; 45019; 9319; 9573; 46806; 46887; 47016; 48615; 114943; 10744; e 55596, sob alegação de que tem direito a apropriação dos créditos fiscais, pois as mercadorias (adaptadores, tubos, IRR, curvas de nivelamento e outros produtos hidráulicos) foram adquiridas para revenda, a despeito do revisor fiscal não ter confirmado que tais mercadorias são revendidas pelo estabelecimento, salientando que na impugnação às fls. 812 a 910 o recorrente apresentou uma planilha comparativa de cada mercadoria com a indicação das notas fiscais de entradas e de saídas, tais documentos fiscais devem ser excluídos do Anexo 05, resultando na subsistência parcial deste item, no valor de R\$4.115,42, conforme quadro indicado no *decisum*;

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$50.000,00, a referida 2^a JJF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 2^a JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, formulando, inicialmente, alguns “questionamentos” nas suas razões recursais, a seguir apontados:

- a) É amparado pela legislação poder o Fiscal ou qualquer preposto do Estado exigir a entrega de documentos fiscais e contábeis na sua própria residência ou em local distinto da repartição fazendária ou ainda em local que não seja o domínio fiscal do contribuinte? Em caso afirmativo, requer que seja citado o texto legal que ampara tal procedimento;
- b) É amparado pela legislação o arbitramento como forma de coercitividade ao contribuinte, sendo dado até como vantagem a melhor e mais fácil forma de arrecadar tributos?;
- c) É amparado pela legislação a argumentação do Fiscal “... o fato de que ***a previsão legal*** para o arbitramento da base de cálculo em razão da falta de apresentação de livros e documentos fiscais e impossibilidade de levantamento dos reais valores da base de cálculo, deixa de existir e serve para ***‘Desmoralizar a atividade fiscal’*** pois ao contribuinte é sabedor de que posteriormente pode desconstituir o lançamento com a juntada dos documentos”?;
- d) É amparado pela legislação fiscal estadual a não observância da hierarquia das leis?;
- e) É amparado pela legislação fiscal um exercício já fiscalizado, homologado e autuado ser refiscalizado?

Após formular aqueles questionamentos, aduz o recorrente que os seus argumentos recursais são muito mais pedidos de verificações de procedimentos que se mostram como base para argumentações, pugnando, por tal razão, que:

- a) sejam levados em conta os “ARGUMENTOS INICIAIS” da defesa inicial, protocolada através do processo de n.º 075030/2004-0;
- b) seja levado em conta o “DETALHAMENTO DOS ARGUMENTOS” da defesa inicial;
- c) sejam anexadas a este processo todas as intimações efetuadas pelo auditor fiscal autuante;
- d) sejam listados efetivamente pelo autuante quais os documentos que efetivamente foram entregues e os que deixaram de ser entregues;
- e) idem, ibidem pelo diligente;
- f) seja informado por este Conselho de Fazenda, pelo Sr. Diligente e pelo Sr. Autuante, se foi ou não acatado o argumento de ser dado tratamento diferenciado à recorrente pelo dado de a mesma ser empresa de Pequeno Porte (direito garantido pela CF, pelos Códigos Civil e Comercial);
- g) seja verificado se produtos hidráulicos (tubos, conexões, joelhos, cotovelos, curvas de nivelamento e mangueiras) utilizados na irrigação agropecuária, são ou não considerados como tais;
- h) seja verificado nos autos do processo se o diligente em texto no Parecer ASTEC Nº 220/2004 no item 4 “conclusão” expedido pelo mesmo, cita que o contador facilitou e não evitou esforços para atender as suas solicitações, o que contradiz com o item 8 da pauta suplementar do dia 22/06/2004, onde é alegado, *in verbis*, que “*Informou que foi dificultado pelo contador a entrega dos documentos e livros necessários para o cumprimento da diligência, somente sendo possível diante de sua obstinada insistência em trazer aos autos a verdade material dos fatos*”, quando, em verdade, foi o Contador quem teve dificuldade de encontrar o Diligente, tendo algumas vezes que aguardá-lo e em outras retornar, deixando documentos com servidores públicos e não funcionários (o que segundo o recorrente não faz diferença pois ambos são prepostos, mas que agora verifica que deveria ter tomado algumas precauções), ficando evidenciada uma tendência de mudança de opinião no desenrolamento do processo;

- i) não concorda com a argumentação do Diligente no item 7 de suas informações, quando diz “... *ao analisar item por item não conseguiu identificar que se tratam das mesmas mercadorias, ou seja não conseguiu comprovar, pois as notas fiscais de saídas os nomes são parecidos ...*”, pois muitas vezes uma mercadoria vem em uma nota fiscal com códigos, nomes abreviados e até diversos, mas quando lançados em nosso estoque, reflete a aquisição e posterior baixa pelo nome adequado ao sistema do recorrente, sem prejuízo do fato que adquire mercadorias de diversos fornecedores e cada qual tem uma nomenclatura diferente para o mesmo produto.

Em sede de conclusão, assevera o recorrente que a questão maior a ser observada é a legalidade, posto que não houve nenhuma recusa de entrega de quaisquer documentos, observados os limites legais, não havendo consistência legal para o arbitramento de valores, questionando se é justo e legal o fisco, ao não encontrar mecanismos à luz da documentação apresentada, encontrar condições de efetuar as verificações que lhe são necessárias e simplesmente arbitrar. No que concerne aos documentos apresentados, informa que todos foram entregues e colocados à disposição dos prepostos da SEFAZ, exceto em dados momentos quando estavam em poder de outro órgão fiscalizador, como já citado na defesa anterior, não entendendo porque foram autuados por arbitramento. Aduz que deve ser levada em conta a capacidade contributiva do contribuinte que, aliás, não se pode cobrar tributo acima dessa capacidade, principalmente através do arbitramento. Por fim, entende que o contribuinte não pode ser fiscalizado e constrangido em local que não seja público, ou seja, em locais particulares, como sói ocorrer na presente fiscalização que foi feita na residência de um Auditor Fiscal, cujo endereço cito na peça recursal, haja vista que os contribuintes pagam seus impostos para provimento de uma estrutura administrativa aonde são alocados diversos funcionários públicos e equipamentos em horários próprios de funcionamento, regidos por normas rigorosas, voltando a solicitar a anulação do Auto de Infração em referência.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que, analisando os argumentos recursais, observa-se que há a tentativa de manter a interpretação acerca da nulidade da ação fiscal, apontando fatos e argumentos totalmente vazios de fundamento, pois a formalização da ação fiscal por arbitramento deu-se de forma regular e respeitando os ditames legais, notadamente o art. 937, *caput* e inciso I c/c o § 1.º, do art. 146, I, “b” e art. 938, § 3.º e inciso I, “g”, do RICMS/97, sem prejuízo do fato de que a diligência realizada pela ASTEC trouxe aos autos a prova de que a empresa não apresentou, na verdade, os documentos necessários à realização de outro método de fiscalização, justificando o arbitramento realizado. Outrossim, não foi colacionado ao recurso Voluntário qualquer documento ou prova que possa descharacterizar o método de arbitramento empregado, razão pela qual opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, passo a analisar o Recurso Voluntário, o qual versa tão-somente acerca do item 1, do Auto de Infração, posto que se quedou silente o recorrente em relação aos itens 2 e 3, julgados procedentes pela 2ª JJF, bem como com referência à parte do item 4, julgado parcialmente procedente em primeira instância, resultando, no particular, em aquiescência quanto à referida Decisão.

Ao serem analisadas as razões recursais, observa-se que tem por escopo o recorrente manter a sua interpretação acerca da nulidade da ação fiscal quanto ao arbitramento realizado, apontando questionamentos, afirmações, fatos e argumentos jurídicos objetivando demonstrar estar o método utilizado inquinado de vícios insanáveis.

Merce guarida a argüição de nulidade suscitada pelo recorrente quanto ao método de arbitramento utilizado no item 1 – exercício de 2000 - objeto de autuação, posto que flagrantes se

apresentam os vícios irreparáveis que ensejam a inutilidade, no particular, do Auto de Infração. Senão, vejamos.

Da análise dos documentos carreados aos autos, verifica-se, com clareza solar, que os estoques foram tributados incluindo mercadorias tributadas e isentas, fato que inviabilizou, por completo, o método do arbitramento utilizado, vez que consideradas mercadorias que não estão, hodiernamente, albergadas na incidência do ICMS, mas sim, amparadas pela isenção.

Ademais, *ad absurdum*, foi considerado que o estoque final é ZERO, quando, em verdade, o livro Registro de Inventário foi apresentado no curso procedimento administrativo fiscal, devidamente autenticado e registrado, comprovando ser de período anterior ao fiscalizado, fato que, de igual forma, inviabiliza o arbitramento do exercício de 2000, que integra o item 1, do Auto de Infração.

Ainda em reforço à tese da nulidade do procedimento fiscal há que se considerar que o método do arbitramento foi aplicado a todo o exercício de 2000, mas o contribuinte deixou de apresentar à autoridade fazendária apenas as nota fiscais de venda à consumidor, compreendidas no intervalo de numeração 51.801 a 52.154, totalizando aproximadamente 7 (sete) talonários de notas fiscais. Posteriormente, na revisão efetuada pela ASTEC/CONSEF, foram entregues pelo contribuinte as notas fiscais do talonário 52.001 a 52.050 e 52.151 a 52.154, remanescentes sem comprovação de entrega somente 6 talões de notas. Dessa forma, deveria o método de arbitramento se restringir apenas ao período fiscal em que se operou “lacuna” documental. Mais uma razão a reforçar o meu convencimento pela nulidade do método de arbitramento utilizado pela autoridade fiscal.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, em que evidenciado que os vícios apontados inviabilizaram o método de arbitramento utilizado, impossibilitando ao julgador administrativo proceder a um julgamento calcado na verdade material e na justiça, voto no sentido de ACOLHER o pedido de nulidade suscitado pelo recorrente quanto ao método de arbitramento utilizado no item 1, objeto de autuação, DANDO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto e recomendando a realização de nova fiscalização, a salvo de falhas.

Pari passu, passo à análise do Recurso de Ofício, o qual trata de partes dos itens 1 e 4, em relação aos quais sucumbiu o Fisco Estadual em valor superior a R\$50.000,00, razão pela qual a referida 2ª JJF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

No que concerne à parte do item 1 que fora objeto de sucumbência do Estado da Bahia, restou comprovado na revisão fiscal a cargo da ASTEC, relativamente ao exercício de 2001, que o contribuinte possui toda documentação necessária à aplicação dos procedimentos normais de fiscalização, razão pela qual é nulo o método de arbitramento de base de cálculo do imposto adotado pelo agente fiscal. Fica, portanto, mantida a Decisão da Junta de Julgamento, recomendando-se à repartição fazendária que determine a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Outrossim, no que se refere à parte do item 4 da autuação, atinente à utilização indevida de créditos fiscais através de notas fiscais de aquisições de materiais para uso e consumo, na qual o Fisco Estadual sucumbiu, integrando, portanto, a seara de análise do Recurso de Ofício, mister se faz aduzir que o revisor fiscal, a despeito de não ter confirmado que tais mercadorias – adaptadores, tubos, IRR, curvas de nivelamento e outros produtos hidráulicos, objeto das Notas Fiscais de nºs 5690; 8107; 62811; 45019; 9319; 9573; 46806; 46887; 47016; 48615; 114943; 10744; e 55596 - são revendidas pelo estabelecimento, redundando em apropriação dos créditos por parte do recorrente, considerando, por outro lado, que na sua peça impugnatória de fls. 812 a 910, a empresa apresentou uma planilha comparativa de cada mercadoria com a indicação das notas

fiscais de entradas e de saídas, tais documentos fiscais devem ser excluídos da autuação, conforme acertadamente decidido em primeira instância.

Assim, restando demonstrado ter agido com acerto a 2.^a JJF, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo *in toto* a Decisão de primeira instância, que afastou da autuação parte dos itens 1 e 4, objeto de autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206825.0005/04-2, lavrado contra BAPEC COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$4.115,42, sendo R\$1.270,48, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$2.844,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de R\$11.616,03, atualizado monetariamente, previstas nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal, recomendando-se à representação fazendária competente a realização de nova fiscalização, a salvo de falhas, quanto ao item 1, objeto de autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS