

**A. I. Nº** - 269182.0004/04-1  
**AUTUADO** - AYRES MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA  
**AUTUANTE** - ANTONIO MARCELO ALBUQUERQUE DO NASCIMENTO  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 03/05/2005

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0140-03/05

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Ausência de motivo legal para o arbitramento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/11/2004, exige ICMS de R\$85.095,81 acrescido de multa de 100%, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento. No campo da descrição dos fatos consta que o contribuinte teve seu movimento real tributável levantado em operação de Ponto Fixo nos meses de Abril a Junho de 2004, com base no § 8º combinado com inciso I-A do art. 938 do RICMS/BA, tendo sido comunicado em 19/07/04 que a média mensal do débito do ICMS das saídas tributadas apuradas pelo regime normal dos próximos doze meses não poderia ser inferior a R\$45.427,54, sob pena de lavratura do Auto de Infração da diferença e o mesmo apresentou DMA do ICMS com débito do imposto – saídas tributadas nos meses de Julho, Agosto e Setembro de 2004, em valores inferiores a média apurada no Ponto Fixo, no que resultou em recolhimento a menor do ICMS.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 54 a 57, preliminarmente ressalta que é uma empresa constituída desde 1992 como uma sociedade limitada, tendo como atividade principal o comércio a varejo de materiais de construção e que o imposto ora exigido decorre de arbitramento da base de cálculo de suposta receita apurada mediante operação de ponto fixo.

Afirma que “em momento nenhum fomos comunicados da mudança do nosso regime de apuração, que, até a presente data é o regime normal de apuração do ICMS” e não o regime de arbitramento aplicado pelo autuante para punir a empresa, sem que fosse apurada a omissão com base nos seus livros e documentos fiscais.

Diz que a infração foi enquadrada no art. 937, II do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 55, mas que em nenhum momento foi intimado pela fiscalização para apresentar os livros e documentos fiscais nos termos do inciso I do mesmo artigo. Quanto ao inciso II indicado no Auto de Infração como dispositivo infringido, alega que o autuante não atendeu ao disposto no parágrafo único que trata da autorização para aplicação do arbitramento, “só quando a escrituração fiscal ou contábil do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias”. Questiona então se diante desse fato, cometeu alguma infração. Alega que juntou a cópia do livro de Registro de Saída de Mercadorias para demonstrar que sua escrituração encontrava-se regular.

Quanto à operação ponto fixo, feita para determinar o valor do débito do ICMS para os próximos meses, alega que não foi indicado no auto de infração o dispositivo legal, tendo referenciado apenas o art. 938 que trata dos métodos a serem utilizados para cálculo do imposto por arbitramento.

Reconhece que foi intimado pela Infaz Santo Amaro para manter o débito do imposto no patamar que a fiscalização acha justo, mas que para ele deveria ser chamada “Operação de Arrecadação à Força”. Diz que gostaria de vender muito no ano todo, mas que as vendas de abril a junho é sempre maior que as vendas de julho a agosto, por causa do inverno.

Esclarece que a operação ponto fixo foi realizada em quinze dias, sendo cinco em cada mês, não tendo sido levado em consideração pelo fisco que:

- a) diversas notas fiscais contidas nos demonstrativos do ponto fixo foram canceladas o que representa uma diminuição no valor do débito do imposto de R\$12.946,22 e que junta ao processo as cópias autenticadas das notas fiscais canceladas para demonstrar a lisura do procedimento;
- b) que nos meses de maio e junho de 2004, ocorreram vendas atípicas para várias empresas que juntas somam um débito de imposto de R\$15.081,55, o que contribuiu para projetar um montante de vendas maior nos próximos meses.

Apresentou um demonstrativo à fl. 56, para demonstrar que ocorreu um aumento significativo do débito do imposto nos meses de julho a setembro de 2004, se comparado com os valores apurados nos mesmos meses do exercício anterior (2003), indicando um percentual médio de aumento de 53%, que entende ser relevante.

Diz que gostaria que o débito do imposto fosse mais do que o dobro pretendido pelo fisco de R\$45.000,00, mas que as dificuldades impostas pela política econômica dos últimos anos restringem o poder aquisitivo do trabalhador e o impede de crescer.

Conclui invocando o espírito de justiça do CONSEF, no sentido de que julgue o Auto de Infração improcedente.

A informação fiscal foi prestada às fls. 129 a 139, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, pelo Auditor Sidnei Ribeiro Albuquerque. Inicialmente discorreu sobre a autuação e afirma que conforme documentos apresentado propôs que fosse mudado a “descrição e enquadramento da infração” mantendo todos os demais dados e que fosse comunicado o fato ao autuado nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA e que fosse reaberto o prazo de defesa.

Indicou à fl. 130 a seguinte descrição da infração:

“Deixou de recolher o ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, pela divisão do valor total das saídas apuradas em levantamento fiscal do movimento diário das operações em pelo menos três dias, consecutivos ou não, pela quantidade de dias do levantamento, e multiplicando-se o resultado pela quantidade de dias de funcionamento do estabelecimento no mês considerado, em pelo menos três meses, consecutivos ou não, efetuando arbitramento relativo a um período igual ou superior a um mês, em virtude da falta de emissão de documento fiscal ou em desconformidade com a operação realizada”.

A seguir descreveu o procedimento de execução do Ponto Fixo nos meses de abril a junho de 2004 em conformidade com o art. 938, I-A e parágrafo 8º do RICMS/BA. Diz que foi comunicado ao autuado em 19/07/04 que a média mensal do débito das mercadorias tributadas não poderia ser inferior a R\$45.427,54 sob pena de lavratura de Auto de Infração e que por ter apresentado DMA

dos meses de Julho a Setembro de 2004 com valores inferiores a média apurada no Ponto Fixo, resultou em recolhimento a menor do ICMS.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada por fiscal estranho ao feito, conforme documento juntado à fl. 131, e reabriu o prazo de 30 (trinta) dias de defesa.

O autuado requereu vista do processo, conforme documento juntado à fl. 133 e apresentou nova defesa às fls. 135 a 138. Diz que o autuante descreveu a infração como “omissão de lançamentos nos livros fiscais” enquanto que o que prestou a informação indicou “falta de emissão de documentos fiscal ou em desconformidade com a operação realizada”.

Preliminarmente diz que tomou conhecimento do segundo Auto de Infração em 10/01/05, tendo como autuante o Auditor Sidnei Ribeiro Albuquerque, que na informação fiscal prestada sugere alteração na descrição dos fatos e enquadramento da infração, sem que fossem juntados novos demonstrativos ou provas que justificassem as modificações. Diz que, tanto a tentativa de alterar a descrição dos fatos, assim como a informação fiscal prestada por fiscal estranho ao feito não tem amparo legal.

Afirma que para o autuado houve apenas uma comunicação formal definitiva com reabertura de prazo de defesa que entende ser de 10 (dez) dias e para comprovar a veracidade dos fatos junta a cópia da correspondência ao PAF para demonstrar que as irregularidades cometidas não foram apenas do autuante encarregado da informação fiscal, o qual não juntou qualquer documento para justificar as modificações procedidas no Auto de Infração.

Diz que a manifestação do segundo autuante está em desconformidade com o art. 127, § 5º do RICMS/BA, que prevê a contagem de prazo a partir do primeiro dia do retorno de férias e que a participação do segundo autuante dificultou a sua primeira defesa ao modificar a autuação.

Questiona se o fiscal estranho ao feito ou Inspetor Fazendário tem competência para propor mudança na descrição dos fatos ou reabertura dos prazos de defesa que entende ser do CONSEF.

Afirma que na informação fiscal prestada pelo fiscal estranho ao feito, foram mantidos os valores, mas foram modificadas as datas de vencimento e da ocorrência, o que demonstra que o mesmo desconhece os fatos.

Alega que a multa de 100% aplicada demonstra falta de credibilidade nos procedimentos fiscais, tendo em vista que não apura o imposto por regime de arbitramento, tendo o mesmo sido determinado por livre arbítrio do autuante e do Inspetor Fazendário, sem o devido amparo legal.

Assevera que a comunicação da Inspetoria Fazendária, de que seria instituído o Ponto Fixo, recebida pelo autuado em 19/07/04, bem como a intimação do autuante de 10/11/04 descrevem “o débito do ICMS apurado pelo regime normal” e que não poderia por livre arbítrio arbitrar a base de cálculo do imposto, sem que justificasse sua aplicação.

Pondera que nos meses de abril a junho, o trabalho de coleta de dados foi feito durante quatro dias de cada mês por Agentes de Tributos e não Auditores Fiscais, que não participaram dos procedimentos fiscais e que desconhecem os fatos para que pudessem fazer a autuação.

Afirma que pelas irregularidades cometidas pelo Inspetor Fazendário e autuante, o Auto de Infração deve ser declarado nulo nos termos do art. 18, II, III e IV “b”, do RPAF/BA, que transcreveu à fl. 138, pelo fato de que os atos praticados e as decisões foram proferidas com preterição do direito de defesa.

E por fim, requer a anulação da informação fiscal e do Auto de Infração.

O autuante produziu sua informação fiscal (fl. 154 a 156) e diz que acolhe a correção da infração proposta pelo fiscal estranho ao feito, ficando, no entanto, mantidas as datas dos fatos geradores e prazos de vencimentos indicados no Auto de Infração, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA, do qual o autuado tomou conhecimento e produziu nova defesa.

Descreveu a infração e indicou, no demonstrativo de débito, as datas de ocorrência do fato gerador em 30/07/04; 30/08/04 e 30/09/04 com datas de vencimento correspondentes de 09/08/04; 09/09/04 e 09/10/04.

Diz que o contribuinte tem um histórico de operações praticadas sem a devida emissão de documentos fiscais e que após a lavratura de dois Autos de Infração de nºs 298937.0001/01-0 e 281077.0006/02-6, sequer se defendeu. Foi então, submetido a uma operação de ponto fixo, no período de abril a junho de 2004 para levantar o seu real montante tributável, cuja metodologia é prevista no art. 938, I-A, combinado com o parágrafo 8º do mesmo artigo do RICMS/97.

Afirma que ficou comprovado que os débitos lançados mensalmente no seu registro de apuração do ICMS eram notoriamente inferiores aos apurado pela operação ponto fixo.

Diz que a defesa procura confundir a apuração do ICMS pelo regime normal e o do arbitramento da base de cálculo, sendo que, no primeiro caso, a apuração e o recolhimento do imposto é feito pelo contribuinte sob condição de ulterior homologação pelo fisco e o segundo, instituído pela Fazenda Pública com o fundamento previsto no art. 148 do CTN, e obedecidos os procedimentos operacionais previstos no Regulamento do ICMS.

Contradiz os argumentos defensivos de que as vendas caíram no trimestre de Julho a Setembro, tendo em vista que as DMA`s apresentadas no mesmo período do ano de 2003, demonstram que os débitos de “abril a junho são menores que o do trimestre de julho a setembro” (fl. 142 a 153).

Quanto à inclusão de documentos cancelados no valor do débito apurado, diz que “as fotocópias das notas fiscais canceladas, trazidas aos autos pela defesa às fls. 59 a 61, são do dia 23/04/04, que não faz parte do período do levantamento do ponto fixo, conforme se pode verificar às fls. 11 a 15”.

Por fim, requer a manutenção da autuação com a correção do seu enquadramento.

## **VOTO**

O Auto de Infração trata da exigência de ICMS relativo a apuração do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento.

O autuado pediu a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que foi enquadrada a irregularidade apurada no art. 937, II do RICMS/BA, mas que conforme previsto no inciso I do mesmo artigo não havia sido intimada pela fiscalização para apresentar qualquer livro ou documento fiscal.

Quanto ao enquadramento nos termos do inciso II indicado no Auto de Infração como dispositivo infringido, alegou que o autuante não atendeu ao disposto no parágrafo único que trata da autorização para aplicação do arbitramento.

Na informação fiscal prestada por fiscal estranho ao feito (fl. 130), foi corrigido o enquadramento para o art. 937, IV do RICMS/97 e intimado o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, com reabertura do prazo de defesa.

O autuado alegou que a indicação do enquadramento inicial (art. 937, II do RICMS/97) indicava “omissão de lançamentos nos livros fiscais ou escrita geral do estabelecimento” enquanto que, na informação fiscal foi corrigido para art. 937, IV do mesmo Regulamento o que indicava “falta de emissão de documento fiscal a que esteja obrigado o contribuinte, ou emissão em desconformidade com a operação realizada”. Afirmou que, tanto a indicação do primeiro enquadramento como a do segundo, não foi trazida ao processo as provas documentais que justificassem a mudança da descrição dos fatos e enquadramento da infração.

Verifico que os documentos acostados ao processo às fls. 05 a 52, comprovam que o autuado foi comunicado da adoção de um “ponto fixo” como meio de fiscalização, conforme disposto no art. 938, I-A do RICMS/97. Entretanto, não constatei no processo as provas que motivaram a adoção do arbitramento como forma de apuração da base de cálculo do imposto, tanto da indicada no enquadramento inicial (art. 937, II do RICMS/97) como na indicada pelo fiscal estranho ao feito na primeira informação fiscal (art. 937, IV do RICMS/97).

Da análise dos incisos indicados como infringidos no lançamento, o art. 937 do mencionado Regulamento prevê:

*“Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:*

...

*II - omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento;*

...

*IV - falta de emissão de documento fiscal a que esteja obrigado o contribuinte, ou emissão em desconformidade com a operação realizada;*

...

*Parágrafo único. As ações e omissões descritas nos incisos II e III só autorizam o arbitramento da base de cálculo quando a escrituração fiscal ou contábil do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias, ou valor dos serviços prestados, conforme o caso.”*

Conforme alegado pelo autuado, não constato nos autos nenhuma prova de que o contribuinte “omitiu lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento” de modo que a escrituração se tornasse insuficiente para determinar o valor das entradas, saídas e dos estoques de mercadorias, conforme disposto no inciso II e parágrafo único do art. 937. Da mesma forma, não foram juntadas ao processo, as provas de que o contribuinte deixou de emitir documentos fiscais a que estava obrigado ou em desconformidade com a operação realizada, nos termos do inciso IV do mesmo artigo, tudo do RICMS/97.

Ressalto que este é o entendimento prevalente no CONSEF, conforme Súmula de nº 05, que transcrevo:

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, inexistindo motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **n.º 269182.0004/04-1** lavrado contra **AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA –RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR