

**A. I. N°** - 129423.0008/05-0  
**AUTUADO** - COMERCIAL ANJOS & FREIRE LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA LUIZA FREITAS AMARAL  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 20. 09. 2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0323-04/05

**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 15/06/2005, exige ICMS e multa, totalizando o valor de R\$ 79.103,83, em razão da falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, pela divisão do valor total das saídas apuradas em levantamento fiscal do movimento diário 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.

O autuado, através de seu representante legal, ingressa com defesa às fls. 117 a 131, na qual tece os seguintes argumentos:

Prefacialmente, argumenta que não foi fornecida, à empresa, a cópia do demonstrativo de elaboração do arbitramento, juntamente com todos os seus cálculos e documentos anexos, o que configura desobediência ao que determina o RPAF/BA, salientando que o fato prejudicou o exercício do seu direito de defesa.

Informa que o único documento apresentado, pelo autuante, foi o Demonstrativo do ICMS a Recolher – Operação Ponto Fixo, sem prestar quaisquer esclarecimentos, tais como a discriminação da base de cálculo e da alíquota aplicada, destacando que a afirmação pode ser ratificada mediante o próprio recibo, de cópias de documentos, encaminhado pelo autuante.

Relativamente à alegação de que a empresa “deixou de emitir documento fiscal ou o emitiu em desconformidade com a operação realizada”, aduz que não guarda correspondência com a realidade fática, haja vista que não foi informado, em que momento, a transgressão regulamentar ocorreu, bem como não foi verificado se o autuado dava, de fato, ensejo ao arbitramento procedido, o que revela um desrespeito à prescrição contida no ‘caput’ do artigo 937 do RICMS/BA, dispositivo legal que estabelece os requisitos para o implemento do arbitramento da base de cálculo.

Nesse diapasão, com suporte legal nos acórdãos de nºs 0042/99 e 0162/99, ambos proferidos pela Junta de Julgamento Fiscal e na Súmula 76 do extinto Tribunal Federal de Recursos, sustenta que a figura, do arbitramento fiscal, não é critério alternativo de presunção de fatos jurídicos, ou bases de cálculo que possa ser utilizado de acordo com a simples vontade da autoridade fiscal.

Ressalta, por fim, com fulcro no §8º do artigo 938 do RICMS/BA, que não consta dos autos do presente PAF, qualquer autorização prévia do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do autuado.

Com arrimo nas alegações expostas, requer seja o Auto de Infração em contenda julgado nulo, em consonância com o requerimento preliminar. Entretanto, caso não seja atendido o referido pedido preliminar, pugna pela improcedência da autuação efetuada.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 134 e 135, nos seguintes termos:

Em princípio, salienta que o autuado, em sua peça impugnatória, não apresentou argumentos capazes de caracterizar a improcedência do levantamento fiscal realizado, haja vista que o autuado teve total conhecimento de todos os documentos e demonstrativos acostados ao presente PAF, consoante corroboram os documentos, dispostos nas fls. 10 a 85.

Informa, ainda, que todos os demonstrativos elaborados durante os meses de abril, maio e junho (Operação Ponto Fixo), os quais serviram para demonstrar o movimento econômico da empresa, foram devidamente assinados pelo seu representante legal.

Ressalta que o autuado foi, regularmente, comunicado pelo Inspetor Fazendário de Vitória da Conquista, do resultado da aludida operação, informando que a partir do levantamento do movimento econômico do estabelecimento, ficou constatado que a média mensal do débito do ICMS, apurado pelo Regime Normal, correspondeu a R\$ 19.971,13 e que, com base nessa média, e no Livro Registro de Apuração de ICMS, chegou-se a novos valores a recolher. Por derradeiro, assinala que, na ocasião do comunicado, o Sr. Inspetor informou à empresa que, se porventura, fosse verificado que a média mensal de valores do débito do imposto estivesse inferior à média apurada no levantamento do movimento econômico, seria causa para a lavratura de auto de infração, conforme dispõe o §8º do artigo 938 do RICMS/BA.

Com base nos argumentos aduzidos, ratifica todos os termos do Auto de Infração em tela.

## **VOTO**

O Auto de Infração, em análise, exige ICMS relativo a apuração do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documento fiscal ou em desconformidade com a operação realizada.

O autuado pediu a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que foi enquadrada a irregularidade apurada no art. 937, IV do RICMS/BA, mas o autuante sequer verificou se o autuado se enquadrava em algumas das hipóteses legais de arbitramento, além do que não houve a impossibilidade de se apurar o montante real da base de cálculo, pois, inclusive, seus livros e documentos fiscais, encontra-se à disposição da fazenda pública estadual, para que sejam verificadas as suas operações, seja através dos seus livros fiscais, ou em sua máquina registradora.

Verifico que os documentos acostados ao processo às fls. 09 a 85, 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 há no processo a comprovação dos motivos para a adoção do arbitramento, como forma de apuração da base de cálculo do imposto, baseada no 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:*

*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.”*

Compulsando os autos, verifico que 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 artigo 937 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, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.”*

Referendando o entendimento acima, em matéria semelhante, a 3ª JF decidiu pela nulidade de Auto de Infração, manifestada através do Acórdão JF nº 0140-03/05, cujo teor foi mantida no Acórdão CJF nº 0263-11/05, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, deste CONSEF.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **n.º 129423.0008/05-0** lavrado contra **COMERCIAL ANJOS & FREIRE LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2005

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR