

PROCESSO - A. I. Nº 020747.0106/05-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL CELMI LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0056-04/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14/07/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. O procedimento de apuração do imposto foi efetuado com base nas despesas gerais da empresa. Inadequado o método de fiscalização aplicado ao caso. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício instaurado, relativo ao Auto de Infração lavrado em 30/06/2005, exigindo ICMS no valor de R\$2.868.628,48, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. ICMS de R\$28.940,31 e multa de 60%.
2. Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. A infração foi constatada através das Notas Fiscais de Entradas fornecidas pela Empresa. ICMS de R\$5.486,09 e multa de 60%.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas Fiscais arrecadadas na Gerência de Trânsito. Multa de R\$16.792,45.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$4.001,84.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$46.516,18 e multa de 60%.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. As notas fiscais que deram origem à cobrança desta multa foram arrecadadas, nos Fornecedores da Empresa Fiscalizada, pela INFIP. Multa de R\$36.562,83.
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. As notas fiscais que deram origem à cobrança desta multa foram arrecadadas nos Fornecedores da Empresa fiscalizada pela INFIP. Multa de R\$3.951,42.
8. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. As notas fiscais que deram origem à esta infração foram arrecadadas nos Fornecedores da Empresa Fiscalizada, pela INFIP. ICMS de R\$473.795,73 e multa de 60%.
9. Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. ICMS de R\$2.252.581,63 e multa de 100%.

A ilustre 4ª JJF deliberou que o presente PAF fosse encaminhado à Inspetoria de origem, para que auditor fiscal estranho ao feito analisasse a infração 9, conservando os valores que efetivamente

referiram-se às despesas do estabelecimento. A resposta à diligência solicitada, opinou pela permanência integral do valor arbitrado como base de cálculo para apuração do ICMS devido, em virtude de não terem visto a necessidade de elaboração de novos demonstrativos de débito.

E como a diligência não foi realizada na forma solicitada, o entendimento da ilustre 4ª JJF foi de novo encaminhamento à Inspeção, fato a posteriori considerado desnecessário.

Observam os Srs. julgadores, que consoante análise dos documentos do PAF, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99.

Relatam que no mérito o autuado não contestou a infração 1, relativa a valores de ICMS destacado nas notas fiscais de saídas e escrituradas a menor, conforme fl. 13, na qual tem-se especificados o ICMS mensalmente, o ICMS lançado e a diferença de ICMS a recolher ora exigida, conforme planilhas analíticas de notas fiscais às fls. 25 a 277. Ressaltam que a empresa não contestou esta infração, o que implica no seu reconhecimento tácito.

Passam à infração 2, dizendo que a empresa não trouxe qualquer fato ou documento que pudesse descaracterizar o levantamento de fls. 280 a 283. A infração foi constatada através das notas fiscais de entradas fornecidas pela empresa. A cópia do livro Registro de Entradas encontra-se às fls. 284 a 305, pelo que a infração fica mantida.

Dizem das infrações 3 e 4, que impuseram multas pelos descumprimentos de obrigações acessórias, em virtude de detecção de notas fiscais arrecadadas pela Gerência de Trânsito as quais não foram registradas na escrita fiscal. Verificam os srs. Julgadores que na fl. 307, a planilha especifica as notas fiscais relativas a mercadorias tributáveis, objeto da acusação, e que as vias das notas fiscais destinadas ao fisco encontram-se às fls. 308 a 319, constando como destinatário a empresa autuada. Outrossim, na fl. 321, e fls. 323 a 342 do PAF encontram-se o demonstrativo e vias das notas fiscais de mercadorias não tributáveis, relativas à multa imposta na infração 4. Como não comprovam que as notas fiscais foram efetivamente escrituradas no livro fiscal competente, as infrações ficam mantidas.

A infração 5 também foi originada por notas fiscais arrecadadas pela Gerência de Trânsito, sendo que a empresa além de não efetuar o registro em sua escrita, não antecipou o ICMS.

Indicam os ilustres julgadores que o demonstrativo de fl. 322, refere-se a notas fiscais capturadas no CFAMT, e as 3ªs vias das notas fiscais destinadas ao fisco estão anexas às fls. 323 a 342.

Dizem da alegação do autuado, de que o fisco não comprovou a efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento. As notas fiscais objeto deste item do Auto de Infração, foram emitidas por empresas idôneas, tais como Belga Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., Leardini Pescados Ltda., DaGranja Agroindustrial Ltda., além de ReiFrango Abatedouro Ltda., Frango DM Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., Kaefer Avicultura Ltda., Cosisa Agroindustrial S.A, Friboi Ltda., e foram destinadas à Comercial Celmi Ltda., inscrita no Estado sob nº 56.135.361, que é a inscrição do estabelecimento autuado. Ademais, foram capturadas nos postos fiscais do Estado da Bahia, quando do trânsito das mercadorias neste Estado. Infração mantida.

Passam às infrações 6 e 7, as quais resultaram de notas fiscais arrecadadas pela INFIP, Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa, junto aos fornecedores da autuada. Estão sendo aplicadas as multas de 1% e de 10%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias, cujas notas fiscais de aquisições não foram lançadas no livro Registro de Entradas.

Indicam que as notas fiscais relativas à infração 06 estão relacionadas no demonstrativo de fls. 343 a 346, e referem-se a carne suína e frango, e o levantamento referente à infração 7, encontra-se à fl. 347. Infrações mantidas.

Quanto à infração 8, relativa à falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, esta também decorreu de notas fiscais de fornecedores, arrecadadas pela INFIP, Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa. O levantamento às fls. 348 a 351 do PAF

discrimina essas notas fiscais e as cópias das mesmas encontram-se às fls. 352 a 478, e foram destinadas à empresa autuada.

Em consequência, a ilustre JJF não acata os argumentos defensivos, pois o contribuinte não comprovou a inexistência da acusação. Infração mantida.

A infração 9 resultou de arbitramento da base de cálculo, com base nas despesas do estabelecimento, geradas pelo fornecimento em parte das notas fiscais de saídas do mês de agosto, e da totalidade das mesmas nos meses de novembro e dezembro.

Informam os Srs. Julgadores, ter a empresa, conforme Termo de Arrecadação efetuado pela INFIP, fornecido apenas parte das notas fiscais de saídas referentes ao exercício de 2004. Das notas entregues falta a ordem de seqüência na emissão de todos os meses. Não foram fornecidas parte das notas fiscais referente ao mês de agosto, bem como, a totalidade das notas fiscais de novembro a dezembro, já que foram entregues as Notas Fiscais de nºs 14.851 a 23.600 (fora de ordem de seqüência); 25.051 a 25.900 (fora de ordem de seqüência), e, 26.651 a 28.250 (fora de ordem de seqüência), estas últimas referentes ao mês de outubro/04; ou seja, faltando quase a totalidade das notas fiscais do mês de agosto/04, e, as notas fiscais de novembro e dezembro/04. Ressaltam que a empresa, conforme sistema desta SEFAZ, obteve autorização para confecção de notas fiscais de 000001 até o número 31500.

Os dados para o arbitramento foram obtidos através de cópia de arquivos conforme autorização judicial (mandado de Busca e Apreensão nº 584105-9/2004 de 06/12/2004, concedido pelo juiz da Comarca de Porto Seguro, documentos anexados em CD e formulários, dados estes copiados conforme 2 (dois) Recibos de Arquivo Eletrônico, fls. 11 e 12 do presente processo) Esclarecem que o arbitramento foi efetuado com base nas despesas do estabelecimento, cujos dados encontram-se arrolados a este processo.

No compulsar dos autos, verificam os julgadores que para o cálculo do arbitramento, o autuante aplicou método previsto no art. 938, II, “b” do RICMS/97, relacionando supostas despesas nas planilhas de fls. 485 a 626, computando, inclusive, parcelas da Conta Caixa e da Conta bancos, pagamentos de duplicatas relativos às aquisições de mercadorias e respectivos fretes, depósitos e saques bancários, enfim valores que não se referem às despesas gerais do estabelecimento.

E informam que além do equívoco acima cometido pelo autuante, ao computar custos como despesas gerais do estabelecimento, no caso em lide não há a possibilidade da aplicação do arbitramento, tal como efetuado, pois na empresa autuada poderiam ter sido aplicados outros roteiros normais de fiscalização. Sendo a atividade administrativa plenamente vinculada, o imposto deve ser exigido quando efetivamente tenha ocorrido o fato gerador e a fiscalização dispõe de meios para a apuração do imposto sem que lance mão do método baseado nas despesas do estabelecimento, como indevidamente ocorreu neste caso.

Em decorrência ao exposto, o procedimento de apuração do ICMS pelo método do arbitramento, com base nas despesas gerais, aplicado a todo o exercício de 2004, em razão do extravio de parte dos documentos fiscais, não merece acolhida, devendo ser declarado nulo. E julgam pela nulidade deste item.

Em seu relatório final, ilustre JJF julga pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

VOTO

Decorrente do Recurso de Ofício interposto pela ilustre 4ª. JJF, acerca da presente Decisão, esta Câmara de Julgamento Fiscal, 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, passa à análise e votação acerca da lide em comento.

Resta plano, de início, ressaltar que o fulcro do Recurso de Ofício foca unicamente na infração consignada no Auto de Infração, sob o número 9, dadas as outras 8 terem sido mantidos na íntegra os seus lançamentos de ofício.

Referida infração consistiu no arbitramento da base de cálculo, tendo utilizado o agente fiscal do procedimento delineado no art. 938, inciso II, alínea “b” do RICMS/BA, cuja transcrição é a

seguinte “Inciso II – conhecendo-se os valores das despesas gerais do estabelecimento durante o período, admite-se que esses valores atualizados monetariamente até o final desse período, seja equivalente a: “alínea b” – 20% do valor das saídas no mesmo período, para jóias, artigos de perfumaria, armarinho, confecções e artefatos de tecidos.”

E a adoção do processo de arbitramento da base de cálculo, ocorreu em virtude do fornecimento parcial de notas fiscais de saídas do mês de agosto/04, e da totalidade das mesmas relativas aos meses de novembro e de dezembro desse mesmo ano. Os dados para o arbitramento foram obtidos mediante cópias de arquivos, conforme Mandado de Busca e Apreensão nº 584105-9/2004, concedido pelo juiz da Comarca de Porto Seguro, documentos anexados em CD e formulários, fls. 11 e 12 do PAF, e todos os dados com base nas despesas do estabelecimento.

Inadvertidamente o agente autuante colheu supostas despesas, as relacionando nas planilhas a fls. 485 a 626, computando entre as mesmas parcelas das contas de Caixa, de Bancos, quitações de duplicatas relativas a fornecimentos de mercadorias e seus correspondentes fretes, depósitos e saques bancários, enfim valores que não se referem às despesas gerais, conforme preceituado no art. 938 retro indicado.

Resulta claro outro equívoco praticado pelo agente autuante, ao lado deste que consistiu em computar valores ativos, custos, movimentação de disponibilidades, todos como se despesas gerais fossem, que foi o de não perceber a não possibilidade de aplicação do roteiro de fiscalização tal como intentado, ao invés de utilizar o roteiro normal de fiscalização.

O imposto deve ser exigido quando houver ocorrido o fato gerador, e a fiscalização dispõe de meios para apuração sem ser necessário lançar mão do malfadado expediente praticado nesta lide.

A infração 9, entendo que é NULA, portanto, voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **020747.0106/05-0**, lavrado contra **COMERCIAL CELMI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$554.738,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$61.308,54**, previstas no art. 42, IX, XI, da citada lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS