

**A. I. Nº** - 206885.0063/07-8  
**AUTUADO** - ADILSON ALVES M DE JEQUIÉ  
**AUTUANTE** - JAMENSON GUEDES DE ARAÚJO  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**INTERNET** - 25/10/2007

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0346-03/07**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Inexistência de elementos que justifiquem o arbitramento. Indeferido o pedido de diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/05/2007, exige ICMS no valor de R\$187.768,71 acrescido da multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao Fisco, de documentação fiscal e contábil. Consta, na descrição dos fatos, que foram apuradas as seguintes irregularidades: Exercício de 2002 - foi realizado arbitramento da base de cálculo por extravio dos documentos fiscais, conforme Termo de Fiscalização, parte integrante do lançamento de ofício, e obedecendo ao ritual preconizado nos artigos 937 a 939-A do RICMS vigente, sendo assim, apuramos uma saída arbitrada com base no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT de R\$872.474,71, com MVA incluso de 52,85%, de acordo com os Convênios ICMS nº 76/94 e 04/95, sendo aplicada a alíquota de 17% que resultou em ICMS a recolher ao erário estadual no valor de R\$148.320,70 do que, deduzidos os créditos referentes às compras do exercício em questão no valor de R\$37.968,96 e do ICMS efetivamente recolhido ao erário no valor de R\$28.107,89, resultou em um valor final a ser recolhido de R\$82.243,85. Exercício de 2003 – idem, idem, idem, apuramos uma saída arbitrada no valor de R\$912.199,64, com MVA incluso de 42,85%, de acordo com os Convênios ICMS nº 76/94 e 04/95, sendo aplicada a alíquota de 17% que resultou em ICMS a recolher ao erário estadual no valor de R\$155.073,93 do que, deduzidos os créditos referentes às compras do exercício em questão no valor de R\$20.410,68 e do ICMS efetivamente recolhido ao erário no valor de R\$29.138,39, resultou em um valor final a ser recolhido de R\$105.524,86. Vale ressaltar que toda a arrecadação, assim como todo o crédito apurado, tiveram como base os controles internos da SEFAZ pela razão de os parcos documentos apresentados não apresentarem idoneidade suficiente para que pudéssemos nos respaldar nos mesmos. Todo o procedimento encontra-se descrito no Termo de Fiscalização que vai anexo ao presente Auto, respaldado no RICMS vigente. Vale ressaltar que se trata de Farmácia com venda de medicamentos em geral, o método utilizado para efetuar o arbitramento foi o de aglutinação de meses.

Constam, nos autos, cópia de e-mail endereçado pela contabilidade da empresa ao auditor (fl.04), intimações para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 05 e 06), Termo de Fiscalização (fl.08), Relação de DAES do ano de 2003 (fls. 09 e 10), Relação de DAES de 2002 (fls. 11 e 12), listagem do CFAMT de notas fiscais endereçadas ao contribuinte nos exercícios de 2002 (fls. 13 a 21) e 2003 (fls. 22 a 31), Demonstrativo de Apuração da base de Cálculo através de Arbitramento (Custo de Mercadorias Vendidas – CMV) dos exercícios de 2002 e de 2003 (fl. 32 e 33).

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 36 a 41 argüindo, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício por inadmissibilidade do arbitramento, transcrevendo parte do artigo 937 do RICMS/BA, e alegando que o auditor não traz aos autos elemento que indique ter o defendente incorrido na prática de sonegação e que, por isto, não se

admite a aplicação do arbitramento. Assinala que se trata de farmácia e que, por conseguinte, todas as suas mercadorias têm o imposto recolhido antecipadamente, afirmação que entende suficiente para a declaração de nulidade do Auto de Infração. Aduz que a própria documentação anexada pelo autuante, relatório da SEFAZ constando as notas fiscais de compras do autuado, corrobora a tese da nulidade do lançamento de ofício. Quanto ao método aplicado, alega que se o autuante dispunha dos números com os “valores reais”, considerando o citado relatório com as compras do autuado, não poderia arbitrar, porque o arbitramento normalmente só se aplica, cumulativamente à hipótese de prática de sonegação, quando não é possível fixar a base de cálculo. Que o mero exame das notas fiscais a que alude a relação exibida pelo auditor demonstra que não existe débito do imposto estadual. Que, no caso de produtos farmacêuticos, não há ICMS a recolher, tendo em vista a responsabilidade legal do sujeito passivo por substituição, no caso, o distribuidor, ou fabricante. Que, quanto aos demais produtos, de menor relevância no movimento comercial da empresa, o ICMS foi recolhido antecipadamente, o que consta nos demonstrativos anexados pelo autuante, nos montantes de R\$28.107,89 em 2002, e R\$29.138,39, em 2003.

Alega a improcedência do lançamento de ofício por sobreposição de ilegalidades, afirmando ter sido informado ao autuante, por ocasião dos trabalhos de fiscalização, ter havido o extravio dos livros fiscais da empresa, em virtude do que o autuado solicitou um prazo para a reescrituração dos mesmos, no que não foi atendido. Que o preposto fiscal, ao invés de seguir os ditames e infligir uma multa formal pelo extravio, optou pelo arbitramento. Que tal medida surpreendeu o contribuinte e que, sendo o autuado empresa varejista que comercializa com produtos farmacêuticos, a legislação estadual impõe o recolhimento antecipado do ICMS tanto nas aquisições internas quanto nas interestaduais, estas por força do Convênio ICMS nº 76/94, pelo que o autuante exigiu imposto sobre operações que já se encontravam com o tributo recolhido antecipadamente, não havendo mais o que recolher ao erário, pelo fato de o sujeito passivo ser o fabricante, ou o distribuidor dos produtos comercializados pela farmácia.

Que as argumentações defensivas se comprovam nos papéis acostados pelo autuante e que este optou por não anexar as vias dos documentos fiscais, o que daria mais clarividência do desacerto da ação fiscal.

Relata que o arbitramento lastreou-se em documento interno da SEFAZ, que elenca supostas notas fiscais adquiridas pelo autuado em 2002 e 2003, cita que se trata de farmácia, e transcreve o artigo 356 e o §2º do artigo 353, ambos do RICMS/BA, aduzindo que o autuante, no Termo de Fiscalização, assegura que o elemento que serviu de base à apuração do débito foram as entradas de mercadorias capturadas pelo CFAMT em 2002 e 2003, e que, assim, houve bi-tributação de mercadorias adquiridas por farmácia, com o agravante de se valer de arbitramento sem admissibilidade legal.

Conclui reafirmando a impropriedade do lançamento de ofício e aduzindo que anexa ao processo cópias das notas fiscais de compras dos exercícios de 2002 e de 2003, e cópias dos livros Registro de Apuração de ICMS e Registro de Entradas relativos ao exercício de 2002, os quais conseguiu reescrever “em tempo hábil”, pedindo a declaração de nulidade do presente Auto de Infração. Constam, às fls. 42 a 66, cópia do livro Registro de Apuração 2002; às fls. 67 a 89, cópia do livro Registro de Entradas 2002; às fls. 90 a 1072, cópias de notas fiscais de entradas e Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE atinentes ao exercício de 2003.

O autuante presta informação fiscal às fls. 1075 e 1076 (volume III) aduzindo que, com fundamento nas normas que regem o ICMS na Bahia, o contribuinte foi autuado com imposto calculado por meio de arbitramento, por não ter atendido às intimações de 02 e 11/05/2007, tendo sido o Auto de Infração lavrado em 31/05/2007, portanto praticamente após um mês e duas intimações sem resposta plausível por parte do intimado. Aduz que toda a ação fiscal foi respaldada nos artigos 937 a 939-A do RICMS, inexistindo quaisquer atos de arbitrariedade alegados pelo sujeito passivo.

Assevera que o contribuinte teve o tempo necessário para a apresentação de toda a documentação fiscal exigida, inclusive notas fiscais, as quais, após a devida autuação, foram trazidas à baila, sem nenhuma autenticação que dê fé probante de que são verdadeiras, pelo que “não devemos lhes dar o crédito merecido”. Assinala que o e-mail do contador da empresa (fl. 04), datado de 17/05/2007, é elucidativo, que o mesmo confessa o extravio dos documentos fiscais da empresa e que convém observar as “pseudo cópias” do livro Registro de Apuração do ICMS acostado ao processo (fls. 42 a 63), no qual estão lançados valores “longe de fechar com os valores apurados via CFAMT”.

Aduz que, caso paire dúvidas com referência à presente ação fiscal, seja realizada diligência por fiscal estranho ao feito para apuração da presente ação fiscal, inclusive quanto aos exercícios de 2004 a 2006 e, se possível, que se estenda tal procedimento a toda a rede de farmácias 24 (vinte e quatro) horas em Jequié.

Conclui expressando a expectativa de julgamento favorável à Fazenda Pública Estadual.

### **VOTO**

Preliminarmente indefiro, com base no artigo 147, I, alínea “a”, do RPAF/99, o pedido de diligência formulado pelo autuante por se encontrarem, no processo, os elementos suficientes à formação de minha convicção.

Observo que o Auto de Infração, lavrado pelas razões já expostas, lastreou-se, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto lançado, em duas listagens do CFAMT nas quais estão relacionadas notas fiscais endereçadas ao contribuinte nos exercícios de 2002 (fls. 13 a 21) e 2003 (fls. 22 a 31), e não nas notas fiscais nas mesmas elencadas.

A partir dos dados constantes nessas listagens, o preposto do Fisco elaborou os Demonstrativos de Apuração da base de Cálculo através de Arbitramento (Custo de Mercadorias Vendidas – CMV) dos exercícios de 2002 e de 2003 (fl. 32 e 33), conforme se comprova a partir da comparação entre os valores alocados no item “Custo de Mercadorias vendidas” e o valor total dos produtos citados nas listagens, em cada exercício.

Assim, para o exercício de 2002, na listagem do CFAMT à fl. 21, consta o valor total dos produtos de R\$610.762,84, montante este repetido no Demonstrativo de Arbitramento de fl. 32 como Custo de Mercadorias Vendidas (CMV), e para o exercício de 2003, na listagem à fl. 22, consta o valor total dos produtos de R\$638.571,68, montante este repetido no campo Custo de Mercadorias Vendidas (CMV) do Demonstrativo de Arbitramento de fl. 33.

Inexiste segurança para afirmar que todas as notas fiscais constantes das citadas listagens do CFAMT eram, de fato, endereçadas ao autuado, e qual a situação tributária de cada um dos produtos descritos nessas notas fiscais, sem a verificação desses dados nos documentos fiscais listados, que não estão acostados ao processo.

Tal inconsistência poderia ser sanada administrativamente com a anexação das notas fiscais ao processo, e sua verificação pelo autuante, corrigindo possíveis incorreções aritméticas do lançamento de ofício, sem ensejar, de pronto, a declaração de nulidade do Auto de Infração, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 18 do RPAF/99.

Porém, existindo tais notas fiscais coletadas no CFAMT, além das notas fiscais anexadas pelo contribuinte ao processo, às fls. 90 a 1072, atinentes ao exercício de 2003, e cópias das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE também relativas a 2003, documentos esses dos quais poderia o auditor verificar a idoneidade que questiona na informação fiscal, e existindo também os livros fiscais cujas cópias foram anexadas pelo contribuinte às fls. 42 a 66 (livro Registro de Apuração 2002) e às fls. 67 a 89 (livro Registro de Entradas 2002), o Fisco poderia ter aplicado outros procedimentos fiscais em lugar da realização do roteiro de arbitramento.

Poderia, por exemplo, verificar se todas as entradas objeto das notas fiscais listadas no CFAMT eram de fato tributáveis pelo Estado da Bahia – em especial sendo o autuado farmácia, por conseguinte com comercialização de mercadorias sob regime de antecipação tributária - e se os respectivos recolhimentos, de responsabilidade do sujeito passivo, foram efetivados regularmente, como afirma o contribuinte. Ou poderia, ainda, em relação ao exercício de 2002, verificar o lançamento fiscal dos documentos de aquisição, ou outros roteiros de auditoria.

Quanto ao fato de o contribuinte não ter atendido às duas intimações citadas no Relatório pelo autuante, e acostadas ao PAF, isto, por si só, não possibilita a adoção do arbitramento, uma vez que existem as notas fiscais oriundas do CFAMT, como afirma o autuante, além dos documentos acostados aos autos pelo defendente, que viabilizam a realização de outros roteiros de auditoria, conforme já mencionado neste voto.

Acato o pedido de declaração de nulidade do procedimento fiscal, conforme impugnação ao lançamento de ofício, nos termos da Súmula nº 5 deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, por ter verificado que, nos autos, não está comprovada a impossibilidade da realização de outros roteiros de fiscalização:

*SÚMULA CONSEF Nº 05*

*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.*

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206885.0063/07-8, lavrado contra **ADILSON ALVES M DE JEQUIÉ**, recomendando à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções.

Esta Junta recorre de ofício 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR