

**PROCESSO** - A. I. Nº 0318175002/95  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ANTONIO JOAQUIM DA SILVA (MERCADINHO SILVA)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 21/07/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJE Nº 0181-11/09

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de ilegalidade flagrante no presente lançamento de ofício, decorrente da não identidade dos fatos infracionais descritos no lançamento em epígrafe e os fatos ensejadores da imputação infracional. Comprovada nos autos a ausência de prova do elemento ensejador do arbitramento, ou seja, a falta de apresentação de notas fiscais de entradas de mercadorias e livro Registro de Inventário. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face ao Controle da Legalidade, exercido por este órgão, que propõe que o CONSEF aprecie a referida Representação para que seja decretado nulo o presente Auto de Infração, diante da *“falta de comprovação do extravio dos livros Inventários e Notas Fiscais de entrada”*, por concluir no sentido de que a autuação apresenta *“fundamentação incoerente e incorreta do método extremo do arbitramento da base de cálculo”*, instando esse CONSEF a reconhecer a sua nulidade, com consequente extinção do débito respectivo.

O relatório da PGE/PROFIS, às fls. 77 a 80 dos autos, subscrito pelas procuradoras Dr<sup>a</sup>. Maria Dulce Baleeiro Costa e Dr<sup>a</sup>. Paula Gonçalves Morris Matos, aduz que o Auto de Infração decorreu do fato do *“contribuinte deixou de apresentar livro de Registro de Inventário e Notas Fiscais de Entradas de Mercadoria (cópia xerografada do livro REM das não apresentadas em anexo), motivo pelo qual estamos arbitrando a referida empresa, com base no CMV conforme dispositivo Art. Nº 91 In. I do RICMS-Ba, Dec 2.460/89, face impossibilidade material de determinar a base de cálculo do imposto...”*

Informa ainda que, o contribuinte, apesar de intimado, não apresentou defesa, tendo sido lavrado o competente Termo de Revelia (fl. 44), sendo, na sequência, o débito inscrito em Dívida Ativa e ajuizada a ação de execução fiscal, em curso na comarca de Rio de Contas.

Também ressalta que, em 04/05/2007, a Procuradoria Regional de Vitória da Conquista remeteu o processo à Coordenação Extrajudicial da PGE/PROFIS, em razão do relatório elaborado pelo inspetor da INFAZ Brumado, contudo, considerando que o relatório anexado se referia a outro Auto de Infração, o processo foi devolvido ao mesmo remetente. Porém, às fls. 73 a 75 do PAF, finalmente, foram relatados vícios encontrados no presente processo, tendo sido acolhido o Parecer pela INFAZ Brumado.

Assim, mediante análise dos elementos constantes do processo, a PGEPROFIS observou que o relatório elaborado pela INFAZ de origem aponta equívocos que maculam o lançamento de ofício em questão, sendo o equívoco mais relevante, no entender da PGE/PROFIS, o relativo à fundamentação do arbitramento da base de cálculo, já que seria suficiente para inquinar de nulidade o Auto de Infração, passando a ser irrelevante a discussão da correção dos valores eventualmente devidos pelo contribuinte.

Neste sentido, consigna a PGEPROFIS que, o fiscal revisor assevera que nos rodapés das fls. 05 e 23 dos autos, é justificada a aplicação do arbitramento na falta de apresentação de Notas Fiscais de Entrada e do livro de Registro de Inventário, sob a alegação de extravio, não havendo, contudo, qualquer declaração do autuado ou outro documento que a substitua, atestando alegado extravio.

Assim, sustenta a PGE/PROFIS que, os fatos descritos conduzem à nulidade do Auto de Infração, por fundamentação incoerente e incorreta do método extremo do arbitramento da base de cálculo, ensejando vício insanável no procedimento fiscal, ante a incoerência na justificativa para o arbitramento da base de cálculo, razão que representa ao CONSEF para o fim de ver anulado o referido Auto de Infração.

Em virtude de ter sido designada para revisão dos pronunciamentos emanados pela Coordenação Extrajudicial da PROFIS, fl. 81, a procuradora Dr<sup>a</sup>. Leila Von Söhsten Ramalho, acompanha a Representação de fls. 77 a 80 dos autos.

À fl. 82 dos autos, o Procurador Assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, acolhe, por seus próprios fundamentos, o Parecer exarado às fls. 77 a 80 dos autos, que concluiu pela interposição de Representação ao CONSEF, em face da existência de ilegalidade no presente lançamento de ofício, decorrente da não identidade dos fatos inflacionais descritos no lançamento em epígrafe e os fatos ensejadores da imputação infracional.

## VOTO

No exercício do controle de legalidade a PGE/PROFIS interpõe Representação ao CONSEF para que decrete a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de ilegalidade flagrante na consecução do lançamento de ofício, visto que não restou comprovado o alegado extravio das notas fiscais de entradas e do livro Registro de Inventário, tidos como não apresentados, e, consequentemente, a impossibilidade material de determinar a base de cálculo do imposto, conforme justificado pelo autuante para a aplicação do arbitramento da base de cálculo.

Da análise dos autos, verifico que consta como base para a acusação fiscal apenas uma intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, consoante fl. 04, na qual se solicitam todos os livros fiscais, notas fiscais de saídas e de entradas. Contudo, tal lauda não enseja a conclusão de que foi apresentada ou não a documentação fiscal por parte do contribuinte, o que só seria possível através de um termo de arrecadação de documento fiscal, no qual se especificaria os documentos entregues à fiscalização.

Porém, caso ficasse comprovado que o sujeito passivo não havia apresentado os citados documentos fiscais de entradas e o livro Registro de Inventário, mesmo assim, não ensejaria, de imediato, a aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto, conforme procedeu a autuante, e muito menos sob a conclusão de que foram extraviciados. Nesta hipótese, caberia ao preposto fiscal renovar a intimação ao contribuinte para apresentação da documentação restante, sob pena de se aplicar o arbitramento da base de cálculo do ICMS, de forma a se documentar sobre a impossibilidade da apuração do imposto pelo método normal. Quanto à conclusão de extravio da referida documentação, só se faria pertinente através de uma declaração do próprio sujeito passivo.

Diante de tais considerações, corroboro com o entendimento exarado pela PGE/PROFIS de que:

*“Assim é que, não restam dúvidas acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal levado a efeito, neste particular, ante a incoerência na justificativa para o arbitramento da base de cálculo em face da falta de comprovação do extravio do livro de Inventário e notas fiscais de entrada”.*

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS proposta ao CONSEF, a fim de que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável, uma vez que, conforme consignado à fl. 80 dos autos, na hipótese *sub examine* não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, o que fulmina o próprio Auto de Infração, que em sua origem está equivocado pelo erro na fundamentação para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta, devendo ser encaminhado o Processo Administrativo Fiscal à INFAZ Brumado para lançamento do cancelamento do débito no sistema e comunicado a PGE/PROIN Vitória da Conquista para providências de extinção do processo de execução fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS