

**PROCESSO** - A. I. Nº 206825.0036/08-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. (LOJÃO DA EMBALAGEM)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0266-05/09  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 19/11/2009

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0311-11/09

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. ARBITRAMENTO. A falta de apresentação do livro Caixa referente aos exercícios de 2003 e 2004; das reduções “Z” dos meses de novembro e dezembro de 2003 e das notas fiscais de saídas “D1” dos meses de março e abril de 2003, pelo contribuinte, inscrito no regime SIMBAHIA, não comprova a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através de aplicação dos roteiros normais de fiscalização. Assim, inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto nos referidos exercícios, o que enseja a nulidade do lançamento, conforme Súmula nº. 05 do CONSEF. Deve-se renovar a ação fiscal, a salvo de falhas, respeitando-se o período em que já operou a decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a-1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, impetrado pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0266-05/09, que julgou Nulo o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 44.647,92, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, inerente aos exercícios de 2003 e 2004.

Na Decisão recorrida, após ultrapassar a preliminar de decadência, a JJF ressaltou que a falta da apresentação do Livro Caixa, apesar de ser um livro obrigatório para os contribuintes inscritos no SimBahia, por si só não inviabiliza a aplicação de outros roteiros de auditoria, mesmo porque o levantamento de Caixa poderia ter sido realizado com base nos documentos fiscais e contábeis da empresa, como também a falta de apresentação das notas fiscais D1, em dois meses, no exercício de 2003, bem como as reduções “Z”, não justifica a aplicação do arbitramento em todo o exercício. Deste modo, a JJF concluiu pela nulidade da autuação, recomendando a renovação do procedimento fiscal, ao tempo que recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme previsto pelo art. 169 do RPAF/BA.

### VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido ao julgar nulo o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 44.647,92, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, inerente aos exercícios de 2003 e 2004, com base no art. 937, I, c/c o art. 938, I, “g”, mais seu § 2º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

O citado art. 937 do RICMS/97 dispõe que a fiscalização 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.

Porém, não existem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo e a consequente impossibilidade de se utilizar o método normal de apuração do imposto, uma vez que, da análise das peças processuais, constata-se que o arbitramento foi efetuado em razão de o contribuinte não ter apresentado ao fisco o Livro Caixa, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, como também as Reduções Z dos meses de novembro e dezembro de 2003, assim como as Notas Fiscais D1 dos meses de março e abril de 2003.

O CONSEF inúmeras vezes já se pronunciou que “*Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento*”, conforme sua Súmula nº “5”, visto que, por se tratar de um método extremo e, devido a sua excepcionalidade, somente pode ser utilizado quando não houver nenhuma possibilidade de apurar-se o montante do débito através de outros roteiros de fiscalização, ou seja, apenas em última hipótese é que o arbitramento da base de cálculo poderá ser utilizado.

Diante de tais considerações, corrobora com o entendimento da Decisão recorrida de que a falta de apresentação de tal documentação, no período citado, não inviabiliza a apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação de outros roteiros normais de fiscalização, a exemplo do levantamento de Caixa com base nos documentos fiscais e contábeis apresentados pela empresa, fato esse que, por si só, não justifica a aplicação do arbitramento da base de cálculo, principalmente em todo o exercício, conforme foi realizado.

Ademais, no caso concreto, a única pendência real que ocorreu foi a falta de apresentação das notas fiscais, série D1, nos meses de março e abril de 2003, uma vez que, conforme já salientado, a ausência do Livro Caixa poderia ser suprida com o “Levantamento de Caixa”. Já a ausência das Reduções “Z”, nos meses de novembro e dezembro de 2003, poderia ser substituída com as próprias fitas-detalhes, nas quais constam a modalidade de pagamento e as mercadorias vendidas através do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal. Essa consideração é relevante, pois tal Recurso poderia ensejar também a auditoria de vendas declaradas através de cartão de crédito ou débito com as informações oriundas das instituições financeiras.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida, devendo ser renovada a ação fiscal pelos métodos normais de fiscalização, respeitando-se, entretanto, o período em que já operou a decadência do direito da Fazenda Pública Estadual exigir o crédito tributário.

## 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 NULO o Auto de Infração nº 206825.0036/08-8, lavrado contra AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. (LOJÃO DA EMBALAGEM), ao tempo que se representa à autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/99, para determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS